

## Parlamentssouveränität und Verfassungswandel im Vereinigten Königreich: Von Zombies, Richtern und konstitutionellen Leitideen

Roland Lhotta

„If [the government] doesn't express clearly what the judges should do about decisions of the ECJ after Brexit, or indeed any other topic after Brexit, then the judges will simply have to do their best. But to blame the judges for making the law when parliament has failed to do so would be unfair.“<sup>1</sup>

„All you zombies hide your faces. All you people in the street. All you sittin' in high places. The pieces gonna fall on you.“<sup>2</sup>

*Prolog: „Constitutional Showtime“ in Großbritannien*

Am 24. Januar 2017 erging unter großer öffentlicher Anteilnahme und teilweise offen feindseligen Einlassungen europakritischer Printmedien<sup>3</sup> im Vorfeld das mit Spannung erwartete Brexit (*Miller*)-Urteil<sup>4</sup> des britischen Supreme Court (UKSC)<sup>5</sup>, bei dem es indessen nicht wirklich um den Brexit und schon gar nicht um das Referendum hierzu ging. Vielmehr ging es um das Verhältnis von Parlament und Exekutive<sup>6</sup> beziehungsweise die Reichweite der Prerogative sowie um einen zentralen und paradigmatisch von *Albert V. Dicey* definierten Baustein der ungeschriebenen Verfassung des Vereinigten Königreiches<sup>7</sup> – die Parlamentssouve-

- 1 Interview mit *Lord Neuberger* (President des UKSC), zitiert nach *Dan Roberts*, *Why are Judges Worried About the ECJ's Post-Brexit Role?*, in: *The Guardian* online vom 8. August 2017, <https://www.theguardian.com/law/2017/aug/08/why-are-judges-worried-about-the-ecjs-post-brexit-role> (Abruf am 12. April 2018).
- 2 *The Hooters*, *All you Zombies* (Album „Nervous Night“ von 1984).
- 3 Vgl. „We Must Get Out of The EU“, in: *Daily Express* online vom 4. November 2016, <https://www.express.co.uk/comment/expresscomment/728602/Brexit-judges-block-leave-EU-referendum-High-Court>; *Peter Dominiczak* / *Christopher Hope* / *Kate McCann*, *The Judges versus the People*, in: *The Daily Telegraph* online vom 3. November 2016, <https://www.telegraph.co.uk/news/2016/11/03/the-plot-to-stop-brexit-the-judges-versus-the-people/>; *James Slack*, *Enemies of the People*, in: *Daily Mail* online vom 3. November 2016, <http://www.dailymail.co.uk/news/article-3903436/Enemies-people-Fury-touch-judges-defied-17-4m-Brexit-voters-trigger-constitutional-crisis.html> (Abruf jeweils am 15. August 2018).
- 4 Vgl. *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, [2017] 2 WLR 15.
- 5 Vgl. *Mark Ormerod*, *The Supreme Court: Annual Report and Accounts 2016 – 2017*, S. 7, <https://www.supremecourt.uk/docs/annual-report-2016-17.pdf> (Abruf am 9. Mai 2018) und ebenda zum betriebenen Organisationsaufwand für die mediale Abdeckung der Verhandlung des Brexit-Falls, S. 51 f.
- 6 Für einen inhaltlichen Überblick und eine kurze Diskussion vgl. *Maximilian J. Alter*, *Der „Brexit“ zwischen Parlamentssouveränität, Prerogativbefugnissen und regionaler Autonomie*, in: *JZ*, 72. Jg. (2017), H. 8, S. 405 – 413; *Thomas Voland* / *Paul Benson*, *Demystifying the English Supreme Court's Brexit Decision*, in: *EuZW*, 28. Jg. (2017), H. 5, S. 176 – 179.
- 7 Dazu *Oliver Lepsius*, *Der britische Verfassungswandel als Erkenntnisproblem*, in: *JöR*, 57. Jg. (2009), S. 559 – 600, der die wiederkehrenden Debatten um *Albert V. Dicey* zutreffend als Ausdruck fortlaufender Selbstverständigung über basale Verfassungskategorien im Vereinigten Königreich interpretiert und darauf hinweist, dass *Dicey* die Unmöglichkeit vollbracht habe, „die Idee des Vorrangs der Verfassung in funktionaler Hinsicht einzuführen und sie zugleich materiell-rechtlich zu-

ränität<sup>8</sup> – und all dies unter den Bedingungen der europäischen Integration und der seit 1972 per Gesetz des Parlaments bestehenden Mitgliedschaft Großbritanniens in der EU.<sup>9</sup>

Die basale Frage lautete, ob die britische Regierung beziehungsweise ein Minister auf der Basis der königlichen Prerogative, die für die Einleitung des Austrittsverfahrens nach Art. 50 EUV vorgesehene Notifikation ohne Mitwirkung des Parlaments geben könne. Die Quintessenz der Mehrheit des UKSC lautete:

„We cannot accept that a major change to UK constitutional arrangements can be achieved by ministers alone; it must be effected in the only way that the UK constitution recognises, namely by Parliamentary legislation. This conclusion appears to us to follow from the ordinary application of basic concepts of constitutional law.“<sup>10</sup>

Konnte man das Urteil des UKSC auf den ersten Blick als eine Stärkung, Bestätigung und Re-Inauguration der Parlamentsouveränität lesen, offenbart sich bei einer kontextualisierten Lesart, dass mit *Miller* in dieser Hinsicht ein sehr ambivalentes Ergebnis erzielt wurde<sup>11</sup> und sich dieses Verfassungsprinzip mittlerweile eher als „Zombie“<sup>12</sup> bezeichnen lässt, der zwar nicht totzukriegen ist, aber teilweise ziemlich ramponiert aussieht und als Wiedergänger zudem notorisch für Ärger sorgt.

Dies wiederum ist symptomatisch für eine zunehmende Irritation über basale Grundlagen der britischen Verfassung<sup>13</sup> sowie politische und/oder rechtliche „Logiken der Angemessenheit“<sup>14</sup>, die bis in die höchste Richterschaft reicht. Wenn grundlegende Verfassungs-

rückzuweisen“, letzteres vor allem über die materielle und normtheoretische Bindungslosigkeit des souveränen Parlaments, von der man aber nicht sagen könne, ob sie wirklich noch gelte (S. 597).

- 8 Vgl. zur Entwicklung der Doktrin und Praxis der Parlamentsouveränität *Mark Elliott*, *The Principle of Parliamentary Sovereignty in Legal, Constitutional and Political Perspective*, in: *Jeffrey Jowell / Dawn Oliver / Colm O’Cinneide* (Hrsg.), *The Changing Constitution*, Oxford 2015; *Jeffrey Goldworthy*, *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates*, Cambridge, 2010; *Michael Gordon*, *Parliamentary Sovereignty in the UK Constitution*, Oxford 2015.
- 9 Die vielfältigen Aspekte und diskussionswürdigen Aussagen des Urteils sowie der Diskussion im Vorfeld können hier nicht einmal ansatzweise voll gewürdigt werden. Hierzu sei hilfsweise verwiesen auf die hoch engagierte und lebendige Debatte auf dem UK Constitutional Law-Blog, <https://ukconstitutionallaw.org> sowie auf die Website des Judicial Power Project: <http://judicialpowerproject.org.uk.miller-supreme-court-judgment-expert-reactions/> (Abruf jeweils am 9. Mai 2018).
- 10 *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, [2017] 2 WLR 15, para.80 (Hervorhebungen des Verfassers); der entsprechende Appeal an den UKSC resultierte aus dem vorhergehenden Verfahren im „divisional court“, *R (Miller and Dos Santos) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2016] EWHC 2768 (Admin.), [2017] 1 All ER 158. Bereits hier hatte das Gericht genauso entschieden, mit einer allerdings leicht anders angelegten Begründung – die fachlich bereits sehr kontrovers debattiert wurde.
- 11 Vgl. *Paul Daly*, *Brexit: Legal and Political Fault Lines*, University of Cambridge Faculty of Law, Legal Studies Research Paper 25/2017; *James Grant*, *Prerogative, Parliament and Creative Constitutional Adjudication: Reflections on Miller*, in: *King’s Law Journal*, 28. Jg. (2017), H. 1, S. 35 – 61; *Mark Elliott*, *The Supreme Court’s Judgment in Miller: In Search of Constitutional Principles*, in: *University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper No. 23/2017*.
- 12 *Fergal Davis*, *Brexit, the Statute of Westminster and Zombie Parliamentary Sovereignty*, in: *King’s Law Journal* 27. Jg. (2016), H. 3, S. 344 – 353, S. 344.
- 13 Vgl. *Mark Elliott*, a.a.O. (Fn. 11); (die damals noch Vizepräsidentin des UKSC) *Lady Brenda Hale*, *The Supreme Court: Guardian of the Constitution*, Sultan Azlan Shah Lecture vom 9. November 2016, S. 13, die zum Schluss ihres Vortrags bekennt, „at least, it is accepted that we are indeed the guardians of the Constitution: if only we knew what it meant“.
- 14 *James G. March / Johan P. Olsen*, *Rediscovering Institutions: The Organizational Basis of Politics*, New York 1989, S. 26 f.; *dies.*, *The Logic of Appropriateness*, in: *Michael Moran / Martin Rein /*

prinzipien aber dermaßen umstritten und inkohärent sind, stehen basale Funktionen der Verfassung – ob sie nun geschrieben oder ungeschrieben ist – zur Disposition. Eine Politikwissenschaft, die sich noch für die Polity-Dimension, Institutionen sowie deren handlungsanleitende Wirkung für relevante Akteure interessiert und dabei basale Elemente des demokratischen Verfassungsstaates wie Gewaltenteilung, Parlamentarismus und (Verfassungs-) Recht theoriegeleitet (und im übrigen auch nicht normativ abstinent) und vergleichend analysiert, eine Politikwissenschaft also, für die *Suzanne S. Schüttemeyer* immer gestanden hat, *muss* sich nachgerade mit solch dystopischen Wandlungen von Verfassungen beschäftigen – denn

„the need for scholars of comparative government to understand the constitutional vocabulary of the politics they study is as urgent as it has ever been. Politics pursued through constitutional law has its own vernacular, and is distinct from politics pursued through electoral campaigns, diplomacy, or war. (...) The ability to grasp modes of legal reasoning and to appreciate constitutional histories and interpretive legacies that are deeper than any particular constitutional court ruling, is essential to comparative constitutional inquiry, whether practical or theoretical“<sup>15</sup>.

Im Folgenden soll dieser reizvollen Fachsprache („vernacular“) am Beispiel des Vereinigten Königreiches nachgespürt werden – und zwar mit Blick auf genau die Dinge („modes of legal reasoning“, „interpretive legacies“, „constitutional vocabulary“), die von *Ran Hirschl* als zentral ausgemacht werden. Hierfür wiederum ist ein „ontological choice“<sup>16</sup> notwendig, der sich mit einer so schönen wie zutreffenden Sentenz aus *Tom Schulmans* „Dead Poets Society“ zum Ausdruck bringen lässt: „No matter what anybody tells you, words and ideas can change the world.“ Beides zusammengenommen bildet den Ausgangspunkt der folgenden Ausführungen, die deshalb mit einer Anverwandlung des normativ-soziologischen<sup>17</sup> beziehungsweise konstruktivistischen Institutionalismus<sup>18</sup> operieren, bei der Leit- und Ordnungsideen – hier vor allem die Parlamentssoveränität und das judizielle Management dieser Leit- und Ordnungsidee durch Gerichte – im Mittelpunkt stehen.<sup>19</sup> Indem nachfolgend „interpretive lega-

*Robert E. Goodin* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Public Policy*, Oxford 2006, S. 689 – 708. „Appropriateness“ spielt in genau diesem Sinne immer wieder eine Rolle in der britischen Verfassung; vgl. etwa HL Select Committee on the Constitution, the Invoking of Article 50 (HL 2016 – 17, 44 – I), dass es im Paragraphen 24 als „constitutionally inappropriate“ bewertet, wenn die Exekutive auf der Grundlage eines bloß konsultativen Referendums handeln würde, ohne die explizite Zustimmung des Parlaments eingeholt zu haben.

15 *Ran Hirschl*, *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2016, S. 191.

16 *Colin Hay*, *Political Ontology*, in: *Robert E. Goodin* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Political Science*, Oxford 2011, S. 460 – 477.

17 Siehe *James G. March* / *Johan P. Olsen*, a.a.O. (Fn. 14); *dies.*, *Elaborating the „New Institutionalism“*, in: *Roderick A. W. Rhodes* / *Sarah A. Binder* / *Bert A. Rockman* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Political Institutions*, Oxford 2006, S. 3 – 20; *Roland Lhotta*, *Neoinstitutionalismus und Demokratie*, in: *Oliver W. Lembcke* / *Claudia Ritzi* / *Gary S. Schaal* (Hrsg.), *Zeitgenössische Demokratietheorie*, Band 2: *Empirische Demokratietheorien*, Wiesbaden 2016, S. 127 – 150.

18 Vgl. *Colin Hay*, *Constructivist Institutionalism*, in: *Roderick A. W. Rhodes* / *Sarah A. Binder* / *Bert A. Rockman*, a.a.O. (Fn. 17), S. 56 – 74.

19 Hierzu ausführlich *Roland Lhotta*, „Picking up the slack“: Bundesstaatsreform durch judizielle Modifikation von Leitideen, in: *Julia von Blumenthal* / *Stephan Bröchler* (Hrsg.), *Föderalismusreform in Deutschland. Bilanz und Perspektiven im internationalen Vergleich*, Wiesbaden 2010, S. 59 – 93; *ders.*, *Die konstitutive Wirkung des Rechts und seiner Sprache: Judizielle Governance als dis-*

cies“ – notgedrungen in aller Kürze – rekonstruiert werden, lässt sich zeigen, dass der ideationale Gehalt des „constitutional vocabulary“ und damit auch die sinnstiftende und handlungsanleitende Wirkung der britischen Verfassung sich verschieben, wie *Vernon Bogdanor* feststellt: „The British Constitution, then, is coming to mean something different to the judges from what it means to government, Parliament and people.“<sup>20</sup> Der Schlüssel zur Rekonstruktion, wie es dazu gekommen ist, liegt in der soeben aus *Miller* zitierten und eigentlich erst einmal harmlos anmutenden Formulierung „basic concepts of constitutional law“ – sie führt direkt in das „Herz der Finsternis“<sup>21</sup> des britischen Verfassungswandels und einer auf dem Weg dorthin teilweise verloren gegangenen „Verfassungsidentität“<sup>22</sup> Großbritanniens.

### 1. Verfassungen als sinnstiftende „codes of meaning“

Verfassungen stellen Regelsysteme für das Zusammenleben in einem Gemeinwesen und insbesondere für den politischen Prozess auf.<sup>23</sup> Sie geben dem Politischen mittels dieser Regeln eine institutionelle Ordnung<sup>24</sup>, die auf Handlungsanleitung zielt<sup>25</sup>, indem sie „parameters for action“<sup>26</sup> für die Regeladressaten zur Verfügung stellen, die diese wiederum als anerkennungswürdig und angemessen, also: legitim einschätzen, weil sie als sinnstiftend empfunden werden. Diese Sinnstiftung beruht darauf, dass Regeln und somit auch Verfassungen „codes of meaning that facilitate interpretation of ambiguous worlds“<sup>27</sup> zur Verfügung stellen:

„The core notion is that life is organized by sets of shared meaning and practices that come to be taken as given for a long time. Political actors act and organize themselves in accordance with rules and practices which are socially constructed, publicly known, anticipated and accepted. Actions of individuals and collectivities occur within these shared meanings and practices, which can be called institutions and identities.“<sup>28</sup>

Verfassungen fungieren – in dieser Weise institutionalistisch verstanden – als „sinngebende Schnittstellen von Ideen und Verhaltensstrukturierungen“<sup>29</sup>, die „shared meanings and

kursiver Wettbewerb um Deutungshoheit, in: *Carsten Bäcker / Matthias Klatt / Sabrina Zucca-Soest* (Hrsg.), *Sprache – Recht – Gesellschaft*, Tübingen 2012, S. 45 – 58; mit weiteren Nachweisen sowie wegweisend *Rogers M. Smith*, *Political Jurisprudence, The ‘New Institutionalism’, and the Future of Public Law*, in: *American Political Science Review*, 82. Jg. (1988), S. 89 – 108; *ders.*, *Historical Institutionalism and the Study of Law*, in: *Keith E. Whittington / R. Daniel Kelemen / Gregory A. Caldera* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford 2008, S. 46 – 59.

20 *Vernon Bogdanor*, *The New British Constitution*, Oxford 2016, S. 83.

21 In Anlehnung an die 1899 erschienene Erzählung „Heart of Darkness“ von *Joseph Conrad*.

22 *Gary J. Jacobsohn*, *Constitutional Identity*, Cambridge / London 2010.

23 *Josép M. Colomer*, *Comparative Constitutions*, in: *R. A. W. Rhodes / Sarah A. Binder / Bert A. Rockman* (Hrsg.) a.a.O. (Fn. 17), S. 217 – 238; *Peter M. Shane*, *Analyzing Constitutions*, in: *R. A. W. Rhodes / Sarah A. Binder / Bert A. Rockman* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 17), S. 191 – 216.

24 *Hans Vorländer*, *Die Verfassung: Idee und Geschichte*, München 2009, S. 9.

25 *Ders.*, *Integration durch Verfassung? Die symbolische Bedeutung der Verfassung im politischen Integrationsprozess*, in: *ders.* (Hrsg.), *Integration durch Verfassung*, Wiesbaden 2002, S. 9 – 40, S. 20.

26 *James G. March / Johan P. Olsen*, *The Logic of Appropriateness*, a.a.O. (Fn. 14), S. 695.

27 Ebenda.

28 *James G. March / Johan P. Olsen*, *Institutional Perspectives on Political Institutions*, in: *Governance*, 9. Jg. (1996), H. 3, S. 247 – 264, S. 249.

29 *André Kaiser*, *Die politische Theorie des Neo-Institutionalismus: James March und Johan Olsen*, in: *André Brodocz / Gary S. Schaal* (Hrsg.), *Politische Theorien der Gegenwart II. Eine Einführung*, Opladen 2009, S. 313 – 342, S. 322.

practices“ im oben genannten Sinne vermitteln, unabhängig davon, ob sie als geschriebene oder ungeschriebene Verfassungen existieren. Wenn aber lange Zeit stabile „shared meanings“ und Sinnstiftung sowie „Logiken der Angemessenheit“ erodieren, muss dies mit Veränderungen in den institutionellen Leitideen einer Verfassung, ihrem sinnstiftenden Potential und ihrer Verbindlichkeit zusammenhängen. Dies lenkt die Aufmerksamkeit auf die politisch-rechtlichen Akteure, die mit der autoritativen Ermittlung und verbindlichen Festlegung des sinnstiftenden Gehalts konstitutioneller „codes of meaning“ betraut sind.<sup>30</sup> In der viel beschworenen „political constitution“ des Vereinigten Königreiches erfolgte die Verständigung auf Logiken der Angemessenheit lange und beachtlich erfolgreich auf der Basis von Konventionen und Rollenverständnissen in einer Verfassung, die eben nicht das Modell des „legal constitutionalism“ adaptierte und deswegen auch eine Doktrin der Parlamentssoveränität mit der „rule of law“ koppeln konnte, ohne dass daraus eine Normhierarchisierung oder gar eine Bindung des Parlaments an höchstrangige Normen erwuchs – und damit auch die Notwendigkeit, eine (gerichtliche) Instanz zu generieren, die die Einhaltung all dessen überwacht und das Parlament judiziell in die Schranken verweist. Vielmehr war die Parlamentssoveränität nach *Dicey* der „very key stone of the law of the constitution“: Das Parlament habe „under the English Constitution the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament“<sup>31</sup>. Aber das hat sich geändert und scheint nicht mehr vorbehaltlos zu gelten<sup>32</sup>; vielmehr gibt es „compelling evidence that there are changed understandings and expectations nowadays which, unlike in the past, reject the notion of the unfettered authority of a legislature, however representative of popular opinion it may be.“<sup>33</sup> *Miller* lässt sich vor diesem Hintergrund als vorläufiger Höhepunkt einer verfassungspolitischen, -rechtlichen und -theoretischen Entwicklung verstehen, in deren Verlauf die „central notion of parliamentary sovereignty falls to be understood within a constitutional framework that is increasingly rich in nature“<sup>34</sup> und „increasing doubts about the relevance of parliamentary sovereignty in a multi-polar state“<sup>35</sup> zu Tage treten.<sup>36</sup> All dies ist im Übrigen auch das Resultat einer „erosion of a culture of trust and comity as underpinning constitutional arrangements in the UK, and their replacement by suspicion, inter-institutional, and intra-institutional conflict, and central control which undermine pluralism and responsibility“<sup>37</sup>. Die europäische Integration hat

30 Vgl. *Brian Tamanaha*, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford 2006, S. 165 f.

31 *Albert V. Dicey*, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London 1959, S. 40, S. 70.

32 Vgl. *Dawn Oliver*, *Constitutional Reform in the UK*, Oxford 2003, S. 330 ff.; *Vernon Bogdanor*, a.a.O. (Fn. 20), S. 271 ff.

33 *Jeffrey Jowell*, *Parliamentary Sovereignty under the New Constitutional Hypothesis*, in: *Public Law*, 50. Jg. (2006), H. 3, S. 562 – 579, S. 563.

34 *Mark Elliott*, *Constitutional Legislation, European Union Law and the Nature of the United Kingdom's Contemporary Constitution*, in: *University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper No. 49/2014*, S. 1.

35 *Graham Gee / Alison L. Young*, *Regaining Sovereignty? Brexit, the UK Parliament and the Common Law*, in: *European Public Law*, 22. Jg. (2016), H. 1, S. 131 – 148, S. 131.

36 Vgl. den exzellenten Überblick bei *Peter Leyland*, *The Constitution of the United Kingdom: A Contextual Analysis*, Oxford & Portland 2016, Kapitel 3 sowie spezifischer die Analyse von *Philip Norton*, *Parliament and the Courts: Strangers, Foes or Friends?*, in: *The UK Supreme Court Yearbook – Legal Year 2014 – 2015*, S. 52 – 76.

37 *Dawn Oliver*, a.a.O. (Fn. 32), S. 21.

an dieser Entwicklung einen beachtlichen, aber nicht allein ausschlaggebenden Anteil gehabt<sup>38</sup> und diente letztlich als Sündenbock für eine Entwicklung, die bereits länger im Gange ist<sup>39</sup> und im Brexit-Referendum sowie dem Streit um den Austritt aus der EU ihren vorläufig letzten Kulminationspunkt und eine Art Katharsis fand.<sup>40</sup>

## 2. Verfassungswandel im Vereinigten Königreich als dystopische Opportunität für Richter

Tatsächlich hat sich die verfassungsrechtliche und – politische Dystopie, von der hier die Rede ist, über einen Verlauf von 40 Jahren entwickelt, um mit den Verfassungsreformen unter *Tony Blair* erheblich an Momentum zu gewinnen<sup>41</sup> und in eine „startling and radical discontinuity with the old“<sup>42</sup> zu münden. Der nunmehr zu konstatierende Zustand einer „constitutional disharmony“<sup>43</sup> ist insoweit das Ergebnis einer Abfolge und Wechselwirkung kontingenter externer Einflüsse und interner Adaptionsversuche durch Verfassungsreformen. Dieses (kontingente) Patchwork von Verfassungsreformen hat einen inkohärenten Konstitutionalisierungsprozess bewirkt, in dem sich die traditionelle „political constitution“ in Richtung einer „legal constitution“ verschiebt, deren wichtigste Bestandteile „fundamental laws“, „fundamental rights“, „judicial review“, „legal checks on politics“, „limited government“ und „separation of powers“ sind. Der Generalnenner ist eine intensiviertere Gewaltenteilung, in der die „omnipotence of government“ sowie die „sovereignty of parliament“ relativiert werden. Unter Aufrechterhaltung einer erodierten Fiktion der Parlamentsouveränität sind die Gerichte die Gewinner des neu tarierten „separation of powers game“ in Großbritannien<sup>44</sup> und bieten ein Beispiel für die von *C. Neal Tate* und *Torbjörn Vallinder* bereits in den 1990er Jahren proklamierte (aber damals kaum theoretisch unterfangene)

38 Vgl. aber hinsichtlich der symbolisch aufgeladenen und stark verzerrten Rezeption der europäischen Integration in Großbritannien und der damit einhergehenden Judizialisierung den instruktiven Beitrag von *Gawn Drewry*, *The Jurisprudence of British Euroscepticism: A Strange Banquet of Fish and Vegetables*, in: *Utrecht Law Review* 3. Jg. (2007), H. 2, S. 101 – 115; *Jo Eric Kushal Murkens*, *The Blunders of Brexit: Economics, Sovereignty, and the Constitution*, in: *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 32. Jg. (2017), H. 1, S. 1 – 17; vgl. hierzu außerdem die Ausführungen des damaligen Präsidenten des UKSC, *Lord Neuberger*, im Rahmen der *Cambridge Freshfields Annual Law Lecture* vom 12. Februar 2014 – „The British and Europe“.

39 Hierzu die Studie von *Harold D. Clarke* / *Matthew Goodwin* / *Paul Whiteley*, *BREXIT. Why Britain Voted to Leave the European Union*, Cambridge 2017.

40 Vgl. hierzu die an *William Shakespeares* Dramen geschulte Darstellung von *Paul Craig*, *Brexit – A Drama in Six Acts*. *Oxford Legal Studies Research Paper No. 45/2016*.

41 *Jeffrey Jowell* / *Dawn Oliver* / *Colm O’Cinneide*, a.a.O. (Fn. 8); *Dawn Oliver*, *The United Kingdom*, in: *ders.* / *Carlo Fusaro* (Hrsg.), *How Constitutions Change: A Comparative Study*, Oxford 2013, S. 329 – 356.

42 *Vernon Bogdanor*, a.a.O. (Fn. 20), S. 273.

43 Vgl. *Gary Jeffrey Jacobsohn*, a.a.O. (Fn. 22), S. 4.

44 Vgl. *Erin F. Delaney*, *Judiciary Rising: Constitutional Change in the United Kingdom*, in: *Northwestern University Law Review*, 108. Jg. (2014), H. 2, S. 543 – 605; *Lorne Neudorf*, *The Supreme Court and the New Judicial Independence*, in: *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2. Jg. (2012), H. 1, S. 25 – 43; *Diana Woodhouse*, *The Constitutional and Political Implications of a United Kingdom Supreme Court*, in: *Legal Studies*, 24. Jg. (2006), H. 1/2, S. 134 – 155; *dies.*, *The Law and Politics: More power to the Judges – and to the People?*, in: *Parliamentary Affairs*, 54. Jg. (2001), H. 2, S. 223 – 237.

„global expansion of judicial power“<sup>45</sup>. Interessant ist hierbei, wie die Richter mehrere durch Verfassungsreformen eröffnete Gelegenheitsfenster interpretativ genutzt haben und „Methode als Machtfaktor“<sup>46</sup> zur Geltung gebracht haben.

(1) Erste Anzeichen einer tektonischen Verschiebung begannen sich in Großbritannien bereits in den 1960er Jahren abzuzeichnen, als Gerichte vereinzelt und dann mit der Zeit konsistenter begannen, die sehr eng gesteckten Parameter des „judicial review“ auszuweiten und dabei vor allem das Korsett der ultra vires-Doktrin zu sprengen und die Zügel der Wednesbury-Formel zu lockern, wobei zunehmend Verhältnismäßigkeitsabwägungen sowie „illegality“, „irrationality“ und „unfairness“ (im Gegensatz zu „reasonableness“ beziehungsweise „manifest absurdity“) ins Spiel gebracht wurden.<sup>47</sup> Der eingeschlagene Pfad der stärkeren Judizialisierung verstetigte sich mit dem Beitritt Großbritanniens zur Europäischen Gemeinschaft<sup>48</sup>, das heißt dem European Communities Act 1972, dem Human Rights Act 1998<sup>49</sup> sowie der Devolution Acts 1998 und der Constitutional Reform Acts 2005 und 2010. Ohne hier auf Details eingehen zu können, kreierte diese Reformen für die Richter neue Kompetenzen beziehungsweise Pflichten, die partiell in die Richtung eines „constitutional review“ führten<sup>50</sup> – einem Fremdkörper in der traditionellen britischen Verfassung. Insofern ging es für die Richter um die Entwicklung einer Strategie und eines Managements von Leitideen dergestalt, dass „parts of the ‚old‘ are employed (twisted?) to justify parts of the ‚new‘, whilst the effect of the ‚new‘ is to undercut the ‚old‘.“<sup>51</sup> In der Praxis führte dies dazu, dem britischen Parlament immer und immer wieder formal die Souveränität zuzusprechen, andererseits gegenüber Compliance-Ansprüchen des Europarechts sowie der Judikatur des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) zunehmend robuster zu agieren. Zwar verweigerte das House of Lords Appeal Committee in Factortame<sup>52</sup> dem Parlament erstmals die Anwendung eines Gesetzes (Merchant Shipping Act 1988) aufgrund des Vorrangs des (direkt anwendbaren) Europarechts<sup>53</sup>, aber eigentlich kollidierten die vom EuGH ent-

45 C. Neal Tate / Torbjörn Vallinder (Hrsg.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York 1997.

46 Dieter Grimm, *Methode als Machtfaktor*, in: *ders.*, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1987, S. 347 – 372.

47 Vgl. *Lord Irvine of Lairg*, *Judges and Decision – Makers: The Theory and Practice of Wednesbury Review*, in: *Public Law*, 40. Jg. (1996), H. 1, S. 59 – 78; *Dawn Oliver*, a.a.O. (Fn. 32), S. 89 ff.

48 Vgl. dazu ausführlich *Penny Darbyshire*, *Darbyshire on the English Legal System*, London 2014, S. 51 ff.; *Dawn Oliver*, a.a.O. (Fn. 32), S. 62 ff.

49 Vgl. *Penny Darbyshire*, a.a.O. (Fn. 48), S. 81 ff.; *Vernon Bogdanor*, a.a.O. (Fn. 20), S. 53 ff.

50 Vgl. als Überblicksdarstellung *Jo Eric Kushal Murkens*, *Verfassungsgerichtsbarkeit im Vereinigten Königreich*, in: *Armin von Bogdandy / Christoph Grabenwarter / Peter M. Huber* (Hrsg.), *Handbuch Jus Publicum Europaeum*, Band VI: *Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen*, Heidelberg 2016, S. 795 – 851.

51 *Graham Gee*, *Mixing the Old and the New in Miller*, in: *Policy Exchange. Judicial Power Project: Miller: Expert Reactions*, S. 9 – 10, <http://judicialpowerproject.org.uk/high-court-miller-judgment-expert-reactions> (Abruf am 13. April 2018).

52 *R v Secretary of State for Transport, ex p. Factortame (No 2)* [1991] 1 All ER 70.

53 Vgl. aber zuletzt auch *Benkharbouche (Respondent) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (Appellant)* [2017] UKSC 62, wo der Supreme Court die Disapplication des State Immunity Act 1978 aufgrund von Inkompatibilität mit der EU-Grundrechtecharta bestätigte und zudem auch eine partielle Inkompatibilität mit der Europäischen Menschenrechtskonvention erkannte (letzteres erfolgt indessen nur deklaratorisch).

wickelten Prinzipien des Vorrangs und der Direktwirkung weiterhin mit der Doktrin der Parlamentsouveränität, wobei der Status des ECA 1972 durchaus unklar blieb, wie zuletzt auch *Miller* zeigte.<sup>54</sup> Zudem offenbarten Fälle wie die „Metric Martyrs“<sup>55</sup> und „HS2“<sup>56</sup>, dass die Gerichte nicht willens sind, dem Europarecht stets den Vorrang einzuräumen, jedenfalls dann nicht, wenn „fundamental principles“ der britischen Verfassung tangiert sind; dass sich die Richter des UKSC hier auch durch die Rechtsprechung des BVerfG und seiner Betonung eines durch die europäische Integration nicht tangiblen Bereichs der Verfassungsidentität beeindrucken ließen, sei nur am Rande erwähnt.<sup>57</sup> Zudem schuf man sich auch durch europarechtskonforme Auslegung und eine zurückhaltende Vorlagepraxis bei Vorabentscheidungsverfahren durchaus Spielräume für eine auf Großbritannien fokussierte Handhabung von Normkonflikten.

(2) Eine ähnliche Absetzbewegung ist bei der Anwendung des Human Rights Act von 1998 sowie der Compliance gegenüber dem EGMR zu verzeichnen. Dominierte anfangs noch eine Haltung, die sich dem von Bingham LC formulierten „mirror principle“ verpflichtet fühlte und die Entscheidungen des EGMR getreulich zu spiegeln trachtete, wurden bald schon „margins of appreciation“, die Nicht-Bindung an die EGMR-Judikatur sowie funktional und materiell adäquate „fundamental rights“ aus dem Common Law ins Spiel gebracht. Dem Europarecht räumte man auf diesem Wege eine „pragmatic supremacy“ ein, mehr aber auch nicht<sup>58</sup> – und dem EMRK-Regime sowie der Rechtsprechung des EGMR wurde eine funktional äquivalente Kollektion von Common Law-basierten „fundamental rights“ entgegengesetzt, die den selbstbewussten und robusten Dialog mit dem EGMR beförderten.<sup>59</sup> Gegenüber beiden invasiv wirkenden Rechtsansprüchen europäischer Provenienz wurden zudem basale „constitutional principles“ ins Feld geführt, die sich wiederum nach innen nutzbar machen ließen, wenn daraus eine Hierarchisierung (!) von Rechtsnormen im Vereinigten Königreich abzuleiten war, mit denen der „implied repeal“ durch das Parlament konditioniert werden kann. Diese quasi nebenher entwickelte Limitation des „implied repeal“ ist ein bedeutsamer Einschnitt in die Parlamentsouveränität, zu der es nach der Lehre *Diceys* gehört, dass ein Parlament nicht das folgende binden kann und eine normative Hierarchisierung von Gesetzen des Parlaments nicht existiert. Im Er-

54 Vgl. *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, [2017] 2 WLR 15, Rz. 60 ff.

55 *Thoburn v Sunderland City Council* [2003] QB 151, [2002] 3 WLR 247.

56 *R (on the application of HS2 Action Alliance Limited) (Appellant) v Secretary of State for Transport and another (Respondents)* [2014] UKSC 3.

57 Vgl. die sehr instruktiven Ausführungen von *Lord Reed*, *EU Law and the Supreme Court*. The Sir Thomas More Lecture for 2014, 12. November 2014, der hier auch mehrfach darauf verweist, dass der UKSC sich in HS2 vom Bundesverfassungsgericht und seiner Rechtsprechung zu den durch die europäische Integration non-tangible Verfassungsidentität hat beeindrucken lassen.

58 Vgl. *Mark Elliott*, *Embracing ‘Constitutional’ Legislation: Towards Fundamental Law?*, University of Cambridge Faculty of Law. Legal Studies Research Paper 48/2014.

59 Vgl. *Merris Amos*, *The Dialogue between United Kingdom Courts and the European Court of Human Rights*, in: *International and Comparative Law Quarterly*, 61. Jg. (2012), H. 3, S. 557 – 584; *Baroness Hale of Richmond*, *Beanstalk or Living Instrument? How tall can the ECHR grow? Barnard’s Inn Reading 2011*; *dies.*, *Argentorum Locutum: Is Strasbourg or the Supreme Court Supreme?*, in: *Human Rights Law Review*, 12. Jg. (2012), H. 1, S. 65 – 78 sowie den nicht anders als offen konfrontativ zu nennenden Vortrag von UKSC-Richter *Lord Kerr*, *The UK Supreme Court. The Modest Underworker of Strasbourg? Clifford Chance Lecture*, 25 January 2012.

gebnis ist ein „wider narrative arc being advanced by the UK’s senior judiciary“<sup>60</sup> zu besichtigen, in dem sich die Richter im Wege der Interpretation als Sachwalter von „constitutional principles“, der „rule of law“ und als „principal of legality“ in Position bringen, all dies endemisch (prima facie gegen europäische Externalitäten) aus dem Common Law ableiten<sup>61</sup> und daraus wiederum Kontrollansprüche gegenüber dem Parlament begründen.

(3) Ein (spektakuläres) Beispiel für „fashionable interpretative doctrines brewed at home by British judges“<sup>62</sup> und deren exemplarischen Sickerneffekt sowie Wechselbezüglichkeit bis hin zu *Miller* sind die Dikta und Veröffentlichungen von *Sir John Laws*, dem ehemaligen Lord Justice of Appeal sowie eine Reihe von Dikta aus *Jackson*.<sup>63</sup> Im berühmten *Metric Martyrs*-Fall entwickelte *Laws LJ* eine folgenreiche Normhierarchisierung, die es in sich hatte:

„We should recognise a hierarchy of Acts of Parliament: as it were ‚ordinary‘ statutes and ‚constitutional‘ statutes. The two categories must be distinguished on a principled basis. In my opinion a constitutional statute is one which (a) conditions the relationship between citizen and State in some general, overarching manner, or (b) enlarges or diminished the scope of what we would now regard as fundamental constitutional rights. (a) and (b) are of necessity closely related; it is difficult to think of an instance of (a) that is not also an instance of (b). The special status of constitutional statutes follows the special status of constitutional rights.“<sup>64</sup>

Die von *Laws LJ* deklarierte Ausdifferenzierung einer möglichen Rangfolge beziehungsweise Hierarchie von Gesetzen mit konstitutionellem Charakter und „normalen“ Gesetzen, eröffnete ein Portal für die Gerichte, Akte des Parlaments künftig an ihrem zulässigen „encroachment“ konstitutioneller Prinzipien beziehungsweise von Gesetzen mit funktional konstitutionellem Charakter zu messen oder aber auch externe (europarechtliche) „encroachments“ konstitutioneller Prinzipien des Vereinigten Königreiches abzublocken.<sup>65</sup> Dabei rückte auch die Möglichkeit ins Blickfeld, Legislativakten des Parlaments die Anwendung seitens der Gerichte zu verweigern, sowie die Verpflichtung des Parlaments, seinen Willen unmissverständlich zum Ausdruck zu bringen.<sup>66</sup>

Ein markanter Wendepunkt ist sicher auch *Jackson*. In diesem Appeal vor dem House of Lords sahen sich gleich mehrere Law Lords dazu veranlasst, (obiter) einige Reflexionen anzustellen, die geeignet schienen, die Axt an die herkömmliche Lehre der Parlamentsouveränität zu legen (und die vom damaligen Lord Chancellor mehr oder weniger als Häresie

60 *Mark Elliott*, a.a.O. (Fn. 34), S. 1.

61 Vgl. nur *Osborn v. The Parole Board* [2013] UKSC 61; *Kennedy v. Charity Commission* [2014] UKSC 20 und *R (on the Application of ABC (a minor) (Afghanistan) v Secretary of State for the Home Department* [2011] EWHC 2937 (Admin.).

62 *Carl Gardner*, *A Heady, Worrying Brew of Doctrines*, in: *Policy Exchange. Judicial Power Project. Miller: Expert Reactions*, S. 7 – 8, S. 7.

63 *Jackson and others v. Attorney-General* [2005] UKHL 56; [2006] 1 A.C. 262.

64 *Thoburn v. Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin) per *Laws LJ* (Hervorhebungen des Verfassers).

65 Unter expliziter Verwendung der von *Laws LJ* vorgeschlagenen Hierarchisierung formulierten *Lord Neuberger* und *Lord Mance* das Urteil des UKSC in *R (on the application of HS2 Action Alliance Limited) v Secretary of State for Transport and another* [2014] UKSC 3; vgl. dazu *Mark Elliott*, a.a.O. (Fn. 34), S. 379 – 392, S. 384.

66 Ein Punkt, der zum Beispiel hinsichtlich des Normgehalts des ECA 1972 in *Miller* äußerst umstritten war.

eingestuft wurden<sup>67</sup>). So deklarierte *Lord Hope*, dass „the rule of law enforced by the courts is the ultimate controlling factor on which our constitution is based (...) the courts have a role to play in defining the limits of parliament’s sovereignty.“ Daraus folgerte er messerscharf, dass „parliamentary sovereignty is no longer, if it ever was, absolute (...). It is no longer right to say that its freedom to legislate admits of no qualification whatever. Step by step, gradually but surely, the English principle of the absolute legislative sovereignty of Parliament which *Dicey* derived from *Coke* and *Blackstone* is being qualified“<sup>68</sup>. Die konsequente Fortführung dieses Gedankens und dessen Verknüpfung mit einer richtergesteuerten Konstitutionalisierung findet sich indessen bei *Lord Steyn*:

„We do not in the United Kingdom have an uncontrolled constitution as the Attorney General implausibly asserts (...). The classic account given by *Dicey* of the doctrine of the supremacy of Parliament, pure and absolute as it was, can now be seen to be out of place in the modern United Kingdom. Nevertheless, the supremacy of Parliament is still the general principle of our constitution. It is a construct of the common law. The judges created this principle. If that is so, it is not unthinkable that circumstance would arise where the courts may have to qualify a principle established on a different hypothesis of constitutionalism. In exceptional circumstances involving an attempt to abolish judicial review or the ordinary role of the courts, the Appellate Committee of the House of Lords or a new Supreme Court may have to consider whether this is a constitutional fundamental which even a sovereign Parliament acting at the behest of a complaisant House of Commons cannot abolish.“<sup>69</sup>

Hier zeigt sich deutlich: Die Debatte um die Parlamentsouveränität ist alles andere als nur akademisch<sup>70</sup>, sondern Teil eines „separation-of-powers game“<sup>71</sup>, in dem es um (Neu-) Verständigung über grundlegende Prinzipien der Verfassung geht. Dieser Suchvorgang generiert latent neue „inter-institutionelle Dialoge“<sup>72</sup>, die spannungsgeladen sind – und diese Spannungen lassen sich offenbar nicht mehr durch eine rein politische Verfassung abfedern und verarbeiten, deren lapidare Essenz zugespitzt „no more and no less than what happens“<sup>73</sup> sein soll. Dem Supreme Court (und seit längerem einem Teil der britischen Richterschaft) scheint eine solche rein politische Verfassung sichtlich zu inhaltsleer und auch teilweise anachronistisch. „Constitutional principles“<sup>74</sup>, die verrechtlicht und nicht nur Gegenstand politischer Konvention und zudem dem Zugriff von Parlament und Exe-

67 *Tom Bingham*, *The Rule of Law*, London 2011, S. 22.

68 *Jackson and others v. Attorney-General* [2005] UKHL 56, 120 per *Lord Hope* (Hervorhebungen des Verfassers)

69 Ebenda; dies ist im Prinzip das Echo von *Trevor R. S. Allen*, *Law, Liberty and Justice. The Legal Foundations of British Constitutionalism*, Oxford 1993, S. 10.

70 So aber die unzutreffende Einschätzung von *Maximilian J. Alter*, a.a.O. (Fn. 6), S. 406.

71 Vgl. grundlegend *Rui J. P. Figueiredo / Tonja Jacobi / Barry Weingast*, *The New-Separation-of-Powers Approach in American Politics*, in: *ders. / Donald A. Wittman* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Political Economy*, Oxford 2006, S. 199 – 222.

72 *Fergal R. Davis*, *Parliamentary Supremacy and the Re-Invigoration of Institutional Dialogue in the UK*, in: *Parliamentary Affairs*, 67. Jg. (2014), H. 1, S. 137 – 150, der nachdrücklich demonstriert, wie die höchste Richterschaft immer wieder unter einem „diceyan bushel“ (S. 150) laviert beziehungsweise lavieren muss.

73 *J. A. G. Griffith*, *The Political Constitution*, in: *Modern Law Review*, 42. Jg. (1979), H. 1, S. 1 – 21, S. 19.

74 Vgl. als konzisen und aktuellen Überblick das Kapitel 3 in *Peter Leyland*, *The Constitution of the United Kingdom. A Contextual Analysis*, Oxford / Portland 2016.

kutive entzogen sind, sind die Antwort der Richter und das Zeichen einer Verschiebung von Leit- und Ordnungsideen in Richtung eines „common law constitutionalism“, mit dem auf den Gestaltwandel des politischen Systems Großbritanniens reagiert wird<sup>75</sup> – in dem die Richter nicht mehr ausschließlich in „deference“ gegenüber dem allmächtigen Parlament verharren<sup>76</sup> (was sie in dieser Ausschließlichkeit auch noch nie getan haben):

„If I am right that the judges do and must make law when construing statutes, and that they do it and must do it for the vindication of constitutional principle, there is inevitably the question: where is the proper boundary between judicial and political power? Is not the legislature also responsible for constitutional principle? In our uncodified constitution, the question offers no single answer. The legislature may of course effect constitutional innovations, as in recent years it has in enacting the European Communities Act, the devolution legislation, and the Human Rights Act. But elected government is buffeted by the rancor and asperity of party politics and the dictates of populism: so that elected governments will always struggle – sometimes they will not even try – to confine their legislative endeavours within the disciplines of constitutional principle. Democracy is our best guarantee against arbitrary and capricious government; constitutional principle is our best guarantee against democracy’s own occasional aspirations to arbitrary and capricious rule. Constitutional principle is in the keeping of the judges; they are protected from overweening aspirations of their own, not by an inherent wisdom (...) but by the method of the common law, matured over centuries (...).“<sup>77</sup>

### 3. „To go boldly where no man has gone before“<sup>78</sup>: Die neuen Hüter der Verfassung

Die Debatte um die Parlamentssoveränität und den britischen Verfassungswandel ist – und das sollte mehr als deutlich geworden sein – eine grundlegende Auseinandersetzung um die angemessene Gewaltenteilung in Großbritannien<sup>79</sup>. In dieser Auseinandersetzung spielen die Richter eine wichtige und der 2005 neu geschaffene Supreme Court (zumindest partiell) die Rolle eines „constitutional court“<sup>80</sup>, der sich nicht mehr nur auf ein „tip-toeing its way through political minefields“<sup>81</sup> und einen „tightrope walk“<sup>82</sup> zwischen den Gewalten beschränkt, sondern zunehmend robust seine verfassungsgerichtlichen Funktionen annimmt und damit autoritative (wenn auch kontestiertere) Interpretationen in die laufenden

75 Vgl. Dawn Oliver, a.a.O. (Fn. 32), S. 89 ff.

76 Vgl. Jeffrey Jowell, a.a.O. (Fn. 33), S. 562 – 579.

77 Sir John Laws, Judicial Activism, 12. Dezember 2016, <http://judicialpowerproject.org.uk/wp-content/uploads/2016/12/Laws-text-final.pdf>, S. 11, Rz. 36 (Abruf am 13. April 2018).

78 Star Trek Opening Lyrics von Gene Roddenberry und Alexander Courage von 1966.

79 Vgl. hierzu auch die unter anderem am Vereinigten Königreich verdeutlichten Überlegungen von Eoin Carolan, The New Separation of Powers. A Theory for the Modern State, Oxford 2009, wo die Gewaltenteilung verfassungstheoretisch und -politisch als „effective institutional theory“ interpretiert wird.

80 Vgl. die Bemühungen, die Rolle des Supreme Court als „constitutional court“ zu relativieren und mit einer teilweise nur noch virtuell-theoretischen Parlamentssoveränität zu harmonisieren bei Lord Neuberger, The UK Constitutional Settlement and the Role of the UK Supreme Court. The Legal Wales Conference 2014, 10. Oktober 2014.

81 Brice Dickson, Activism and Restraint within the UK Supreme Court, in: European Journal of Current Legal Issues, 21. Jg. (2015), H. 1, S. 1 – 20, S. 11.

82 Andrew Harding / Peter Leyland / Tania Groppi, Constitutional Courts: Forms, Functions and Practices in Comparative Perspective, in: dies. (Hrsg.), Constitutional Courts: A Comparative Study, London 2009, S. 1 – 27, S. 24.

„constitutional dialogues“<sup>83</sup> einbringt. Einem Teil der „senior judges“ scheinen der Geist von Chief Justice *Edward Coke*<sup>84</sup> und ein nicht zu überhörendes institutionelles Eigeninteresse in die Glieder gefahren zu sein.<sup>85</sup> Gefordert und mittlerweile auch befördert wird eine „different hypothesis of constitutionalism“<sup>86</sup> – und die Gerichte, allen voran der UKSC, erklären sich in Ermangelung klarer und kohärenter Direktiven und Handlungsanweisung durch das Parlament bereit, diese Lücke zu füllen<sup>87</sup> und dabei auch die Rolle des „judge as political theorist“<sup>88</sup> anzunehmen:

„It is plain that the constitutional role and responsibility of judges in the UK has increased to a marked extent as a result of the development over the past 20 years (...). And, unsurprisingly, this is more true of the UK's top court than of any other court. The replacement of the Law Lords by the Supreme Court was not intended to change the powers of the UK's top court, and I do not think that it has done so. However, the Supreme Court has been conceived, born and brought up at a time of constitutional changes which have required the judges in the UK, and particularly its top court, to have an ever-increasing constitutional role. We judges have not asked for this change, but we have accepted it with, I hope, an appropriate attitude of commitment and independence.“<sup>89</sup>

Damit verschieben sich im Vereinigten Königreich sowohl die tradierte Rollenaufteilung zwischen Parlament und Gerichten<sup>90</sup> als auch die Selbstwahrnehmung der Gerichte und

83 *Louis Fisher*, *Constitutional Dialogues. Interpretation as Political Process*, Princeton 1988; *Tom R. Hickman*, *Constitutional Dialogue, Constitutional Theories and the Human Rights Act 1998*, in: *Public Law*, 49. Jg. (2005), H. 2, S. 306 – 335.

84 Gemeint sind hier vor allem natürlich „Prohibitions del Roy“ (1607) 77 ER 1342, 12 Co Rep 63 sowie der „Case of Proclamations“ (1611) 12 Co Rep 74.

85 Vgl. *Gavin Drewry*, *The UK Supreme Court – A Fine new Vintage, or just a Smart New Label on a Dusty Old Bottle*, in: *International Journal for Court Administration*, 3. Jg. (2011), H. 2, S. 1 – 14, S. 1: „Some of the most senior judges themselves, a category of office holder once regarded as doctrinally opposed to any kind of radical change, have become articulate champions of reform and have carved out new high profile managerial roles for themselves, as well as becoming markedly more ‘activist’ in the public law and human rights area when sitting on the bench.“

86 *Jackson v. Att. Gen.* [2005] UKHL 56; [2006] 1 A.C. 262 per *Lord Steyn*.

87 Es ist wichtig zu beachten, dass dieser Rollenwechsel eine historisch – richterssoziologische Komponente hat, die mit einem Generationenwechsel der Richterschaft in den 1980er Jahren zu tun hat – vgl. hierzu *Robert Stevens*, *The House as a Supreme Court: Introduction*, in: *Paul Carmichael / Brice Dickson* (Hrsg.), *The House of Lords. Its Parliamentary and Judicial Role*, Oxford 1999, S. 107 – 112, S. 108. Es dürfte vor diesem Hintergrund auch – zumindest teilweise – erklärbar sein, warum das Verhältnis der Richterschaft insbesondere zur Exekutive dann in den 1990er Jahren auf einen Tiefpunkt zusteuerte; dazu *Diana Woodhouse*, *Politicians and the Judiciary – A Changing Relationship*, in: *Parliamentary Affairs*, 48. Jg. (1995), H. 3, S. 401 – 417; *dies.*, *Politicians and the Judges: A Conflict of Interest*, in: *Parliamentary Affairs*, 49. Jg. (1996), H. 4, S. 423 – 440.

88 *David Robertson*, *The Judge as Political Theorist. Contemporary Constitutional Review*, Princeton 2010.

89 *Lord Neuberger*, *The Constitutional Role of the Supreme Court in the Context of Devolution in the UK. Lord Ridger Memorial Lecture 2016*, 14. Oktober 2016, Paragraph 43; vgl. auch die instruktiven und nach einer Orientierungsphase zunehmend selbstbewusster und offensiver werdenden institutionellen „Selbstbeschreibungen“ von Supreme Court-Richtern im Rahmen von Vorträgen, vollständig dokumentiert auf <https://www.supremecourt.uk/news/speeches.html> (Abruf am 9. Mai 2018).

90 *Maartje de Visser*, *Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis*, Oxford / Portland 2015, S. 86; ausführlich *Erin F. Delaney*, a.a.O. (Fn. 44 ), S. 543 – 605; *Richard Ekins*, *The Dy-*

der Richter<sup>91</sup> – und das hat mit einem „ideational shift“ zentraler Leit- und Ordnungsideen sowie einem Deutungswettbewerb zu tun, in dem die Gerichte als „fora of ideology“ fungieren<sup>92</sup>, in denen es zu einem „strategic development of ideas and persuasion“<sup>93</sup> kommt. Dabei betätigen sich die Richter als judizielle Manager<sup>94</sup> von Leit- und Ordnungsideen<sup>95</sup> und basalen Verfassungsprinzipien.<sup>96</sup> Es bleibt abzuwarten, wie sich ihr Verhältnis zu Parlament und Regierung weiter entwickelt. Aber dass die Gewaltenteilung in der langen Rechtsgeschichte Großbritanniens ein „Theorieangebot“ geblieben sei, „das zwar intellektuelle, aber keine verfassungsrechtliche Kraft entfaltet hat“<sup>97</sup>, dürfte nunmehr nicht mehr haltbar sein. Und es ist vielleicht keine zu verwegene Annahme, dass sich daran sowohl durch das Ausscheiden Großbritanniens aus der EU als auch durch eine mögliche Rücknahme des Human Rights Act von 1998 nichts ändern wird. Die Richter jedenfalls haben schon alles, was sie brauchen, nämlich das Common Law, genauer: Das von ihnen seit Jahrhunderten gemachte und fortentwickelte Common Law, samt der darin bewahrten, zu entdeckenden und zu entfaltenden Verfassungsprinzipien.

namics of Judicial Power in the New British Constitution. Debating Judicial Power. Papers from the ALBA Summer Conference, 1. Februar 2017, <http://judicialpowerproject.org.uk/wp-content/uploads/2017/02/Ekins-text-final.pdf> (Abruf am 13. April 2018).

- 91 Vgl. *Sir John Laws*, a.a.O. (Fn. 77), S. 8, Rz. 24 und 25: „I see not the slightest point in pretending that the reality is other than it is; indeed it seems to me bizarre that the courts’ duty to protect constitutional fundamentals should be covered with a fig-leaf, even so apparently respectable a fig-leaf as the intention of the democratically elected Parliament. (...) The old rubric that Parliament makes the law and the judges apply it is misleading and unhelpful.“ Aus der Rechtsprechung ebenso konsequent in aller Tragweite abgeleitet bei *Mark Elliott*, a.a.O. (Fn. 58), S. 18.
- 92 *Ola Wiklund*, Taking the World View of the European Judge Seriously – Some Reflections on the Role of Ideology in Adjudication, in: *ders.* (Hrsg.), *Judicial Discretion in European Perspective*, Stockholm 2003, S. 29 – 47, S. 30.
- 93 *Alec Stone Sweet / Neil Fligstein / Wayne Sandholtz*, The Institutionalization of a European Space, in: *dies.*, (Hrsg.), *The Institutionalization of Europe*, Oxford 2001, S. 1 – 28, S. 10 f.
- 94 Als analytisches Konzept bei *Roland Lhotta*, Vermitteln statt Richter: Das Bundesverfassungsgericht als judizieller Mediator und Agenda-Setter im LER-Verfahren, in: *ZfP*, 12. Jg. (2002), H. 3, S. 1073 – 1098; *ders.*, Das Bundesverfassungsgericht als politischer Akteur: Plädoyer für eine neo-institutionalistische Ergänzung der Forschung, in: *SZfP*, 9. Jg. (2003), H. 3, S. 142 – 153; *ders.*, „Picking up the slack“, a.a.O. (Fn. 19), S. 59 – 93; *ders.*, Die konstitutive Wirkung des Rechts, a.a.O. (Fn. 19), S. 45 – 58.
- 95 Zur Leit- und Ordnungsidee als juristischer Kategorie im Schnittbereich von Rechts- und Politikwissenschaft vgl. *Hasso Hofmann*, Zum juristischen Begriff der Institution, in: *ders.*, *Recht – Politik – Verfassung. Studien zur Geschichte der politischen Philosophie*, Frankfurt am Main 1986, S. 206 – 211.
- 96 Insoweit ist die „construction of meaning“ beziehungsweise Interpretation für den normativ – soziologischen und konstruktivistischen Institutionalismus die ubiquitäre politische Tätigkeit schlechthin, weil es um die Konstruktion eines sinnvollen beziehungsweise angemessenen Verhältnisses zwischen Regeln und Situationen geht – und es ist kein Zufall, dass *March* und *Olsen* dies mit dem Recht als paradigmatischem Beispiel illustrieren – vgl. *James G. March / Johan P. Olsen*, a.a.O. (Fn. 14), S. 694. Zur Fruchtbarkeit eines solchen Institutionalismus für die Analyse von „Appellate Courts“ siehe *David Robertson*, Appellate Courts, in: *Peter Cane / Herbert M. Kritzer* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford 2012, S. 571 – 595.
- 97 *Oliver Lepsius*, a.a.O. (Fn. 7), S. 586.