

Die Idee der gerichtlichen Überprüfung von Gesetzen in den Federalist Papers

*Ralf Alleweldt**

Einführung

In zahlreichen Staaten kann es dazu kommen, daß ein Gericht ein vom Parlament erlassenes Gesetz für unbeachtlich erklärt, weil es gegen die Verfassung verstoße. Für Entscheidungen dieser Art sind zumeist die höchsten Gerichte der allgemeinen Gerichtsbarkeit oder spezielle Verfassungsgerichte zuständig. Auch wenn von Zeit zu Zeit aufsehenerregende Einzelfälle Anlaß zu öffentlicher Diskussion geben, so ist doch heute weithin anerkannt, daß den Gerichten sinnvollerweise diese Zuständigkeit zukommen sollte. Dies ist nicht zu allen Zeiten so gewesen. Die Frage, ob und warum die Organe der dritten Gewalt berechtigt sein sollen, einem demokratisch legitimierten Gesetzgeber, und sei es auch nur in Einzelfällen, die Gefolgschaft zu verweigern, wurde insbesondere in den Anfangsjahren der Vereinigten Staaten von Amerika kontrovers diskutiert.

Ein klassischer Text zu dieser Problematik, welcher hier näher betrachtet werden soll, ist der 78. Artikel der "Federalist Papers", einer Schrift zur Rechtfertigung der Verfassung der USA aus dem Jahre 1788. Dort schrieb Alexander Hamilton:

"There is no position which depends on clearer principles than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid. To deny this would be to affirm that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives

* Dr. iur., LL.M. (Europäisches Hochschulinstitut), Wissenschaftlicher Assistent an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder).

of the people are superior to the people themselves; that men acting by virtue of powers may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid.

If it be said that the legislative body are themselves the constitutional judges of their own powers and that the construction they put upon them is conclusive upon the other departments it may be answered that this cannot be the natural presumption where it is not to be collected from any particular provisions in the Constitution. It is not otherwise to be supposed that the Constitution could intend to enable the representatives of the people to substitute their will to that of their constituents. It is far more rational to suppose that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority. The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents.

Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both, and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws rather than by those which are not fundamental¹.

I. Die Federalist Papers und ihre Vorgeschichte

Am 4. Juli 1776 erklärten dreizehn nordamerikanische Kolonien Englands ihre Unabhängigkeit, es begann die Geschichte der Vereinigten Staaten von Amerika². Als rechtliche Grundlage der gemeinsamen Existenz

¹ Zitiert nach A. Hamilton/J. Madison/J. Jay, *The Federalist Papers*. With an introduction, table of contents, and index of ideas by Clinton Rossiter (1961), 467 f. Zwei neuere Übersetzungen der *Federalist Papers* in die deutsche Sprache sind kürzlich erschienen: A. Adams/W. P. Adams (Hrsg.), *Die Federalist-Artikel* (1994); B. Zehnpfennig (Hrsg.), *Die Federalist Papers* (1993).

² Vgl. hierzu und im folgenden W. Brugger, Einführung in das öffentliche Recht der USA (1993), 1–6; J. Heideking, Entstehung und Ausformung des Verfassungssystems, in: W. Jäger/W. Welz (Hrsg.), *Regierungssystem der USA* (1995), 58 (62–70).

wurden noch während des Unabhängigkeitskrieges 1777 die *Articles of Confederation* beschlossen, die 1781 in Kraft traten³. Durch die "Articles" wurde ein Staatenbund gegründet. Zentrales Organ war ein Kongreß, in welchem jeder Staat eine Stimme hatte. Ein permanentes zentrales Exekutivorgan gab es nicht; die Souveränität der Einzelstaaten blieb unangetastet. Handels- und Besteuerungskonflikte, gleichzeitig aber auch die Einsicht in die Notwendigkeit eines starken Zusammenhalts nach außen (besonders gegen England) führten dazu, daß im Mai 1787 Delegierte aus allen Staaten sich in Philadelphia trafen, um über eine Neufassung der "Articles" zu beraten⁴.

Nach kurzer Zeit trat Alexander Hamilton, Delegierter des Staates New York, mit dem Vorschlag auf den Plan, einen Gesamtstaat zu gründen. Nach langen kontroversen Beratungen einigten sich die Delegierten der (später so genannten) *Constitutional Convention* auf einen Entwurf für eine bundesstaatliche Verfassung. Im September 1787 übermittelten sie den Entwurf dem Kongreß. Dieser legte ihn nach kurzen Auseinandersetzungen den beteiligten Staaten zur Ratifizierung vor.

Die Delegierten hatten ihr Verhandlungsmandat überschritten, und es waren keineswegs alle Staaten von der Idee begeistert, ihre Souveränität aufzugeben. Es entbrannte ein lebhafter Streit um den Verfassungsentwurf; seine Gegner erachteten die konzipierte Föderation als zu zentralistisch und befürchteten ein mögliches Abgleiten in Aristokratie oder Monarchie. Besonders heftig war die Debatte im Staate New York.

Dies war die Geburtsstunde der *Federalist Papers*: Vom 27. Oktober 1787 bis zum 15. August 1788⁵ erschienen im "New York Independent Journal" und anderen Zeitungen 85 Zeitungsartikel, welche über die der Verfassung zugrundeliegenden Gedanken informierten und vehement für ihre Annahme warben⁶. Sie waren jeweils mit dem Pseudonym "Pu-

³ Unabhängigkeitserklärung, *Articles of Confederation* und die Verfassung der USA sind abgedruckt in A. Kelly/W. Harbison/H. Belz, *The American Constitution*, Vol. 1 (7. Aufl. 1991), A1-A32.

⁴ Siehe dazu auch Kelly/Harbison/Belz, *ibid.*, 82-102.

⁵ Siehe im einzelnen M. Beloff, in: ders. (Hrsg.), *The Federalist or, the New Constitution*, by Alexander Hamilton, James Madison and John Jay (1948), LXVII, mit Hinweisen auf die jeweiligen Erscheinungsdaten und die Zuordnung der einzelnen Artikel zu den Autoren. Nr. 78 wurde am 28. 5. 1788 veröffentlicht.

⁶ *The Federalist* Nr. 1 über die neue Verfassung: "I am clearly of the opinion it is your interest to adopt it. I am convinced that it is the safest course for your liberty, your dignity, and your happiness."

blius" unterzeichnet, hinter dem sich die drei Politiker Alexander Hamilton, James Madison und John Jay verbargen⁷.

Die "Federalist Papers" (oder: der "Federalist") waren also einerseits kommentarähnliche Erläuterungen zur neuen Verfassung, andererseits sollten sie eine politische Propagandafunktion erfüllen. Ihr Umfang und ihre gedankliche Tiefe lassen darauf schließen, daß sie auch als eine an spätere Generationen gerichtete Informations- und Rechtfertigungsschrift gedacht waren⁸.

Länge und wissenschaftlicher Anspruch des Federalist führten anscheinend auch dazu, daß sich sein Einfluß auf das politische Geschehen im Staate New York in Grenzen hielt⁹. Im April 1788, als die meisten Artikel schon veröffentlicht waren und der erste Teil bereits in Buchform vorlag, wurden in den Konvent zur Entscheidung über die Annahme der Verfassung 46 Verfassungsgegner, aber nur 19 Befürworter gewählt. Dennoch nahmen die Delegierten die Verfassung am 26. Juli 1788 mit 33 gegen 30 Stimmen an; dies wurde jedoch eher darauf zurückgeführt, daß inzwischen die meisten anderen Staaten einschließlich des größten Staates Virginia der Verfassung zugestimmt hatten und daß für den Fall einer Ablehnung eine Herauslösung der Stadt New York befürchtet wurde¹⁰.

Der langfristige Erfolg des Federalist dürfte jedoch die Erwartungen der Autoren weit übertroffen haben. Er ist seit Gründung der USA in vielen Gerichtsentscheidungen als Autorität für die Auslegung der Verfassung herangezogen worden und soll heute noch in manchen Anwaltschriftsätzen als Argumentationsgrundlage verwendet werden¹¹. Noch vor einigen Jahren wurde er als "America's most important political book" bezeichnet¹².

Der Federalist beginnt mit einem Bekenntnis zur Union: Sie muß nach Ansicht der Autoren unbedingt erhalten werden; nur in ihr lassen sich innerer Friede und Schutz nach außen sicherstellen, nur die Union hat

⁷ Als Vorbild diente Publius Valerius Publicola, der Plutarch zufolge die römische Republik gerettet haben soll. Vgl. im einzelnen B. Zehnppennig, Einleitung, in: dies. (Anm. 1), 1–4 mit weiteren Nachweisen.

⁸ Vgl. D. Epstein, Artikel "Federalist, The", in: L. Levy/K. Karst/D. Mahoney (Hrsg.), *Encyclopedia of the American Constitution*, Vol. 2 (1986), 708.

⁹ Siehe hierzu im einzelnen Beloff (Anm. 5), VII-LXXXVI, X, mit weiteren Nachweisen.

¹⁰ Siehe Beloff, *ibid.*, XXVI.

¹¹ Vgl. D. Howe, *The Language of Faculty Psychology in The Federalist Papers*, in: T. Ball/J. Pocock (Hrsg.), *Conceptual Change and the Constitution* (1988), 107.

¹² So Epstein (Anm. 8), 710.

potentiell weltpolitische Bedeutung (Nr. 1–14). Die bestehende Konföderation ist ihrer Auffassung nach nicht stabil genug für eine dauerhafte Existenz (Nr. 15–22), hierfür ist vielmehr eine starke Zentralregierung erforderlich (Nr. 23–36). Die Autoren sehen den vorgelegten Verfassungsentwurf als optimale Lösung an: Er vereint für sie effektive Führung mit der Wahrung republikanischer Prinzipien. Dies legen sie eingehend dar; sie behandeln insbesondere die Abgrenzung der Kompetenzen des Bundes zu denen der Einzelstaaten (Nr. 41–46), heben die besondere Bedeutung der Gewaltentrennung hervor (Nr. 47–51) und beschreiben Aufbau, Aufgaben und Befugnisse der drei Staatsgewalten (Legislative Nr. 52–66, Exekutive Nr. 67–77, Judikative Nr. 78–83).

Das Menschenbild des Federalist ist einerseits vom Geist der Aufklärung, andererseits von der calvinistisch-puritanischen Tradition seiner Autoren geprägt: Der Mensch wird als ein mit Vernunft begabtes, aber auch von Leidenschaften getriebenes Wesen angesehen, wobei die Leidenschaften die Tendenz haben, zu dominieren. Wenn das Volk unter einer von ihm selbst bestimmten Regierung leben soll, so muß durch geeignete Mechanismen sichergestellt sein, daß Entscheidungen, die das Gemeinwesen betreffen, möglichst häufig auf rationaler Basis getroffen und möglichst selten von den Leidenschaften bestimmt werden. Die vielfältigen “checks and balances” im Verfassungsentwurf sollen gewährleisten, daß sich die Staatsorgane und die sie ausfüllenden Personen gegenseitig kontrollieren und hemmen – “ambition must be made to counteract ambition” (Nr. 51). Kein Beteiligter kann unkontrolliert alle Fäden der Macht an sich reißen¹³.

II. Der Autor: Alexander Hamilton

Hamilton, der Autor des Federalist Nr. 78 und mindestens 50 weiterer Artikel, wurde 1755 auf der Insel Nevis (westindische Inseln) geboren. Er studierte in New York und setzte sich früh für die amerikanische Unabhängigkeit ein. Im Unabhängigkeitskrieg war er 1777–1781 Adjutant von George Washington; danach arbeitete er als Rechtsanwalt in New York und wurde dort 1786 in das Repräsentantenhaus des Staates New York gewählt. Bereits 1780 hatte er sich für eine Revision der Konföderationsartikel mit dem Ziel einer Stärkung der Zentralgewalt ausgesprochen.

¹³ Vgl. im einzelnen Howe (Anm. 11); Zehnpfennig (Anm. 7), 6–8; H. Steinberger, 200 Jahre amerikanische Bundesverfassung: Zu Einflüssen des amerikanischen Verfassungsrechts auf die deutsche Verfassungsentwicklung (1987), 6–8.

Im Verfassungskonvent 1787 setzte er sich vorübergehend dafür ein, die Einzelstaaten abzuschaffen, und befürwortete die prinzipielle Unabsetzbarkeit des Präsidenten und der Senatsmitglieder. Seine republikanische Einstellung war also nicht frei von monarchischen Zügen; das britische Regierungssystem hielt er für "das beste der Welt". 1788 war er Mitglied des Verfassungskonvents im Staate New York; unter Präsident Washington war er von 1789–1795 Finanzminister. Er starb an den Folgen eines Duells im Jahre 1804¹⁴.

III. Die Rechtfertigung des gerichtlichen Normprüfungsrechts im "Federalist" Nr. 78: Interpretation und Kritik

Hamilton befaßt sich in der hier betrachteten Passage mit der Problematik verfassungswidriger Gesetze: Seiner Ansicht nach sind solche Gesetze aufgrund der Höherrangigkeit der Verfassung kein geltendes Recht ("void"), und die Gerichte sind befugt und verpflichtet, im Kollisionsfall der Verfassung zu folgen und das verfassungswidrige Gesetz nicht anzuwenden. Eine Überordnung der Gerichtsbarkeit über die Legislative sieht er darin nicht.

1. Die Basis im Verfassungsentwurf

Der Verfassungsentwurf – er entspricht der später angenommenen Verfassung – traf keine klare Aussage zu der Frage, ob die Gerichte befugt sind, die Verfassungsgemäßheit eines Gesetzes zu überprüfen. An mehreren Stellen des Entwurfes wird allerdings sichtbar, daß die Verfassung gegenüber Parlamentsgesetzen den Vorrang haben sollte. Hierfür spricht zunächst, daß Art. I die Kompetenzen des Parlaments im Detail beschreibt, und zwar einerseits gegenüber den anderen Staatsgewalten und andererseits gegenüber den Einzelstaaten. Es handelt sich um begrenzte Befugnisse ("limited government"); eine solche Regelung hat nur Sinn, wenn das Parlament sie nicht nach Belieben durchbrechen oder ändern kann¹⁵. Auch die Vorschrift über ein kompliziertes Verfassungsände-

¹⁴ Zur Biographie Hamiltons siehe G. Stourzh, Artikel "Hamilton, Alexander", in: Levy/Karst/Mahoney (Hrsg.), *Encyclopedia* (Anm. 8), Vol. 2, 889–892; Zehnpfennig (Anm. 7), 517; G. Smith, Introduction, in: A. Hamilton/J. Jay/J. Madison, *The Federalist* (1901), XXVIII; A. Adams/W.P. Adams, Einleitung: Die Federalist-Artikel und die Verfassung der amerikanischen Nation, in: dies. (Anm. 1), xxvii, xxxviii–xl, jeweils mit weiteren Nachweisen.

¹⁵ Ähnlich der Supreme Court in *Marbury v. Madison*, siehe unten IV. 1.

rungsverfahren (Art. V) wäre überflüssig, wenn das Parlament von der Verfassung abweichen dürfte.

Dieser Befund wird durch Art. VI Abs. 2 des Entwurfs unterstrichen:

“This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all treaties ... shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby”.

Nur die verfassungsgemäßen Gesetze sind also “supreme Law of the Land”; gegenüber verfassungswidrigen Gesetzen beansprucht die Verfassung den Vorrang.

Über das gerichtliche Normprüfungsrecht traf der Verfassungsentwurf keine ausdrückliche Bestimmung, insbesondere sollte keine gesonderte Verfassungsgerichtsbarkeit errichtet werden. Art. III § 2 Abs. 1 bestimmte über die Bundesgerichte:

“The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties ...”.

Aus dieser Klausel ergibt sich, daß die Bundesgerichtsbarkeit für die Entscheidung von Verfassungsstreitigkeiten zuständig sein sollte; ein allgemeines Normprüfungsrecht läßt sich daraus nicht, jedenfalls nicht unmittelbar, ableiten.

2. Hamiltons Argumentation

Zur Begründung des Vorranges der Verfassung greift Hamilton auf ein von ihm als allgemeingültig hingestelltes Prinzip zurück, wonach ein auf delegierter Macht beruhender Akt nur gültig ist, wenn er die Grenzen des Mandates beachtet. Das Volk, der Souverän, hat in der Verfassung die Gesetzgebungsgewalt an seine Vertreter delegiert; nur soweit dieser Auftrag reicht, können die von den Vertretern beschlossenen Gesetze Wirksamkeit erlangen.

In Hamiltons Behandlung des gerichtlichen Prüfungsrechts wird andeutungsweise erkennbar, daß die verfassungsrechtliche Lage unklar ist. Mangels eindeutiger Anhaltspunkte in der Verfassung muß nach seiner Ansicht die abschließende Entscheidung darüber, ob ein Gesetz verfassungsgemäß ist, bei der Gerichtsbarkeit liegen; Selbstkontrolle der Legislative erscheint ihm unzureichend. Richter müssen ohnehin Gesetze auslegen; auch die Verfassung ist ein Gesetz, sogar ein fundamentales. Weil die Verfassung Vorrang vor dem einfachen Gesetz hat, müssen die Gerichte, wenn sie eine Kollision sehen, der Verfassung den Vorzug geben. Das richterliche Prüfungsrecht ergibt sich für Hamilton also gleichsam aus der Natur der Sache.

Schließlich legt Hamilton Wert auf die Feststellung, daß er damit nicht einer Höherrangigkeit der Rechtsprechung gegenüber der gesetzgebenden Gewalt das Wort redet. Er sieht die Verfassung als Ausdruck des Volkswillens, die Gesetze hingegen nur als Ausdruck des Volksvertreterwillens. Diese Rangordnung müssen auch die Richter beachten: Im Konfliktfall muß vor Gericht der Volkswille, die Verfassung, durchdringen.

3. Systematische Einordnung im "Federalist"

Mit dem Federalist Nr. 78 beginnt der Abschnitt über die Gerichtsbarkeit. Hamilton verweist zunächst auf frühere Ausführungen über die Nützlichkeit und Notwendigkeit einer Bundesgerichtsbarkeit (Nr. 22) und kündigt an, sich nunmehr auf Bemerkungen über ihren Aufbau und ihren Umfang zu beschränken. Im Rahmen der Ausführungen über den Aufbau behandelt er kurz den Modus für die Ernennung der Richter und nimmt sodann zu Dauer und Art ihres Amtes Stellung. Hierbei, so Hamilton, sei insbesondere auf die Verweildauer der Richter im Amt, ihren Unterhalt und die Frage ihrer Verantwortlichkeit einzugehen. Zu den beiden letztgenannten Punkten kommt er allerdings im 78. Artikel nicht mehr.

Damit ist praktisch der gesamte Artikel der Rechtfertigung des Art. III § 1 Satz 2 der Verfassung gewidmet, der die bei korrekter Amtsführung ("during good behaviour") unbegrenzte Amtsdauer der Bundesrichter anordnet. Diese Regelung ist nach Hamiltons Ansicht für die Unabhängigkeit der Gerichte zwingend erforderlich. Die Judikative ist für ihn die schwächste der drei Gewalten, sie hat weder "sword" noch "purse", sondern nur "judgment". Sie müsse von den anderen Gewalten völlig getrennt und gegen Angriffe von deren Seite immun sein; dafür sei die vorgeschlagene Regelung unabdingbar.

In diesem Rahmen weist Hamilton darauf hin, daß unter einer "eingeschränkten Verfassung" (*limited constitution*) die Unabhängigkeit der Gerichte besonders wichtig sei, wenn sie tatsächlich in der Lage sein sollten, verfassungswidrige Legislativakte für null und nichtig zu erklären. Hinsichtlich dieser Befugnis – so schiebt Hamilton ein – sei einige Verwirrung entstanden, weil einige darin eine Höherrangigkeit (*supremacy*) der Judikative gegenüber der Legislative sähen. Dies lasse es angebracht erscheinen, die Grundlagen des richterlichen Prüfungsrechts zu erörtern.

Es folgt die hier betrachtete Passage, mit der er das "supremacy"-Argument zu widerlegen versucht. Nach einigen weiteren Ausführungen schließt er die Erörterung ab mit den Worten:

“If then the courts of justice are to be considered as the bulwarks of a limited constitution, against legislative encroachments, this consideration will afford a strong argument for the permanent tenure of judicial offices, since nothing will contribute so much as this to that independent spirit in the judges, which must be essential to the faithful performance of so arduous a duty”.

Das richterliche Normprüfungsrecht ist also von der Systematik her im Federalist Nr. 78 keineswegs das Hauptthema. Hamilton scheint darauf – wenn auch relativ ausführlich – lediglich deshalb einzugehen, weil er damit seine Ansicht begründen will, daß zur Sicherung größtmöglicher Unabhängigkeit der Gerichte eine unbegrenzte Amtsdauer angemessen sei.

Diese Einkleidung fällt um so mehr auf, da Hamilton sich schon im 33. Artikel bei der Erörterung der “necessary and proper clause” (Art. I § 8 Abs. 18 des Verfassungsentwurfs) mit der Frage beschäftigt hatte, was geschehen könnte, wenn der Kongreß die ihm von der Verfassung gesetzten Grenzen nicht einhält. Er hält kompetenzüberschreitende Gesetze für “an usurpation of power”, erwähnt aber als obersten Schiedsrichter keineswegs den Supreme Court, sondern meint schlicht:

“The national government ... must judge, in the first instance, ... and its constituents in the last”.

Offenbar hat sich für Hamilton nachträglich die Notwendigkeit ergeben, die Ausführungen über das Normprüfungsrecht in die Artikelserie aufzunehmen. Es scheint, daß er damit auf die von einem “Antifederalisten” verfaßten “Essays of Brutus” reagieren wollte¹⁶. “Brutus” hatte die starke Stellung der Bundesgerichtsbarkeit im Verfassungsentwurf kritisiert. In seinen Augen konnte das ihr zustehende Normprüfungsrecht einerseits leicht dazu benutzt werden, die Bundesbefugnisse auf Kosten der Einzelstaaten auszuweiten¹⁷, andererseits wandte er sich gegen eine *judicial supremacy*: Er hielt die Legislative wegen ihrer Kontrollierbarkeit durch das Volk für qualifizierter, die Verfassung verbindlich und im Sinne des Volkes auszulegen¹⁸. Vielleicht hatte Hamilton zunächst beabsichtigt, die juristisch nicht restlos geklärte Frage des richterlichen Prüfungs-

¹⁶ Abgedruckt in H. Storing (Hrsg.), *The Complete Anti-Federalist*, Vol. 2 (1981), 358 – 452; die hier zitierten Passagen sind auch enthalten in E. Corwin, *Court over Constitution* (1950), 231–262. Die Essays stammen möglicherweise von Robert Yates, seine Autorenschaft erscheint jedoch nicht gesichert. Vgl. Storing, *ibid.*, 358.

¹⁷ Brutus, in: Storing (Hrsg.), *ibid.*, 422 – 428 (7. und 14.2.1788).

¹⁸ Brutus, *ibid.*, 440 – 442 (20.3.1788). Siehe dazu auch L. Levy, *Judicial Review, History, and Democracy: An Introduction*, in: ders. (Hrsg.), *Judicial Review and the Supreme Court* (1967), 1, 6; G. Stourzh, *Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: ders., *Wege zur Grundrechtsdemokratie* (1989), 37, 65 f., Fußn. 77.

rechts zu übergehen, hielt nun aber eine Stellungnahme für angebracht. Brutus' erstes Argument konnte entschärft werden, wenn gezeigt werden konnte, daß der Supreme Court (und die anderen Bundesgerichte) befugt und verpflichtet waren, nicht nur die Gesetze der Einzelstaaten, sondern auch die Bundesgesetze selbst auf die Übereinstimmung mit der Verfassung zu überprüfen. Die Interessen der Einzelstaaten, so ließ sich daraus folgern, werden durch das bundesgerichtliche Normprüfungsrecht nicht bedroht, sondern geschützt: Sie können ein kompetenzüberschreitendes Bundesgesetz vor Gericht zu Fall bringen, was ihnen ohne Normprüfungsrecht nicht möglich wäre. Konnte die Existenz des Normprüfungsrechts nachgewiesen werden, so war zu klären, ob damit zwangsläufig eine Höherrangigkeit der Judikative gegenüber den anderen Gewalten verbunden sein muß.

Hamiltons Ausführungen zum gerichtlichen Normprüfungsrecht waren folglich einerseits verfassungsrechtlicher, andererseits verfassungspolitischer Natur. Ihm mußte es nicht nur darum gehen, zu zeigen, daß die Gerichte nach dem Verfassungsentwurf die Befugnis haben würden, vom Parlament erlassene Gesetze am Maßstab der Verfassung zu überprüfen. Hamilton hatte auch und vor allem nachzuweisen, daß es sinnvoll und angemessen ist, den Gerichten eine derartige Befugnis zu erteilen. Dies war im ausgehenden 18. Jahrhundert keineswegs selbstverständlich.

4. Der historische Kontext

Die Idee, daß auch die Staatsgewalt beim Erlaß von Gesetzen an eine höhere Ordnung gebunden ist und daß Gesetze, die dieser höheren Ordnung widersprechen, unwirksam sind, hat antike Wurzeln¹⁹. Schon Aristoteles hatte den Anwälten empfohlen, daß sie, wenn das Recht des Landes ihr Anliegen nicht stützte, sich vor Gericht auf das Recht der Natur berufen sollten²⁰. Ähnliche Gedanken waren im Mittelalter vorherrschend²¹. In "Dr. Bonham's Case" hatte der berühmte englische Jurist Sir

¹⁹ Siehe dazu allgemein E. Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law* (1955).

²⁰ Aristoteles, *Rhetorik I*, zitiert bei Corwin, *ibid.*, 7; siehe dazu auch M. Cappelletti/T. Ritterspach, *Die gerichtliche Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze in rechtsvergleichender Betrachtung*, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 1971, 65, 75 f.

²¹ Siehe im einzelnen Corwin, *ibid.*, insbesondere 17–23; Cappelletti/Ritterspach, *ibid.*, 76–78.

Edward Coke Anfang des 17. Jahrhunderts die Ansicht vertreten, daß die Gerichte Gesetze des Parlaments überprüfen und sie für nichtig erklären können, wenn sie “against Common Right, and Reason, or repugnant, or impossible to be performed” sind²². Zumindest in der Theorie war weithin anerkannt, daß eine von Menschen erlassene Norm wegen Verstoßes gegen “higher law” oder “fundamental law” unwirksam sein könne²³, daß das Naturrecht dem positiven Recht vorgehe²⁴.

Neu hingegen war im 18. Jahrhundert der Gedanke, daß ein mit einer Verfassung unvereinbares Gesetz kein gültiges Recht darstellt und ihm deshalb von den Gerichten die Anwendung versagt werden kann. Für seine Entwicklung waren mehrere Schritte erforderlich. Zunächst mußte sich der Begriff der Verfassung im Sinne einer rechtlichen Grundordnung des Gemeinwesens etablieren. Sodann mußte sich der Gedanke herausbilden, daß einer Verfassung höhere Rechtsqualität zukommen sollte als einem Parlamentsgesetz, mit der Wirkung, daß ein verfassungswidriges Gesetz ungültig ist. Schließlich war darzulegen, warum innerhalb des Staatsaufbaus gerade (auch) die Gerichte befugt sein sollen, über die Frage der Verfassungswidrigkeit mit bindender Wirkung zu entscheiden und einem ihrer Ansicht nach verfassungswidrigen Gesetz die Anwendung zu versagen.

*a) Die Anwendung des Begriffs “Constitution”
im England des 17. und 18. Jahrhunderts*

Der Begriff “Constitution” (auch “Constitutions”) kam Mitte des 17. Jahrhunderts in England auf²⁵. Er wurde zunächst lediglich deskriptiv gebraucht, im Sinne von “Zustand” oder “Beschaffenheit” des Regierungssystems. Die Glorreiche Revolution 1689 wurde jedoch bereits

²² 8 Coke Reports 107 a, 118 a (1610). Siehe hierzu auch G. Robbers, Die historische Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit, Juristische Schulung 1990, 257, 258; H. Steinberger, Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 60) (1974), 127.

²³ Ausführlich zum Begriff des “Fundamental Law” in der englischen Verfassungsgeschichte, insbesondere im 17. Jahrhundert, J. Gough, Fundamental Law in English Constitutional History (1955).

²⁴ Vgl. im einzelnen Cappelletti/Ritterspach (Anm. 20), 65, 76 – 81.

²⁵ Siehe dazu auch G. Stourzh, Constitution: Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century (1988), in: Ball/Pocock (Anm. 11); ders., Vom aristotelischen zum liberalen Verfassungsbegriff, in: ders., Wege zur Grundrechtsdemokratie (1989), 1–35; E. Böckenförde, Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung, in: A. Buschmann (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Gmür

damit gerechtfertigt, daß James II. die "Constitution" des Königreichs untergraben habe, indem er den Herrschaftsvertrag zwischen König und Volk gebrochen habe²⁶. Seit damals wird unter "Constitution" in England eine ungeschriebene Ansammlung von Rechtssätzen, Gebräuchen und Konventionen verstanden, welche sich nur teilweise in Gesetzen und im Common Law widerspiegeln²⁷. Die Doktrin der "Sovereignty of Parliament" oder "Supremacy of Parliament" ist allgemein anerkannt; sie wurde von William Blackstone wie folgt beschrieben:

"[Parliament] can, in short do everything that is not naturally impossible; and therefore some have not scrupled to call its power the omnipotence of parliament. True it is, that what parliament doth, no authority upon earth can undo"²⁸.

Das Verfassungsrecht kann – bis heute – durch Parlamentsgesetz geändert werden²⁹. Verfassungswidrige Legislativakte sind unter diesen Umständen nicht vorstellbar.

Diese verfassungsrechtliche Lage wurde offenbar nicht immer als befriedigend empfunden. Anlässlich der "Kentischen Petition" im Jahre 1701 – fünf Honoratioren der Grafschaft Kent hatten dem Unterhaus eine Petition überbracht und waren deshalb in Haft genommen worden – warf Daniel Defoe die Frage auf, was das Volk von England tun könne, wenn seine Repräsentanten ihren Auftrag mißachteten und das Land in den Ruin führten. Er kam zu dem Schluß, daß ihm in einem solchen Fall, wenn Petitionen an das Parlament keinen Erfolg hätten, nur noch das Widerstandsrecht bliebe, von dem es ja bereits in der Glorreichen Revolution Gebrauch gemacht habe. Er bedauerte dies und rügte die Mitglieder des Konvent-Parlaments von 1689 dafür, daß sie nicht das Recht des englischen Volkes anerkannt hätten, über Verfassungsbruch zu richten ("to judge of the Infractions made in their Constitution"). Defoe suchte der Sache nach eine Institutionalisierung, eine Positivierung des Wider-

zum 70. Geburtstag (1983), 7–19; J. Isensee, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I (1987), § 13 RdNr. 129 (641); Robbers (Anm. 22), 257.

²⁶ Vgl. Stourzh (Anm. 18), 40. Die "Bill of Rights" ist abgedruckt in C. Stephenson/F. Marcham (Hrsg.), *Sources of English Constitutional History* (1937), 599–605.

²⁷ Vgl. etwa die Verfassungsdefinition von H. Bolingbroke, *A dissertation upon parties*, abgedruckt in: *The works of Lord Bolingbroke in four volumes* (1841), Vol. II, 5, 88.

²⁸ W. Blackstone, in: J. Ehrlich (Hrsg.), *Ehrlich's Blackstone* (1959), 55.

²⁹ Vgl. dazu beispielsweise J. Alder, *Constitutional and Administrative Law* (1994), insbes. 66 ff.

standsrechts, wie sie später in der Verfassungsgerichtsbarkeit gefunden wurde³⁰.

Die Frage nach den Grenzen zulässigen Parlamentshandelns stellte sich erneut in der sogenannten "Septennatskrise" 1715/16. Mittels des "Septennatsgesetzes" verlängerte das – für drei Jahre gewählte – Unterhaus seine eigene Wahlperiode auf sieben Jahre³¹. Gegner in Unter- und Oberhaus warfen der Parlamentsmehrheit vor, sie errichte damit eine neue Verfassung; ein Oppositionssprecher äußerte in Anlehnung an Cokes Dictum in "Bonham's Case" die Ansicht, eine solche Vorlage könne wegen Verstoßes gegen "common right and reason" kein wirksames Gesetz werden. Das Argument der "Verfassungswidrigkeit" wurde also, ohne daß das Wort fiel, auf der politischen Ebene gebraucht; es reichte jedoch (noch) nicht dafür aus, den rechtlichen Einwand der Nichtigkeit zu begründen³².

b) Die Verfassung als Grundordnung

Emmerich de Vattel hatte 1758 erstmals scharf zwischen der Verfassung als Grundordnung und der Gesetzgebung unterschieden und betont, daß die gesetzgebende Gewalt im allgemeinen nicht zur Änderung der Verfassung ermächtigt sei³³. Diesen Gedanken übernahm der Bostoner Rechtsanwalt James Otis in einer Schrift aus dem Jahre 1764³⁴. Bereits drei Jahre zuvor hatte Otis vor einem Bostoner Gericht die Geltung eines die Zollbehörden zu Hausdurchsuchungen ermächtigenden Gesetzes mit der Begründung bestritten, es verstoße gegen die Verfassung und gegen die natürliche Billigkeit. Otis griff also die neue Idee, Verfassungswidrigkeit führe zur Unwirksamkeit eines Gesetzes, auf, sicherte seine Argumentation jedoch noch zusätzlich traditionell ab, indem er einen Verstoß gegen "higher law" – die natürliche Billigkeit – behauptete³⁵.

³⁰ D. Defoe, *The Original Power of the Collective Body of the People of England Examined and Asserted* (1702), 11; zitiert bei Stourzh (Anm. 18), 45 f.

³¹ Das Gesetz ist abgedruckt in Stephenson/Marcham (Hrsg.) (Anm. 26), 618.

³² Vgl. Stourzh (Anm. 18), 48 f. Eingehend zur Kentischen Petition und zur Septennatskrise auch Gough (Anm. 23), 174–191.

³³ E. de Vattel, *Le Droit des gens ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains* (1758), Livre I, Chapitre III, § 34, 36 f.

³⁴ J. Otis, *The Rights of the British Colonies Asserted and Proved*, 72; zitiert nach dem Neudruck in B. Bailyn (ed.), *Pamphlets of the American Revolution 1750–1776*, Vol. I (1965), 476.

³⁵ Vgl. Stourzh (Anm. 18); K. Stern, *Grundideen europäisch-amerikanischer Verfassungsstaatlichkeit* (1984), 28.

Die Verwendung des Begriffes “unconstitutional” trat erstmals gehäuft in der Agitation gegen den Stamp Act im Jahre 1765 auf. Die in London beschlossene Stempelgebühr wurde in den – im englischen Unterhaus ja nicht repräsentierten – Kolonien als Überschreitung der parlamentarischen Befugnisse empfunden: “no taxation without representation”. Mehrere Gerichte verweigerten dem Gesetz die Gefolgschaft; ein Richter begründete dies ausdrücklich damit, daß dem englischen Parlament für ein solches Gesetz die “constitutional authority” fehle³⁶.

Die Erfahrungen der nordamerikanischen Kolonien mit dem britischen Parlament haben mit dazu beigetragen, daß sie nach Erlangung der Unabhängigkeit die Befugnisse ihrer Legislativorgane begrenzen wollten. Es begann sich die Unterscheidung zwischen Verfassungsgebung und einfacher Gesetzgebung herauszubilden. Aus der Kolonialzeit lagen schon verfassungähnliche, in einer Urkunde konzentrierte *charters* vor, so daß die Idee, die rechtlichen Grundnormen des Staates an einer Stelle zusammenzufassen, nicht ungewohnt war³⁷. Einige Staaten nahmen nunmehr ihre neuen Verfassungen in besonderen Verfahren an oder legten – auch dies eine Neuheit – ein besonderes Verfahren zur Verfassungsänderung fest. Damit war gleichzeitig klargestellt, daß ohne ein solches Verfahren ein Abweichen von der Verfassung durch die Gesetzgebung nicht mehr zulässig sein sollte. Auf diese Weise erhielten insbesondere auch die individuellen Menschenrechte erstmals Verfassungsrang und wurden zu Grundrechten, an die alle Staatsgewalten gebunden waren³⁸.

c) Die Verfassung als höherrangiges Recht und richterliche Normprüfung

War nun der Charakter der Verfassung als fundamentales und nur unter erschwerten Bedingungen änderbares Gesetz in einigen Staaten der USA anerkannt, so war es nur noch ein kleiner Schritt zum Vorrang der Verfassung und der sich in der Praxis sofort anschließenden Frage der gerichtlichen Normprüfungsbefugnis. Tatsächlich sind einige Fälle aus der Zeit der Konföderation überliefert, in denen Verfahrensbeteiligte geltend machten, ein sie belastendes Gesetz verstoße gegen die Verfassung und sei

³⁶ Siehe Stourzh (Anm. 18), 50, mit Nachweis.

³⁷ Zu den Ursprüngen der *charters* siehe Heideking (Anm. 2), 58 mit weiteren Nachweisen; vgl. auch Cappelletti/Ritterspach (Anm. 20), 65, 80 f.

³⁸ Vgl. zum ganzen Stourzh (Anm. 18), 55 f.; Heideking, *ibid.*, 59 – 61, jeweils mit weiteren Nachweisen.

daher nichtig. In mindestens zwei Fällen³⁹ legte das Gericht seiner Entscheidung die Nichtigkeit eines Gesetzes zugrunde; in einem davon, *Bayard v. Singleton*, hob das Gericht ausdrücklich hervor, daß der Gesetzgeber sich über die in der Verfassung festgelegten Rechte nicht hinwegsetzen könne. James Iredell, der an diesem Fall als Anwalt beteiligt war, hatte zuvor in einem Zeitungsartikel ausgeführt, das richterliche Normprüfungsrecht sei notwendig, um dem Bürger zu seinem Recht gegenüber einem seine Befugnisse überschreitenden Gesetzgeber zu verhelfen; geeignet dafür seien weder das Petitionsrecht, denn es mache den Bürger zum Bittsteller, noch das Widerstandsrecht, denn es helfe nicht im Einzelfall und zerstöre im Falle seiner Wahrnehmung die Grundlagen der staatlichen Ordnung⁴⁰. Iredell betont damit als einer der ersten den Gedanken einer Ersetzung des Widerstandsrechts durch Verfassungsgerichtsbarkeit.

Die genannten Gerichtsentscheidungen stellten für die betroffenen Parlamente eine neue und offensichtlich unliebsame Erfahrung dar: Die betroffenen Richter wurden in beiden Fällen vor das Parlamentsplenium zitiert und mußten sich für ihr Verhalten rechtfertigen⁴¹.

So war die Ausgangslage für den Verfassungskonvent von Philadelphia 1787. Über die Haltung der Verfassungsväter zur Frage des gerichtlichen Normprüfungsrechts gibt es unterschiedliche Berichte; der Erkenntnisstand wurde im Jahre 1937 nach einer tiefgehenden Untersuchung von Edward Corwin wie folgt wiedergegeben:

“The people who say the framers intended it [judicial review] are talking nonsense, and the people who say they did not intend it are talking nonsense”⁴².

Jedenfalls darf als gesichert gelten, daß es in dieser Frage keinen Konsens gab. Auch wenn möglicherweise die Mehrheit der Delegierten einer gerichtlichen Normprüfungsbefugnis nicht grundsätzlich ablehnend gegenüberstand⁴³, so wird man doch daraus, daß sie im Verfassungstext

³⁹ *Trevett v. Weeden*, beschrieben in J. Varnum, *The Case Trevett against Weeden* (Providence 1787); *Bayard v. Singleton*, 1 Martin North Carolina Reports 42, 44 f. (1787). Vgl. auch die Beschreibungen bei Stourzh (Anm. 18), 58–62; Levy (Anm. 18), 7–10.

⁴⁰ J. Iredell, Zeitungsartikel vom 17.8.1786, zitiert bei Stourzh (Anm. 18), 62 f.

⁴¹ Vgl. Varnum (Anm. 39), 37–53; Levy (Anm. 18), 7–10; Stourzh, *ibid.*

⁴² E. Corwin, in: L. Levy (Hrsg.), *Reorganization of the Federal Judiciary* (1970), 176. Siehe dazu auch ausführlich Levy (Anm. 18), 3–11 mit zahlreichen Nachweisen.

⁴³ Vgl. Levy, *ibid.*, 6–11; C. Haines, *The American Doctrine of Judicial Supremacy* (2. Aufl. 1932), 130–135.

nicht eindeutig Stellung nahmen, schließen können, daß sie in dieser politisch heiklen Frage eine Entscheidung, deren Konsequenzen zum damaligen Zeitpunkt kaum absehbar waren, nicht festschreiben wollten. Fest steht, daß der Vorschlag, der Legislative einen Revisionsrat zur Überprüfung von Gesetzentwürfen anzugliedern, mehrfach eingebracht und verworfen wurde⁴⁴. Die Frage aber, ob künftig die Gerichte befugt sein sollten, die Vereinbarkeit bereits in Kraft getretener Gesetze mit der Verfassung zu überprüfen, wurde von der Constitutional Convention nicht entschieden.

Hamilton zeichnet die meisten der geschilderten Gesichtspunkte im Federalist Nr. 78 nach. Er hält sich allerdings nicht lange damit auf, für die Begründung des Vorrangs der Verfassung den Unterschied zwischen verfassungsgebender und gesetzgebender Gewalt zu erläutern; daß die Verfassung die Rechte aller Staatsgewalten, auch die der Legislative, für die Zukunft bindend festlegen und begrenzen soll, dürfte der Leser im fortgeschrittenen Stadium der Federalist Papers bereits verinnerlicht haben⁴⁵. Um seine Ausführungen zum richterlichen Prüfungsrecht vorzubereiten, gibt Hamilton für den Vorrang der Verfassung eine anders formulierte Begründung. Lediglich die Verfassung ist der verkörperte Wille des Volkes; dadurch hebt sie sich gerade von den Parlamentsgesetzen ab, in denen nur der Wille der – vom Volk mit einem begrenzten Mandat ausgestatteten – Volksvertreter niedergelegt ist. Hamilton geht großzügig darüber hinweg, daß auch die Verfassung von Vertretern beschlossen werden kann (so geschah es ja tatsächlich!) und sich auch in der gesetzgebenden Versammlung, wie der Federalist an anderer Stelle ausführt, der Volkswille bildet, im Idealfall sogar der geläuterte Volkswille (Nr. 10). Diese starke, fast irreführende Vereinfachung erleichtert Hamilton jedoch erheblich die Begründung des richterlichen Prüfungsrechts. Wenn Volkswille und Volksvertreterwille nicht von Natur aus dasselbe bedeuten, kann es zu Differenzen kommen. Welcher Wille soll im Kollisionsfall den Vorrang haben? Natürlich der des Volkes. Und wer soll verbindlich darüber entscheiden dürfen, ob ein Kollisionsfall vorliegt? Natürlich nicht die Volksvertreter selbst, denn sie würden natürlich immer bestreiten, daß überhaupt eine Abweichung vorliegt, sie würden ihren Willen als den des Volkes ausgeben, sie wären Richter in eigener Sache. So muß zwangsläufig eine dritte Instanz entscheiden, und als solche bieten sich die Gerichte an. Sie sind die geborenen Vermittler

⁴⁴ Siehe dazu Haines, *ibid.*, 126–131.

⁴⁵ Vgl. auch die oben (III.3.) bereits zitierte Stelle im Federalist Nr. 33.

zwischen dem Volk und seinen Vertretern. Sie sind ohnehin dafür zuständig, Streitigkeiten über Gesetzesauslegungen zu beurteilen. Sie müssen – hier greift Hamilton auf die oben erwähnten naturrechtlichen Gedanken zurück – Gesetzen die Anwendung versagen, wenn sie dem “fundamental law” widersprechen. Die Verfassung ist nun aber nichts anderes als positiviertes “fundamental law”, sie ist höherrangig, also müssen die Gerichte ihr den Vorrang gegenüber abweichenden Gesetzen geben, und damit verhelfen sie gleichzeitig dem wahren Volkswillen zum Durchbruch.

Der Kunstgriff, die Verfassung als unmittelbaren Ausdruck des Volkswillens zu sehen, das Gesetz aber nicht, erleichtert es Hamilton, das “supremacy”-Argument zurückzuweisen: Sowohl Legislative als auch Judikative haben vom Volk durch die Verfassung nur einen begrenzten Auftrag erhalten; sie sind dem Volk unterworfen. Wenn ein Gericht ein verfassungswidriges Gesetz nicht anwendet, so tut es nur das, was die Legislative auch tun sollte: Es läßt sich bei der Erfüllung seiner Aufgaben von dem in der Verfassung niedergelegten Willen des Volkes leiten. Keine der beiden Gewalten ist der anderen übergeordnet.

IV. Die Bedeutung der Idee des richterlichen Normprüfungsrechts für die verfassungsgeschichtliche Entwicklung der USA

1. Die Begründung des Normprüfungsrechts durch den Supreme Court; der Fall *Marbury v. Madison*

Die Jahre nach der Ratifikation der Verfassung brachten zunächst keine Klarheit über die Existenz des gerichtlichen Normprüfungsrechts. 1791 wurde der Verfassung ein Grundrechtskatalog hinzugefügt (Amendments 1–10, sog. Bill of Rights). Hier wurde die Frage des richterlichen Prüfungsrechts erneut diskutiert. Wenn Amendment 1 etwa normierte:

“Congress shall make no law respecting the establishment of a religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble; and to petition the Government for a redress of grievances”,

so war klar, daß damit Freiheiten gewährleistet werden sollten, die dem einzelnen Bürger gegenüber dem Gesetzgeber zustehen sollten. Ohne Durchsetzbarkeit vor Gericht wären solche Rechte in ihrem praktischen Wert stark gemindert. Dementsprechend sprach sich James Madison am 8. Juni 1789 im Kongreß mit den folgenden Worten für die Aufnahme der “Rights” in die Verfassung aus:

“If they are incorporated into the Constitution, independent tribunals of justice will consider themselves in a peculiar manner the guardians of these rights; they will be an impenetrable bulwark against every assumption of power in the Legislature or Executive; they will be naturally led to resist every encroachment upon rights expressly stipulated for in the Constitution by the declaration of rights”⁴⁶.

Madison hatte sich allerdings auch schon bei verschiedenen Gelegenheiten ablehnend zu einem gerichtlichen Prüfungsrecht geäußert⁴⁷. Die Kongreßabgeordneten und -parteien schienen einerseits leicht bereit zu sein, gegen einen ihnen nicht genehmen Gesetzentwurf den Vorwurf der Verfassungswidrigkeit zu erheben; andererseits schien sich die Erwartung herauszukristallisieren, daß die endgültige Entscheidung über die Vereinbarkeit eines Gesetzes mit der Verfassung bei den Gerichten liege⁴⁸.

In einem Urteil aus dem Jahre 1796 nahm der Supreme Court eine Normprüfung vor, stellte jedoch keinen Verfassungsverstoß fest⁴⁹. Erstmals im Jahre 1803 erklärte er ein Gesetz für verfassungswidrig. Es handelte sich um den berühmt gewordenen Fall *Marbury v. Madison*⁵⁰.

Im Herbst 1800 hatte der bisherige Oppositionsführer und Republikaner Thomas Jefferson die Präsidentschaftswahlen gewonnen. Die letzten Tage vor der Übergabe des Amtes Anfang 1801 nutzte der bisherige Präsident John Adams, welcher der föderalistischen Partei angehörte, dazu, noch eine größere Zahl von Parteifreunden zu Richtern zu bestellen. Bis in die letzten Stunden seiner Amtszeit wurden die Ernennungsurkunden der sogenannten “midnight judges” ausgefertigt; verantwortlich dafür war Staatssekretär John Marshall. Dieser versäumte es jedoch, William Marbury die bereits vom Präsidenten unterzeichnete und gesiegelte Ernennungsurkunde noch rechtzeitig auszuhändigen. Marbury verklagte den neuen, republikanischen Staatssekretär James Madison vor dem – voll-

⁴⁶ The Debates and Proceedings in the Congress of the United States [Annals of Congress], comp. by J. Gales (Washington, 1834), Vol. 1, 1st Congress, 1st Session, 457.

⁴⁷ Vgl. Levy, *ibid.*, 4–5.

⁴⁸ Näher dazu Levy, *ibid.*, 11.

⁴⁹ *Hylton v. United States*, 3 Dallas 171 (1796).

⁵⁰ Das Urteil ist abgedruckt in 1 Cranch 137 (1803). Die folgende Darstellung orientiert sich auch an den Beschreibungen bei Kelly/Harbison/Belz (Anm. 3), 172–175; L. Levy, Artikel “Marbury v. Madison” (1986), in: Levy/Karst/Mahoney (Hrsg.), *Encyclopedia* (Anm. 8), Vol. 3, 1199–1202; Stourzh (Anm. 18), 66–70; K. Carstens, *Grundgedanken der amerikanischen Verfassung und ihre Verwirklichung* (1954), 94–97; Steinberger (Anm. 22), 133 f.; C. Egerer, *Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court der USA: die Wurzeln des Prinzips des “judicial review” in Marbury v. Madison*, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 88 (1989), 416.

ständig mit föderalistischen Richtern besetzten – Obersten Gerichtshof auf Herausgabe der Ernennungsurkunde. Nach Section 13 des Federal Judiciary Act von 1789 war der Gerichtshof befugt, den hohen Staatsbeamten Anweisungen (sogenannte “writs of mandamus”) zu erteilen.

Der ehemalige Staatssekretär John Marshall war nun Chefrichter am Obersten Gerichtshof. Trotz seiner Beteiligung an der Sache erklärte er sich nicht für befangen, sondern verfaßte das Urteil: Zwar sei Marbury die Aushändigung der Urkunde zu Unrecht verweigert worden, denn seine Ernennung sei bereits mit Unterzeichnung und Siegelung wirksam gewesen. Auch sei die Möglichkeit des Erlasses eines gerichtlichen *writ of mandamus* gerade für solche Fälle vorgesehen. Gleichwohl könne der Supreme Court die gewünschte Anweisung nicht erlassen, denn die Vorschrift, welche ihm die Kompetenz dazu verleihe, sei nicht mit der Verfassung vereinbar: Die erstinstanzlichen Befugnisse des Gerichtshofs seien in der Verfassung (Art. 3 § 2) abschließend aufgezählt, der Gesetzgeber dürfe ihm deshalb keine neuen erstinstanzlichen Zuständigkeiten zuweisen. *Writs of mandamus* seien in der Aufzählung nicht enthalten, also sei Section 13 des Federal Judiciary Act verfassungswidrig. Ein verfassungswidriges Gesetz dürfe vom Gericht nicht beachtet und die Klage müsse daher mangels Zuständigkeit abgewiesen werden.

Marshall lehnt sich in weiten Teilen seiner Begründung⁵¹ an Hamiltons Ausführungen an, setzt aber durchaus eigene Akzente. Die Nichtanwendung des für verfassungswidrig erachteten Gesetzes wird, ähnlich wie bei Hamilton, mit dem Vorrang der Verfassung begründet. Das Volk der Vereinigten Staaten, so Marshall, hat eine Staatsführung mit begrenzten Befugnissen (*limited government*) geschaffen und die Begrenzungen schriftlich in der Verfassung festgehalten. Wozu sollte man Kompetenzen limitieren und schriftlich fixieren, wenn die errichteten Organe sie nach Belieben überschreiten dürfen? Dann wären schriftliche Verfassungen “absurd attempts to limit a power, in its own nature illimitable”. Also müssen alle schriftlichen Verfassungen als “fundamental and paramount law of the nation” gemeint sein und folglich können verfassungswidrige Legislativakte keine Wirksamkeit erlangen.

Die Gerichte, so sagt Marshall wie Hamilton, haben nun einmal die Aufgabe, Gesetze zu interpretieren und Gesetzeskollisionen zu lösen. Wenn ein Gesetz mit der Verfassung kollidiert, müssen sie entweder das Gesetz oder die Verfassung anwenden. Nach den oben dargestellten Prinzipien ist klar, daß das Gesetz ungültig ist. Kann es gleichwohl die

⁵¹ *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (1803), insbesondere 176–180.

Gerichte binden? Dann würde die Verfassung das Ungültige für verbindlich erklären. Sie würde im selben Atemzug der Legislative Grenzen setzen und erklären, daß diese Grenzen nach Belieben überschritten werden können. Damit wäre sie auf Null reduziert ("reduced to nothing") – das kann nicht richtig sein.

Diese prinzipiellen Überlegungen, die Marshall allein schon aus der Schriftlichkeit der Verfassung herleitet, werden durch einige Verfassungsvorschriften bestätigt: Wenn die Bundesgerichte "cases arising under the constitution" entscheiden sollen, wenn die Verfassung sich selbst zuerst als "Supreme Law of the Land" bezeichnet und dann auch nicht allen Gesetzen, sondern nur denjenigen, die gemäß der Verfassung erstellt wurden ("made in pursuance of the constitution"), denselben Rang zuspricht, dann müssen die Gerichte ebenso wie die anderen Staatsgewalten daran gebunden sein, daß ein verfassungswidriges Gesetz ungültig ist. Sie dürfen es also nicht anwenden.

Ogleich Marshall die Verfassung nur noch auslegen und nicht mehr rechtfertigen muß, stützt er sich – wie Hamilton – vorrangig auf grundsätzliche, vom Verfassungstext losgelöste Erwägungen. Ein zentraler Gedanke – das Dilemma des Richters – wird von Hamilton übernommen und noch deutlicher dargestellt: Die Verfassung ist ein Gesetz, und zwar dasjenige Gesetz, aus dem die gesamte Staatsgewalt einschließlich der Gerichte ihre Legitimation bezieht. Wie kann da ein Richter legitimiert oder gar verpflichtet sein, einen Verfassungsverstoß des Parlaments zu vollziehen? Nein: Die Verfassung ist "fundamental and paramount law" und muß daher vorrangig angewendet werden. Marshall beruft sich dafür allerdings nicht auf einen über dem Volkswertreterwillen stehenden Volkswillen, sondern – insoweit etwas präziser als Hamilton – auf den vom Volk durch seine Vertreter übernommenen Willen der Verfassungsväter, eine dauerhafte und bindende Grundordnung für die künftige Ausübung aller Staatsgewalt, auch der Gesetzgebung, zu schaffen, wobei sich der Bindungswille besonders in der Schriftlichkeit manifestiert.

Mit der Qualifizierung der Verfassung als "fundamental and paramount law" führt Marshall den (neuen) Nichtigkeitsgrund der Verfassungswidrigkeit und den (traditionellen) der Unvereinbarkeit mit Naturrecht und höherer Vernunft zusammen; ein Gedankengang, der sich bereits bei Hamilton andeutet⁵². Entscheidend für das Ergebnis des Falles ist je-

⁵² Vgl. oben III.4.c.

doch das Attribut “paramount”: *Per se* naturrechtswidrig war Section 13 des Judiciary Act sicher nicht⁵³.

Schließlich sieht Marshall es ebenso wie Hamilton als angebracht an, zu betonen, daß das Normprüfungsrecht nicht etwa Ausdruck einer Überordnung der Gerichte über die anderen Staatsorgane sei, sondern schlicht und einfach daraus folge, daß die Gerichte – wie die anderen Staatsgewalten auch – an die Verfassung gebunden sind⁵⁴. Dementsprechend nimmt Marshall für den Obersten Gerichtshof nur das Recht der Nichtanwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes in Anspruch, nicht hingegen das Recht, ein Gesetz – also einen Akt eines anderen, gleichgeordneten Zweiges der Staatsgewalt – formell für ungültig zu erklären. Im praktischen Ergebnis macht dies freilich keinen nennenswerten Unterschied: Ein Gesetz, welches vom Supreme Court als verfassungswidrig erachtet worden ist, darf – aufgrund des Prinzips der “stare decisis” – auch von untergeordneten Gerichten nicht mehr angewendet werden. Ein solches Gesetz ist, obgleich noch “on the books”, zum “dead law” geworden⁵⁵.

Es ist müßig, zu spekulieren, ob auch ein anderer Fall als *Marbury v. Madison* zum Anlaß genommen worden wäre, das richterliche Prüfungsrecht einzuführen. Jedenfalls war dieser Fall wie kein zweiter dafür geeignet, gerade unter Chief Justice John Marshall in der gegebenen historischen Situation so entschieden zu werden. Die Frage der Verfassungswidrigkeit des Judiciary Act hätte auch anders beurteilt werden können; das Wort “Exceptions” in Art. III § 2 Abs. 2 der Verfassung könnte auch so zu verstehen sein, daß der Kongreß befugt sein soll, dem Obersten Gerichtshof einzelne weitere erstinstanzliche Zuständigkeiten zuzuweisen. Wenn Marshall jedoch dem Antrag seines Parteifreundes Marbury stattgegeben hätte, so hätte ihm dies den Vorwurf der Parteigängerschaft eingebracht, dem Urteil wäre vermutlich nicht Folge geleistet worden; auch eine Richteranklage (*impeachment*) lag im Bereich des Möglichen⁵⁶. Das Gericht hätte seine Zuständigkeit auch verneinen können, ohne die Frage der Verfassungsgemäßheit des Judiciary Act aufzuwerfen – aber das

⁵³ Vgl. auch Stourzh (Anm. 18), 69 f.

⁵⁴ Vgl. *Marbury v. Madison* (Anm. 51), 180.

⁵⁵ Vgl. Cappelletti/Ritterspach (Anm. 20), 65, 86 f.

⁵⁶ Gegen einen der beteiligten Richter, Samuel Chase, wurde im Jahre 1804 ein *impeachment*-Verfahren eingeleitet; letztlich wurde die für eine Verurteilung erforderliche Zwei-Drittel-Mehrheit im Senat jedoch verfehlt. Siehe dazu beispielsweise Kelly/Harbison/Belz (Anm. 3), 167–170.

dürfte Marshall zu wenig gewesen sein. Wenn er hier das richterliche Prüfungsrecht für sich in Anspruch nahm, so konnte er der republikanischen Regierung signalisieren, daß der föderalistisch gesonnene Supreme Court dies auch künftig tun würde. Die rechtlich völlig überflüssigen Ausführungen dazu, daß Marbury eigentlich im Recht sei, deuteten an, daß der Gerichtshof nicht zögern würde, gegen die Regierung zu entscheiden. Und *Marbury v. Madison* bot den Anlaß, eine Normenkontrolle an einer denkbar harmlosen und unauffälligen Stelle vorzunehmen, nämlich bei der Zuständigkeitsprüfung. Um Zuständigkeitsfragen ging es auch schon in den Fällen, die in den Einzelstaaten vor 1788 zum Anlaß für gerichtliche Normprüfung genommen worden waren⁵⁷, und anders als zu jener Zeit ging es nicht einmal um einen gesetzlichen Zuständigkeitsaus-schluß, sondern um eine gesetzliche, verfassungswidrige Zuständigkeitszuweisung. Niemand konnte redlicherweise dem Supreme Court ansinnen, in einem Fall tätig zu werden, in dem ihm dies von der Verfassung untersagt war! Bescheidener ging es kaum: Der Gerichtshof nahm das Normprüfungsrecht für sich in Anspruch, nicht etwa, um seine Macht gegenüber der Regierung auszuweiten, sondern um sie auf das verfassungsrechtlich festgelegte Maß zu beschränken. Marshalls Begründung allerdings beschränkte sich nicht auf Zuständigkeitsfragen oder sonst einen bestimmten, abgegrenzten Bereich⁵⁸; sie deckte die Befugnis des Gerichtshofs zur Prüfung aller Gesetze am Maßstab der Verfassung ab. So hat der Gerichtshof denn auch seither in den Fällen, die vor ihn gelangten, eine prinzipiell unbegrenzte Normprüfungsbefugnis in Anspruch genommen.

2. Weitere Entwicklung

Judicial review hat den Obersten Gerichtshof – trotz des anfänglichen Bestreitens einer übergeordneten Stellung – zum wichtigsten und weithin als authentisch akzeptierten Interpreten der Verfassung gemacht. Sein Einfluß auf die Verfassungsentwicklung der USA ist kaum zu überschätzen. Seine Bedeutung wird zutreffend durch den Ausspruch des damaligen Gouverneurs Charles E. Hughes wiedergegeben:

⁵⁷ Siehe oben III.4.c.

⁵⁸ Vgl. etwa den Vorschlag Madisons im Verfassungskonvent 1787, die Zuständigkeit der Gerichte zur Normprüfung auf "cases of a judiciary nature" zu beschränken. Siehe M. Farrand (Hrsg.), *Records of the Federal Convention of 1787*, Vol. II (1937), 430.

“We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is”⁵⁹.

Beispielhaft seien im folgenden verfassungsgeschichtlich hervorhebenswerte Entscheidungen zur Diskriminierung der schwarzen Bevölkerung sowie zur Frage der formellen und materiellen Befugnis des Bundesgesetzgebers zur Regelung des Wirtschaftslebens beschrieben.

a) Sklaverei und Rassendiskriminierung⁶⁰

Nach *Marbury v. Madison* dauerte es 54 Jahre, bis der Supreme Court wieder ein Bundesgesetz für verfassungswidrig erklärte, im Fall *Dred Scott v. Sandford*⁶¹. Sklaverei war zu jener Zeit in den Nordstaaten verboten, in den Südstaaten erlaubt; die Trennung beruhte auf dem sogenannten “Missouri-Kompromiß” aus dem Jahre 1820⁶². Scott war von seinem früheren Eigentümer aus dem “Sklavenstaat” Missouri in den “freien” Staat Illinois und das freie Bundesterritorium Wisconsin mitgenommen worden und hatte ihn schließlich wieder nach Missouri zurückbegleitet. Nach dem Tode seines früheren Eigentümers machte Sanford⁶³, Angehöriger des Staates New York, geltend, nunmehr Eigentümer von Scott geworden zu sein. Hiergegen klagte Scott auf Freigabe, hatte jedoch vor den Gerichten des Staates Missouri keinen Erfolg.

Der Supreme Court, an welchen die Sache schließlich gelangte, hatte bereits 1851 entschieden, daß die Entscheidung eines einzelstaatlichen Gerichts, wonach eine bestimmte Person Sklave und daher kein Staatsbürger (*citizen*) sei, für ihn verbindlich sei⁶⁴. Da nach Art. III § 2 der Verfassung die Bundesgerichtsbarkeit nur für Streitigkeiten zwischen “Citizens of

⁵⁹ Zitiert bei E. Corwin, Introduction, in: J. Killian/L. Beck (Hrsg.), *The Constitution of the United States* (1987), XXVI. Der Ausspruch stammt aus dem Jahre 1929; Hughes wurde 1930 selbst zum Chief Justice ernannt.

⁶⁰ Zum Ganzen siehe H. Steinberger, *Rassendiskriminierung und Oberster Gerichtshof in den Vereinigten Staaten von Amerika* (1969); Brugger (Anm. 2), 112–131; ders., *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika* (1987), 144–188, 203–215.

⁶¹ 60 U.S. (19 How.) 393 (1857). Beschreibungen des Falles bei Kelly/Harbisson/Belz (Anm. 3), 268–275; Brugger (Anm. 2), 112–114; ders., *Grundrechte* (Anm. 60), 147 f.; D. Fehrenbacher, *The Dred Scott Case*, in: John A. Garraty (Hrsg.), *Quarrels that Have Shaped the Constitution* (1987), 87–99.

⁶² Siehe dazu Kelly/Harbisson/Belz, *ibid.*, 254 f.; W. Wiecek, Artikel “Missouri Compromise”, in: Levy/Karst/Mahoney (Anm. 8), Vol. 3.

⁶³ Der Name des Beklagten wurde bei Gericht irrtümlich als “Sandford” registriert; diese Schreibweise ist jedoch bis heute üblich geblieben.

⁶⁴ *Strader v. Graham*, 51 U.S. (10 How.) 83 (1851).

different States” gegeben ist, hätte der Gerichtshof unter schlichter Berufung auf den Präzedenzfall seine Zuständigkeit verneinen können. Er zog es jedoch vor, die Frage der Staatsbürgerschaft selbst zu entscheiden, und Chefrichter *Taney* begründete die Entscheidung des – mehrheitlich mit Südstaatlern besetzten – Gerichtshofs einerseits damit, daß Personen schwarzer Hautfarbe prinzipiell keine Staatsbürger der USA werden könnten, andererseits *Scott* noch Sklave und auch deshalb kein Staatsbürger sei; der “Missouri-Kompromiß” verstoße gegen die Verfassung. *Taney* berief sich dafür vornehmlich auf den Schutz des Eigentums nach dem 5. Amendment; seine Argumentation kulminierte in den Worten:

“The right of property in a slave is distinctly and expressly affirmed in the Constitution. ... No word can be found in the Constitution which gives Congress a greater power over slave property, or which entitles property of that kind to less protection than property of any other description. The only power conferred is the power coupled with the duty of guarding and protecting the owner in his rights”⁶⁵.

Die Bundesrichter hofften wohl, mit diesen klaren Worten das Recht auf Sklavenhaltung endgültig abzusichern und den schon lange andauernden politischen und verfassungsrechtlichen Streit um die Sklaverei zu beenden. Die erste Hoffnung erfüllte sich nicht, die zweite in einem anderen Sinne als von den Richtern beabsichtigt. Das *Dred-Scott*-Urteil wirkte keineswegs befriedend, sondern gab dem politischen Konflikt um die Sklavenfrage neue Nahrung. Die Auseinandersetzungen führten schließlich zum Bürgerkrieg, und die siegreichen Nordstaaten setzten in den Jahren 1865 bis 1870 die Abschaffung der Sklaverei und die verfassungsrechtliche Gleichstellung der Schwarzen in drei Zusatzartikeln zur Verfassung durch (13.-15. Amendment).

Die ehemaligen Sklaven waren nun frei geworden und genossen in allen Staaten “the equal protection of the laws” (Amendment 14 § 1), wurden jedoch weiterhin im täglichen Leben rechtlich und faktisch benachteiligt. In der Folgezeit gelangten etliche Fälle vor den Supreme Court, in denen Schwarze behaupteten, in ihrem Recht auf gleichen Schutz verletzt zu sein.

In *Plessy v. Ferguson*⁶⁶ war der Betroffene, ein Farbiger, dafür bestraft worden, daß er in einem Eisenbahnabteil saß, welches aufgrund einer einzelstaatlichen Regelung nur für Weiße reserviert war. Für Nichtweiße

⁶⁵ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 450 (1857).

⁶⁶ 163 U.S. 537 (1896) mit diss. op. Harlan. Zu den Hintergründen siehe C. Woodward, *The Case of the Louisiana Traveler*, in: Garraty (Hrsg.) (Anm. 61), 157–174.

standen Abteile gleicher Qualität zur Verfügung. Der Oberste Gerichtshof sah keinen Verstoß gegen die "equal-protection"-Klausel. Rassentrennung bedeutete in seinen Augen nicht notwendig Rassendiskriminierung; die Trennung sei traditionell bedingt und könne nur auf freiwilliger Basis überwunden werden.

Nach der Devise "separate but equal" wurde in den Südstaaten bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts Rassentrennung für öffentliche Einrichtungen aller Art, Parkanlagen, Hotels und Gehwege vorgeschrieben.

In der im Jahre 1954 ergangenen Entscheidung *Brown v. Board of Education*⁶⁷ stellte der Supreme Court seine Rechtsprechung jedoch auf eine neue Basis und erkannte an, daß Rassentrennung in der Schule den farbigen Schülern einen Stempel der Minderwertigkeit aufdrücke. In der gleichzeitig ergangenen Entscheidung *Bolling v. Sharpe*⁶⁸ stellte der Gerichtshof fest, daß dieselben Erwägungen auch für die Bundesebene gelten, obgleich dort die "equal-protection"-Klausel nicht gilt; nach seiner Ansicht ist der Inhalt dieser Klausel implizit im 5. Amendment ("No person shall be ... deprived of life, liberty, or property, without due process of law") enthalten. *Brown v. Board of Education* markiert auch den Anfang der modernen Gleichheitsrechtsprechung; seither akzeptiert der Gerichtshof sogenannte "verdächtige Klassifikationen" (dazu gehören insbesondere Differenzierungen nach Hautfarbe oder Rasse) in Gesetzen nur noch dann, wenn ein überragendes Gemeinwohlinteresse die Ungleichbehandlung rechtfertigt⁶⁹.

Bevorzugen nach Rassenmerkmalen sind allerdings nach der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs prinzipiell zulässig, wenn damit eine aufgrund früherer Diskriminierung bestehende Schlechterstellung ausgeglichen werden soll ("affirmative action")⁷⁰.

Im Bereich des Wahlrechts sind die Staatsbürger schwarzer Hautfarbe seit Erlaß des 15. Amendments (1870) formell vor Diskriminierung geschützt. Der Supreme Court erhob jedoch keine Einwendungen gegen Wahlsteuern, die in bestimmten Staaten erhoben wurden und tendenziell die schwarze, ärmere Bevölkerungsschicht stärker trafen als die

⁶⁷ 347 U.S. 483 (1954).

⁶⁸ 347 U.S. 497 (1954).

⁶⁹ Vgl. dazu im einzelnen Brugger (Anm. 2), 116–128 mit weiteren Nachweisen; ders., Grundrechte (Anm. 60), 172–203; vgl. auch schon *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

⁷⁰ Vgl. z. B. *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267 (1986); *Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448 (1980); *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

weiße⁷¹. Die Besteuerung der Teilnahme an Bundeswahlen wurde schließlich 1964 durch das 24. Verfassungs-Amendment verboten; im gleichen Jahr wurden in der Entscheidung *Reynolds v. Sims*⁷² die Grundlagen für eine Rechtsprechung gelegt, die auf ein allgemeines und gleiches Wahlrecht abzielt. Wahlsteuern auf einzelstaatlicher Ebene wurden schließlich im Jahre 1966 für unvereinbar mit dem Prinzip der "equal protection of the laws" erklärt⁷³.

Insgesamt ist es nicht übertrieben zu sagen, daß der Supreme Court sich zu einem Motor der Rassenintegration gewandelt hat; in diesem Bereich ist er zu einem "Gleichheitskämpfer" geworden⁷⁴.

b) Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen

In diesem Bereich spielten in der Geschichte der USA vornehmlich die "Interstate Commerce Clause" und der grundrechtliche Schutz des Eigentums eine wichtige Rolle; die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs hatte besonders in der Zeit von etwa 1880 bis 1937 große politische Bedeutung. In diesem Zeitraum dehnte sich die Wirtschaftstätigkeit immer weiter aus; der Kongreß sah immer häufiger Anlaß, in den Wirtschaftsverkehr mit nationalen Regelungen einzugreifen.

Art. I § 8 Abs. 3 der Verfassung ermächtigt den Kongreß "to regulate Commerce ... among the several States". Diese Klausel wurde vom Gerichtshof zunächst so interpretiert, daß Regulationsgegenstand unmittelbar der zwischenstaatliche Handel sein müsse; es genüge zur Bejahung einer Bundeskompetenz nicht, daß dieser Handel durch die Bundesregelung irgendwie betroffen sei. So wurde ein Gesetz, welches den zwischenstaatlichen Transport von Gütern untersagte, die mit Kinderarbeit hergestellt worden waren, für verfassungswidrig erachtet, weil die Regelung des zwischenstaatlichen Handels nicht zur indirekten Reglementierung der Produktion ermächtigt⁷⁵. Dasselbe Schicksal traf Gesetze zur Regelung der Arbeitsbedingungen für die Geflügelverarbeitung⁷⁶ und die Kohleindustrie⁷⁷.

⁷¹ Siehe z. B. *Breedlove v. Suttles*, 302 U.S. 277 (1937).

⁷² 377 U.S. 533 (1964).

⁷³ *Harper v. Virginia Board of Elections*, 383 U.S. 663 (1966).

⁷⁴ Vgl. dazu auch Bruggen, Grundrechte (Anm. 60), insbesondere 158–162.

⁷⁵ *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918).

⁷⁶ *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935).

⁷⁷ *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936).

Nach dem 5. bzw. 14. Amendment dürfen weder Bund noch Einzelstaaten Freiheit oder Eigentum einer Person “without due process of law” entziehen. Während diese Klausel zunächst – dem Wortlaut entsprechend – rein prozessual begriffen wurde, kam gegen Ende des 19. Jahrhunderts die Theorie des sogenannten “substantive due process” auf⁷⁸. Der Gerichtshof ging nun dazu über, Regelungen der Arbeitsbedingungen – wie etwa die gesetzliche Begrenzung der Wochenarbeitszeit auf 60 Stunden – daraufhin zu überprüfen, ob sie über die rein arbeits- und sozialpolitische Motivation hinaus ein anderes legitimes Ziel verfolgten, beispielsweise Gesundheitsschutz. War dies nicht der Fall, so sah er darin regelmäßig einen unverhältnismäßigen Eingriff in die aus den genannten Amendments abgeleitete Vertragsfreiheit⁷⁹.

Der Gerichtshof erklärte bis in die dreißiger Jahre hinein mehrere hundert Gesetze für verfassungswidrig, der auf ihn ausgeübte politische Druck nahm allerdings immer mehr zu. Präsident F. D. Roosevelt wollte die schwere Wirtschaftskrise durch eine Vielzahl neuer wirtschaftsregender Gesetze, den New Deal, angehen. Nachdem der Gerichtshof mehrere dieser Gesetze unter Berufung auf die “interstate commerce clause” und den “substantive due process” mit teilweise sehr knappen Mehrheiten für verfassungswidrig erklärt hatte⁸⁰, griff Roosevelt den Gerichtshof auf politischer Ebene an⁸¹. Mit seinem berüchtigten “court packing plan” wollte er dem Präsidenten das Recht einräumen, für jeden Richter im Supreme Court, der älter als 70 Jahre war, einen weiteren Richter zu ernennen. Auf diesem Wege hätte Roosevelt in Kürze eine Mehrheit im Gerichtshof für sich gewinnen können. Noch bevor der Kongreß über den Plan entschieden hatte, änderte der Gerichtshof seinen Kurs. Richter Roberts wechselte die Seiten, wodurch sich die Mehrheitsverhältnisse umkehrten. Seitdem akzeptiert der Gerichtshof eine Regelung als von der “interstate commerce clause” gedeckt, wenn entweder der geregelte Sachverhalt den zwischenstaatlichen Handel berührt (unabhängig vom Regelungszweck) oder wenn das Ziel die Förderung des zwischenstaatlichen

⁷⁸ Vgl. erstmals *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1877).

⁷⁹ Vgl. einerseits *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366 (1898), andererseits *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

⁸⁰ Siehe z. B. *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935); *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936); *Railroad Retirement Board v. Alton Railroad Co.*, 295 U.S. 330 (1935).

⁸¹ Vgl. zum Ganzen W. Leuchtenburg, “Court-Packing-Plans”, in: L. Levy/J. K. Karst/J. West (Hrsg.), *Encyclopedia of the American Constitution*, Supplement I (1992), 126–129; Carstens (Anm. 50), 105–114, jeweils mit weiteren Nachweisen.

Handels ist (unabhängig vom geregelten Sachverhalt)⁸². Nur noch nachgewiesenermaßen willkürliche Eingriffe in wirtschaftliche Freiheit oder Eigentum werden als verfassungswidrig angesehen⁸³. Seit 1937 ist kein wirtschaftsregulierendes Bundesgesetz mehr unter Berufung auf eine der beiden Klauseln für verfassungswidrig erklärt worden⁸⁴.

c) Kritik am Normprüfungsrecht

Die gerichtliche Befugnis zur Überprüfung von Gesetzen bringt es offenbar mit sich, daß gelegentlich hochpolitische Konflikte durch die Gerichte entschieden werden. Dies hat schon früh Kritik hervorgerufen, die bis heute nicht verstummt ist. Thomas Jefferson hatte *judicial review* zunächst befürwortet⁸⁵; er warnte jedoch, nachdem er seine Erfahrungen mit föderalistisch dominierten Gerichten gemacht hatte, vor einer "Despotie der Richter"⁸⁶. Die Verfassung sei, so Jefferson, in den Händen der Richter "merely a thing of wax ... which they can twist and shape into any form they please"⁸⁷. Seine Befürchtungen waren nicht unbegründet. Das Normprüfungsrecht verhindert die Allmacht des Parlaments, aber es hat dem Gerichtshof eine große Macht verliehen. Die Richter des Supreme Court haben zeitweise die Normprüfungsbefugnis dafür benutzt, ihre wirtschafts- und sozialpolitischen Vorstellungen gegen die des Bundesgesetzgebers durchzusetzen. Sie haben gezeigt, daß ein Gericht mittels verfassungsrechtlicher Argumentation die Abschaffung der Sklaverei verzögern oder die Gleichberechtigung der Schwarzen vorantreiben kann, je nachdem, welches Ziel die Richter für erstrebenswerter halten. Sie haben,

⁸² Siehe dazu beispielsweise *United States v. Darby*, 312 U.S. 100, 115 (1941); *Heart of Atlanta Motel v. United States*, 379 U.S. 241, 258 (1964).

⁸³ Vgl. *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379, 399 (1937).

⁸⁴ Kritisch zu dieser völligen Zurücknahme des gerichtlichen Prüfungsrechts Brugger (Anm. 2), 50 – 52, 99 f. mit weiteren Nachweisen. Am 25.4.1995 entschied der Gerichtshof allerdings in *United States v. Lopez*, daß ein bundesrechtliches Verbot des Mitführens von Feuerwaffen in Schulen nicht von der "Interstate Commerce Clause" gedeckt sei; siehe *The Economist* v. 6.5.1995, 53 f.

⁸⁵ Zur über die Jahre hin wechselnden Einstellung Jeffersons siehe W. Mendelson, *Jefferson on Judicial Review: Consistency through Change*, *University of Chicago Law Review* 29 (1962), 327 – 337.

⁸⁶ Vgl. T. Jefferson an Thomas Ritchie, 25.12.1820, in: A. E. Lipscomb (Hrsg.), *The Writings of Thomas Jefferson*, Bd. 15 (1904), 297, 331 f., zitiert bei Steinberger (Anm. 22), 131.

⁸⁷ T. Jefferson an Spencer Roane, 9.3.1821, zitiert bei H. Commager, *Majority Rule and Minority Rights* (1950), 38.

so wird gesagt⁸⁸, mit der Zeit die Fähigkeit entwickelt, zu jedem von ihnen gewünschten Ergebnis die passende Verfassungsauslegung zu finden; und diese Fähigkeit haben sie, wie die beschriebenen Fälle zeigen, nicht immer dazu gebraucht, die Sache von Freiheit und Chancengleichheit voranzubringen. Sie legen zuweilen ihren Auftrag sehr weit aus und zeigen "judicial activism", beschäftigen sich mit "judicial legislation" oder "judicial policymaking"⁸⁹. Die Garantie ihrer Unabhängigkeit – die unbefristete Amtsdauer – verhindert gleichzeitig jede demokratische Verantwortlichkeit. Einzelne Richter kritisierten den Gerichtshof selbst dafür; Felix Frankfurter beispielsweise bezeichnete ihn als "the non-democratic organ of our Government"⁹⁰.

Der Gerichtshof hat, vielleicht in Erkenntnis der Problematik, sich – zumindest verbal – selbst Grenzen gesetzt. So bekennt er sich dazu, "politische Entscheidungen" nicht nachprüfen zu wollen⁹¹, nur dann über die Verfassungsgemäßheit einer Norm zu urteilen, wenn ein echter Streitfall (*case or controversy*) vor ihm schwebt und wenn es für die Entscheidung des Falles unvermeidlich ist, und eine Norm nur dann als ungültig zu erachten, wenn ihre Verfassungswidrigkeit zweifelsfrei ist⁹². Das Problem ist, daß sich der Gerichtshof bei der Anwendung dieser Regeln nach einem bekannten Zitat des Richters Holmes zu richten scheint:

"General propositions do not decide concrete cases"⁹³.

Er hat sich über jede dieser Begrenzungen schon hinweggesetzt, wenn es ihm opportun erschien⁹⁴.

⁸⁸ Vgl. Corwin (Anm. 59), XXVI. Siehe auch die bereits 1788 geäußerte Befürchtung von Brutus, in: Storing (Hrsg.) (Anm. 16), 422: "This power in the judicial, will enable them to mould the Government into almost any shape they please."

⁸⁹ Siehe W. v. Alstyn, Artikel "Judicial Activism and Judicial Restraint"; H. Dean, Artikel "Judicial Policymaking"; und E. Erler, Artikel "Judicial Legislation"; alle in: Levy/Karst/Mahoney (Hrsg.), *Encyclopedia* (Anm. 8), Vol. 3, jeweils mit weiteren Nachweisen, sowie insbesondere M. Perry, *The Constitution, the Court and Human Rights* (1982).

⁹⁰ *American Federation of Labor v. American Sash and Door Co.*, 335 U.S. 538, 555 (1949). Vgl. zum Ganzen auch G. Gunther, Artikel "Judicial Review"; R. Bork, Artikel "Judicial Review and Democracy"; W. Murphy, Artikel "Judicial Supremacy"; alle in: Levy/Karst/Mahoney (Hrsg.), *Encyclopedia* (Anm. 8), Vol. 3.

⁹¹ *Z. B. Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433 (1939).

⁹² Vgl. hierzu z. B. *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923).

⁹³ Abweichende Meinung des Richters Holmes, in: *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 76 (1905).

⁹⁴ Schon *Marbury v. Madison* (siehe oben IV.1.) war ein Fall, in dem die für verfassungswidrig gehaltene Norm nicht zweifelsfrei entscheidungserheblich und auch nicht eindeutig verfassungswidrig war. Fragwürdig unter dem Gesichtspunkt der Zweifelsfreiheit

Schließlich hat der Gerichtshof sich selbst doch noch die – anfänglich in Abrede gestellte – “supremacy” in Fragen der Auslegung der Verfassung zuerkannt. In *Cooper v. Aaron* vertrat der Gerichtshof einstimmig die Ansicht, seit *Marbury v. Madison* sei geklärt, daß er der oberste Interpret der Verfassung sei. Nicht etwa nur das 14. Amendment, sondern die vom Gerichtshof in einer früheren Entscheidung vorgenommene Interpretation des 14. Amendments sei nach Art. VI der Verfassung “the supreme Law of the Land” und für alle Staatsorgane bindend⁹⁵.

Ist eine solche Einrichtung noch demokratisch zu nennen⁹⁶? Oder handelt es sich, um mit Richter Frankfurter zu sprechen, um ein “non-democratic organ”? Rechtlich ist die Frage nicht schwierig zu beantworten: Die Richter werden im Zusammenwirken zweier demokratisch legitimierter Organe, des Präsidenten und des Senats, ins Amt berufen⁹⁷. Das Institut der richterlichen Normprüfung ist von den anderen Staatsorganen und vom Volk nunmehr fast zwei Jahrhunderte lang hingenommen und niemals als solches ernsthaft in Frage gestellt worden. Es hätte durch Verfassungsänderung abgeschafft werden können; der Kongreß hat es in der Hand, die Gerichtsbarkeit der Bundesgerichte oder zumindest des Supreme Court zu beschneiden. Auch hätte der Kongreß die Möglichkeit, für Entscheidungen, mit denen ein Gesetz für verfassungswidrig erklärt wird, Zweidrittelmehrheit zu fordern; die Amtszeit der Richter könnte durch Verfassungsänderung auf eine Zeit von beispielsweise zehn bis fünfzehn Jahren begrenzt werden.

Eine andere Frage ist, ob sich das optimale Ausmaß an Demokratie eher mit Normprüfung oder eher ohne sie verwirklichen läßt. Die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung von Parlamentsgesetzen hat Rückwirkungen auf den demokratischen Willensbildungsprozeß innerhalb und außerhalb des Parlaments. Manche Streitigkeiten verlagern sich von der politi-

sind prinzipiell auch 5:4-Entscheidungen. Vgl. zum Ganzen Carstens (Anm. 50), 121–128.

⁹⁵ *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1, 18 (1958).

⁹⁶ Vgl. hierzu insbesondere Commager (Anm. 87); Levy (Anm. 18), 12–42; Steinberger (Anm. 22), 126–137, jeweils mit zahlreichen Nachweisen. Siehe dazu auch K. Shell, Der Oberste Gerichtshof, in: Jäger/Welz (Anm. 2), 170–172; aus der neueren Diskussion in den USA siehe P. Diamond, *The Supreme Court and Judicial Choice* (1989); Perry (Anm. 89); J. Ely, *Democracy and Distrust* (1980).

⁹⁷ Art. II § 2 Abs. 2 Satz 2 der Verfassung.

schen auf die verfassungsrechtliche Ebene⁹⁸. Ist der Verfassungsstreit zu einer bestimmten Frage ausgefochten, so fehlt es oftmals an Energie, die politische Debatte weiterzuführen, zumal in der Öffentlichkeit manchmal die gerichtliche Entscheidung, daß ein Gesetz mit der Verfassung in Einklang stehe, als inhaltliches Qualitätsurteil (miß)verstanden wird⁹⁹.

Gerichtsentscheidungen wirken in solchen Fällen Streitbeendend und befriedend; das mag oft positiv zu bewerten sein. Doch generell kann eine verfassungsrechtliche Diskussion die politische nicht ersetzen. Die sogenannten *majority rule democrats* halten den Einfluß des Normprüfungsrechts eher für schädlich als nützlich; sie fassen ihre – nicht ganz abwegig erscheinenden – Besorgnisse unter anderem in Worte wie diese:

“[The exercise of judicial review], even when unavoidable, is always attended with a serious evil, namely, that the correction of legislative mistakes comes from the outside, and the people thus lose the political experience, and the moral education and stimulus that come from fighting the question out in the ordinary way, and correcting their own errors. ... The tendency of a common and easy resort to this great function, now lamentably too common, is to dwarf the political capacity of the people, and to deaden its sense of moral responsibility”¹⁰⁰.

Die Menschen werden, so die Befürchtung, eingellult und dazu gebracht, abzuwarten, bis die Gerichte (vielleicht) ihre Rechte verwirklichen, und zu resignieren, wenn das nicht geschieht. Sie werden davon abgehalten, zu versuchen, Recht und Freiheit auf dem normalen demokratischen Weg selbst voranzutreiben¹⁰¹. Die Selbstheilungskräfte des demokratischen Prozesses können, überspitzt gesagt, durch gerichtliche Intervention an ihrer Entfaltung gehindert werden.

Letztlich läßt sich die Frage nach dem demokratischen Nutzen des *judicial review* nicht abstrakt für alle Zeiten und alle Gesellschaften einheitlich beantworten. Das Beispiel England zeigt, daß Demokratie auch ohne richterliches Prüfungsrecht über lange Zeit bestehen kann und nicht automatisch in eine “Tyrannei der Mehrheit” abgeleitet¹⁰². Viele andere

⁹⁸ Siehe dazu auch A. v. Brünneck, Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien (1992), 130–132.

⁹⁹ Vgl. Levy (Anm. 18), 40.

¹⁰⁰ J. Thayer, John Marshall (1901), zitiert nach dem Neudruck in P. Kurland (ed.), James Bradley Thayer, Oliver Wendell Holmes and Felix Frankfurter on John Marshall (1967), 85f.

¹⁰¹ Vgl. Commager (Anm. 87), 71–77.

¹⁰² Doch auch in Großbritannien wird in letzter Zeit der Ruf nach einem Katalog gerichtlich durchsetzbarer Grundrechte immer lauter. Vgl. dazu beispielsweise L. Scarman, *English Law: The New Dimension* (1974); R. Dworkin, *A Bill of Rights for Britain* (1990).

Staaten haben sich gleichwohl dafür entschieden, auch die Mehrheit gerichtlicher Kontrolle zu unterwerfen. Dies kann sich zugunsten jeder denkbaren Minderheit auswirken, insbesondere auch zugunsten von Personen, die am Prozeß der politischen Willensbildung nicht oder nur eingeschränkt teilnehmen können (z. B. geistig Behinderte) oder dürfen (z. B. Ausländer). Auch gibt es Fälle, in denen der Willensbildungsprozeß gerade durch eine Gerichtsentscheidung – etwa zur Freiheit der Meinungsäußerung – offengehalten wird. So ist es durchaus nicht ohne Sinn, den Schutz von Minderheiten und Individuen gerichtlich abzusichern. Wer dies tut, muß freilich hinnehmen, daß die Gerichte zuweilen anders entscheiden, als die Mehrheit es für richtig hält.

Schluß

Die Idee des richterlichen Normprüfungsrechts hat von den USA ausgehend weite Kreise gezogen¹⁰³, sie ist einmal als "der wichtigste Ausfuhrartikel Amerikas" bezeichnet worden¹⁰⁴. Der Einfluß der USA war in zahlreichen Ländern bereits im 19. Jahrhundert spürbar¹⁰⁵; besonders aber mit dem beispiellosen Siegeszug der Verfassungsgerichtsbarkeit nach 1945 hat das Normprüfungsrecht sich immer weiter ausgebreitet¹⁰⁶. In neuester Zeit hat es die ehemals sozialistischen Staaten Mittel- und Osteuropas einschließlich Rußlands erreicht¹⁰⁷.

¹⁰³ Vgl. dazu insbesondere D. Kommers, *Judicial Review: Its Influence Abroad*, *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 428 (November 1976), 52 – 64; K. v. Beyme, *Vorbild Amerika? Der Einfluß der amerikanischen Demokratie in der Welt* (1976), 115 – 133; hinsichtlich des Einflusses auf die deutsche Verfassungsentwicklung Steinberger (Anm. 13), G. v. Unruh, *Nordamerikanische Einflüsse auf die deutsche Verfassungsentwicklung*, *Deutsches Verwaltungsblatt* 1976, 455 – 464.

¹⁰⁴ K. Loewenstein, *Der Staatspräsident. Eine rechtsvergleichende Studie*, in: ders., *Beiträge zur Staatssoziologie* (1961), 332, Anm. 1.

¹⁰⁵ Siehe Kommers (Anm. 103); M. Needler, *The Influence of American Institutions in Latin America*, *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 428 (November 1976), 43, 50.

¹⁰⁶ Siehe dazu nur H. Mosler (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart* (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 36) (1962); Cappelletti/Ritterspach (Anm. 20), 65; C. Starck (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa* (1986); K. Zierlein, *Die Bedeutung der Verfassungsrechtsprechung für die Bewährung der Staatsverfassung*, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 1991, 301; v. Brünneck (Anm. 98). Für eine aktuelle vergleichende Darstellung zur Rolle des richterlichen Prüfungsrechts bei der Durchsetzung von Grundrechten siehe D. Beatty (Hrsg.), *Human Rights and Judicial Review* (1994).

¹⁰⁷ Siehe dazu ausführlich G. Brunner, *Die neue Verfassungsgerichtsbarkeit in Osteuropa*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 53 (1993),

Alexander Hamilton hat sicher nicht absehen können, daß die von ihm verfochtene Idee des *judicial review*, der gerichtlichen Prüfung der Gesetze am Maßstab einer durch den Volkswillen legitimierten Verfassung, eine derartige Verbreitung finden würde. Hamilton war zu seiner Zeit nicht der einzige und nicht der erste, der diese Idee propagierte; aber er war einer der ersten, der sie wissenschaftlich fundiert vertrat. Und er vertrat sie nicht in einer akademischen Diskussion, sondern in einer konkreten, aktuellen politischen Debatte um die Annahme einer Verfassung.

Es ist eine uralte Erfahrung der Menschheit, daß es ungerechte Gesetze geben kann. Mit *judicial review* ist ein Mittel gefunden, um (unter anderem) ungerechte Gesetze von einem gewissen Grad der Unerträglichkeit an auf systemimmanentem, friedlichem Wege zu beseitigen. Dies dürfte einer der Gründe sein, warum Menschen und Regierungen die immer weitere Ausbreitung des richterlichen Normprüfungsrechts akzeptiert und gewollt haben. Gerichte sind für diese Rolle institutionell am besten geeignet, weil sie weder mit "sword" noch mit "purse", sondern nur mit "judgment" arbeiten; diese These ist durch die Erfahrung, insgesamt gesehen, bisher nicht widerlegt worden. Alexander Hamilton hat durch seine Ausführungen im Federalist Nr. 78 maßgeblich dazu beigetragen, daß die Idee der richterlichen Normprüfung nicht Idee geblieben ist, sondern den Weg aus der Theorie in die Praxis des demokratischen Staates gefunden hat.

Summary¹⁰⁸

The Federalist on Judicial Review

The present paper deals with Federalist Paper # 78, a classical text in defence of judicial review.

In September 1787 a constitutional convention drafted a new, federal constitution for the United States of America. The then sovereign and independent states ratified the constitution by mid-1788; in the meantime, however, the draft was

819–870, sowie K. v. Beyme, Systemwechsel in Osteuropa (1994), 270–277. Instruktiv auch M. Brzezinski, The Emergence of Judicial Review in Eastern Europe: The Case of Poland, American Journal of Comparative Law 41 (1993), 153–200.

¹⁰⁸ Summary by the author.

subject to serious dispute in several states. A series of newspaper articles published in the state of New York, subsequently called "the Federalist Papers", vehemently advocated the ratification of the constitution. Alexander Hamilton, a lawyer and politician, had written most of these articles including # 78 which deals, *inter alia*, with judicial review.

It was easy to deduce from the draft that the new constitution intended to fix and limit the competences of all branches of government including the legislature. So it claimed to have priority over legislative acts.

The draft did not, however, take a clear position on whether the courts should be entitled to enforce this priority. Judicial review was not to such an extent recognized that it could be considered unnecessary to mention it. It is true that, in theory, it was accepted since the times of ancient Greece that a law made by men could be void when contrary to "higher law" or "fundamental law", that the law of nature takes precedence over positive law. The idea, however, that a legislative act contrary to a constitution may be regarded as invalid, was a new one in the 18th century. In 17th century England the term "constitution" had been used to describe the basic legal rules making up the system of government. The thought that these rules should have a higher legal value than acts of the legislature was not developed in England, where up to our times Parliament is empowered to change the constitution by ordinary legislation, but in the British colonies in North America. After the American Revolution some of the states introduced special procedures for adopting and amending the constitution. Whereas the idea that the constitution is binding on the legislature may be considered well-recognized in 1787, the same cannot be said of judicial review. There were not many cases before 1787 where courts had declared legislative acts unconstitutional, and it was a matter of dispute whether the courts were competent to do so.

Hamilton's interpretation of the draft constitution is as follows: In the absence of other indications in the wording of the constitution one cannot presume that the legislature should conclusively decide on the constitutionality of its own acts, for then its members would be judges in their own cause, they could substitute their will to that of the people. On the contrary, the courts should have the power and the duty to secure that the intention of the people, as laid down in the constitution, is in all cases preferred to the intention of the representatives of the people, as laid down in the acts of ordinary legislation. Thus the courts are an intermediate body between the people and the legislature. It is a typical task for the courts to determine whether two laws conflict with each other and to decide which law governs the case. This does not entail that the judiciary is superior to the legislative body. Each time the courts disregard a law because it is repugnant to the constitution they do exactly the same thing that the legislature should do as well: they let themselves guide by the will of the people as laid down in the constitution.

This reasoning is not in all parts convincing. The distinction between the intention of the people and the intention of its representatives is not of much help in the given context. The constitution itself was not ratified by referendum but by assemblies consisting of representatives. In addition, it has to be recalled that, as is emphasized at some other point in the Federalist (# 10), the public views may even be refined by being passed through a body of representatives. Accordingly, it would be better to say that the people has, through its representatives, adopted the will of the drafters of the constitution to create a binding and permanent order where each branch of the federal government, including the legislature, has been assigned certain limited powers. Similarly, John Marshall, Chief Justice of the Supreme Court of the United States, argued in the famous *Marbury v. Madison* judgment of 1803 that adopting a constitution is a special expression of a people's will. This will sets out the limits for future state activities including ordinary legislation, whereas all the legitimacy of future legislation derives from the constitution. The courts must have the power to keep the legislature within its limits, otherwise written constitutions could, in the extreme, be reduced to nothing.

Judicial review gives considerable power to the Supreme Court, as can be seen from the development of its case law, for example in the fields of racial discrimination and conditions of labor and commerce. Today the Court considers itself – leaving Hamilton and Marshall behind – the supreme interpreter of the constitution, and this claim is widely accepted. It is said that the Court concerns itself with “judicial policymaking” or “judicial legislation” from time to time. The plenitude of the Court's power is subject to criticism; some think it constitutes a danger to the democratic system of government. These objections are not without significance; it must, however, be taken into account that judicial review itself may, in some cases, secure the proper functioning of democracy, when, for example, protecting the freedom of speech against legislative encroachments. In sum, experience has shown that judicial review is a meaningful institution for protecting society against unjust laws, and that this competence is in relatively good hands with courts that, to speak with Alexander Hamilton, have no influence over either the sword or the purse, but “merely judgment”.