

Béla Pokol

Doppelstaat und Rechtsverdoppelung



LUDOVIKA
UNIVERSITY PRESS

Béla Pokol

Doppelstaat und Rechtsverdoppelung



Béla Pokol

Doppelstaat und Rechtsverdoppelung

Konstitutionelles Recht
und die Verdoppelung
der Rechtszweige



LUDOVIKA
UNIVERSITY PRESS

Budapest, 2023

Fachlektor
András Téglási

Verlag:
Universität für Öffentlichen Dienst
Ludovika University Press
Verantwortlich für die Veröffentlichung:
Gergely Deli, Rektor
Adresse: HU-1083 Budapest, Ludovika tér 2.
Kontakt: kiadvanyok@uni-nke.hu

Verantwortlicher Redakteur: Zsolt Kilián
Korrektorin: Violetta Veres
Satz: Zsolt Kilián

DOI: <https://doi.org/10.36250/01001>

ISBN 978-963-531-956-5 (gedruckte Ausgabe)
ISBN 978-963-531-957-2 (ePDF)
ISBN 978-963-531-958-9 (ePub)

© Béla Pokol, 2023
© Universität für Öffentlichen Dienst, 2023

Alle Rechte vorbehalten.

Inhaltsverzeichnis

<i>Vorwort</i>	7
Erstes Kapitel: Verdoppelung des Rechtssystems	13
1. Die traditionelle Schichten des Rechts	14
2. Die juristokratisch in den Hintergrund gedrängte Demokratie	18
3. Die Rechtsverdoppelung: Gesetzgeberisches Recht versus konstitutionelles Recht	26
4. Unterschiede in der Struktur der Dreischichtigkeit des konstitutionellen bzw. des gesetzgeberischen Rechts	30
5. Die Entwicklungsdynamik des doppelten Rechtssystems: alternative Szenarien	39
6. Ist es möglich, eine politisch neutrale Verfassungsdogmatik zu konsolidieren?	42
Zweites Kapitel: Konstitutionelles Recht	49
1. Allgemeine Fragen des konstitutionellen Rechts	50
2. Zu den Fragen der Schichten des ungarischen konstitutionellen Rechts	68
Drittes Kapitel: Eine alternative Thematisierung der Verdoppelung: Verfassungsrecht versus einfaches Recht	85
1. Das deutsche Konzept vom Verfassungsrecht und einfachen Recht	87
2. Lehren aus der alternativen Thematisierung der Rechtsverdoppelung	105
Viertes Kapitel: Spezifisch-konkretisiertes Verfassungsrecht oder konstitutionelle Rechtszweigen	111
1. Konstitutionelles Privatrecht	111

2. Konstitutionelles Arbeitsrecht	124
3. Konstitutionelles Strafrecht	138
4. Konstitutionelles Finanzrecht	155
5. Theoretische Zusammenfassung	167
Fünftes Kapitel: Die Juristokratie und die	
konstitutionelle Rechtsstufe	173
1. Ostasiatische Verfassungsgerichtsbarkeit	175
2. Verfassungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika	200
3. Doppelstaat und Rechtsverdoppelung. Zusammenfassung	226
<i>Literaturverzeichnis</i>	247

Vorwort

In den Kapiteln des Bandes analysiere ich die Auswirkungen von Normen, die konstitutionellen Grundrechten und -Grundsätzen sowie die konstitutionellen Werten der Verfassung auf Schichten des subkonstitutionellen Rechtssystems. Diese Rechtsschichten entwickelten sich über einen langen Zeitraum im frühmittelalterlichen Europa vom Status des bloßen Gewohnheitsrechts, als das Recht lediglich in Gerichtsentscheidungen verankert war. Mit der Entdeckung der Digesta um 1050 begann die italienische juristische Ausbildung in Italien, und mit der Verbreitung dieser Ausbildung verbesserte die Rezeption des römischen Rechts in Westeuropa und später in Osteuropa allmählich das Gewohnheitsrecht mit einer rationaleren Rechtsauffassung. Das von der Theologie emanzipierte philosophische Denken und dem geometrisch-mathematischen Denken führte das abstrakte Denken in den 1500er und 1600er Jahren allmählich ins Rechtsdenken hinein und damit wurde der jahrhundertelange römische Rechtskasuismus und die Rechtsbildung in Richtung auf die Rechtskodize verlagert, die in einem logischen System entworfen wurden. Ab dem frühen 18. Jahrhundert stützten Leibniz und Christian Wolff ihre Arbeiten auf solche konzeptuell strukturierten Rechtsnormen und die Rechtsbestrebungen der zentralisierten absoluten Monarchien nahmen später in Anspruch diese Rechtssystematik für ihre bewusste Zwecke und ersetzten durch die Rechtskodizes die frühere gewohnheitsrechtlichen Zusammenstellungen und damit wurde das Recht allmählich auf die begriffliche Rechtsdogmatik umgestellt. Aus evolutionärer Sicht ermöglichen diese Änderungen die Errichtung von zwei neuen Rechtsstufen über dem ehemals üblichen gerichtlichen Gewohnheitsrecht. Einerseits trat das theoretische Rechtsdenken aus dem Bereich des Justizrechts hervor, und es befreite sich von der Verengung des gerichtlichen Fallrechtsdenkens, hauptsächlich verflochten in der Aktivität der Universitätsrechtsprofessoren, und diese Rechtsdogmatik bildete

nach jahrhundertelanger Entwicklung seit dem 19. Jahrhundert einen wesentlichen Bestandteil des Rechtssystem. Parallel dazu, aber mit dem Erfolg der absoluten Monarchie in Frankreich sogar noch früher ab Mitte des 17. Jahrhunderts, entstand die regelmäßige Rechtsschöpfung durch die Juristen des königlichen Hofes, die den Zwecken des Königs und des Hofes diene, und damit wurde eine neue Rechtsstufe über die Fallrechtsentscheidungen der Justiz erstellt. Nach französischem Vorbild verbreiteten sich die bewussten gesetzgeberischen Bestrebungen der absoluten Monarchien, und wenn dies schließlich durch die Legislative der Volksvertreter ersetzt wurde, änderte dies nichts an der Tatsache, dass die fortlaufende gesetzgeberische Sphäre als eine neue Rechtsstufe schon über den Justizbereich und die neuentwickelte Rechtsdogmatik existierte. Die beiden waren zunehmend miteinander verflochten, und die von Napoleon im frühen 19. Jahrhundert geschaffenen systematischen Kodizes des Privat-, Straf- und Verfahrensrechts basierten bereits auf die dreifachen Rechtsschichten: Textschicht rechtsdogmatische Schicht und das höchstgerichtliche Präjudizienrecht. Genauer gesagt, die dritte Schicht ausgestaltet neben den gerichtlichen Fallentscheidungen entstand erst Jahrzehnte später nach Napoleon, wenn die wahre dritte Rechtsschicht des höchstgerichtlichen Präjudizienrecht anerkannt werden konnte.

Diese beiden evolutionären Fortschritte führten im 19. Jahrhundert zu zahlreichen Kritiken in dem theoretischen Rechtsdenken in Europa und auf die Probleme dieser Veränderungen hinweisen, forderten ihre Verhinderung und die Wiederherstellung des früheren Zustands. *Carl Friedrich von Savigny* schwor auf die Vorteile der Änderung des Gewohnheitsrechts in seiner Schrift *Vom Beruf* im Jahr 1815 und er konnte den Prozess der Kodifizierung der Rechtszweige jahrzehntelang verlangsamen, den die Franzosen bereits begonnen hatten. Ebenso war der Verlust der bunten fallrechtlichen Vorschriften wegen den abstrakten Kodizes vom frühen 19. Jahrhundert bis zum späten 20. Jahrhundert Gegenstand zahlreicher Kritikpunkte. In dieser Kritik steckt eine Reihe

legitimer Aspekte, aber ihre Anerkennung kann höchstens die Suche nach Korrekturen rechtfertigen, und weder die systematische konzeptuelle Rechtsdogmatik noch die bewusste Gesetzgebung der Demokratie könnten aufgegeben werden.

Angesichts dieser evolutionären Rechtsveränderungen und die immer neuen Rechtsstufen müssen die jüngsten Entwicklungen angegangen werden, die in den letzten Jahrzehnten zunehmend den Bau einer neuen Rechtsstufe für die dreistöckige Rechtsstruktur gezeigt haben. Verfassungen, die lange Zeit feierliche Rechtsdokumente waren, aber keine konkrete rechtliche Wirkung ausgeübt hatten, wurden durch die Hinzufügung von Verfassungsgerichtsbarkeit verändert. Die fortlaufende Entscheidungen des Verfassungsgerichts zur Konkretisierung der abstrakter und normativer leerer Verfassungserklärungen und Verfassungsgrundrechte beleben die zuvor feierliche, aber lahme Verfassung und mehr und mehr zeigen die Entstehung einer neuen Rechtsstufe sowohl über dem bisherigen gesetzgeberischen Bereich als auch der Rechtsdogmatik der einzelnen Rechtszweigen. Welche dauerhafte Funktion kann diese neuen Stufe im Rechtssystem leisten? Es hilft nicht viel, ihre tatsächlichen historischen Ursprünge zu untersuchen, denn die Schöpfung der Verfassungsgerichtsbarkeit in den einzelnen Ländern wurden meistens von engstirnigen, besonderen politischen Konstellationen bestimmt, ob interne politische Machtüberlegungen ihre Hauptursachen oder internationale Machtmotive waren. Einmal etabliert, können sie jedoch nur dann dauerhaft überleben, wenn sie von einer allgemeineren Funktion erhalten werden. Und dies ist sehr wahrscheinlich, weil obwohl die Umsiedlung der Verfassungsgerichtsbarkeit in den besetzten europäischen Ländern von dem US-Besatzungsbehörde nach dem Zweiten Weltkrieg in den ersten Jahrzehnten in keinem Land befolgt wurde, hat es sich jedoch in den letzten Jahrzehnten weiter verbreitet, und heute gibt es vielleicht Hunderte von Verfassungsgerichte in Europa und in der ganzen Welt. Gibt es eine dauerhafte Funktion, die diese Ausbreitung und dauerhafte Operation erklärt?

Ein mögliches dauerhafte Funktion ist meines Erachtens, dass eine bewusste gesetzgeberische Tätigkeit in Form von politischer Gesetzgebung und der untergeordneten Ministerialverordnungen, die Rechte und Pflichten einzelner Personen nur in einem instrumentellen Querschnitt berücksichtigen kann. Im Gegensatz dazu kann die Verfassungsgerichtsbarkeit aufgrund ihrer Konzentration auf individuelle Rechte und Pflichten im Laufe ihrer fallspezifischen Arbeitsweise – zumindest in Bezug auf die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gerichtsentscheidungen und der von ihnen angewandten gesetzlichen Bestimmungen – die unteren Rechtsstufen korrigieren, indem in dieser neuen Rechtsstufe auf die Rechte des Einzelnen konzentriert wird. Auf diese Weise kann die sich abzeichnende neue Rechtsstufe die evolutionären Zusätze der früheren Rechtsstufen ebenso bereichern, wie die bewusste Gesetzgebung früher bereicherte, und auch die Rechtsdogmatik mit der Einführung einer strengen logischen Ordnung das Rechtssystem aufbessern konnte.

Die Analyse der weit verbreiteten Anwendung der neuen Rechtsstufe der Verfassungsgerichtsbarkeit über die Gesetzgebung auf der ganzen Welt kann die dauerhafte Funktion auch darin finden, dass auf diese Weise die Demokratie, die auf Millionen von Wählern basiert, letztendlich mit Korrekturen der Eliten institutionell verbunden und mit diesen koexistiert wird.¹ So kann das, wofür die französischen Revolutionäre

¹ Robert Bork schreibt dies in viel kritischer Stil als folgende: „A judge inserting new principles into the Constitution tells us their origin only in a rhetorical, never an analytical, style. There is, however, strong reason to suspect that he judge absorbs those values he writes into law from the social class or elite which he identifies. It is a common place that moral views vary both regionally within the United States and between socio-economic classes. It is similarly a common place that the morality of certain elites may count for more in the operation of government than that morality which might command the allegiance of a majority of the people. In no part of government is this more true than in the courts. An elite moral or political view may never be able to win an election or command the votes of a majority of legislature, but it may nonetheless influence judges and gain the force of law in that way. That is the reason judicial activism is extremely popular with certain elites and why they encourage judges to think it the highest aspect of their calling. Legislation is far more likely to reflect majority sentiment while judicial activism is likely to represent an elite minority's sentiment.“ [Robert H. Bork, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law* (New York: Simon and Schuster, 1990), 17.]

der Aufklärung nach Rousseaus Vorstellung in Form der Volksvertretung gekämpft haben, mit der Machtrealitäten der Eliten koexistieren. In pessimistischer Sichtweise ist dies eine Einschränkung der Demokratie – wie es gegen die Verfassungsgerichtsbarkeit oft beschrieben wurde –, aber aus optimistischer Sicht ist dies vielleicht die einzige Möglichkeit, die Massendemokratie zumindest in dieser Form trotz der ungezügelter Dominanz der Eliten aufrechtzuerhalten.

Erstes Kapitel

Verdoppelung des Rechtssystems



Vor dreißig Jahren am Ende der '80er Jahren untersuchte ich die strukturelle Komplexität des Rechts basierend auf Niklas Luhmanns Schrift über die Rechtsdogmatik² und daneben die Debatte über die Rolle der höchstrichterlichen Präjudizien im Rechtssystem zwischen Karl Larenz und Josef Esser veranlasste mich über den etablierten Rechtsbegriff, der das Recht mit den Rechtstexten identifizierte, hinauszugehen und zu versuchen, einen mehrschichtigen Rechtsbegriff zu entwickeln.³ Nach diesem Konzept besteht das Rechtssystem aus der Textschicht der Gesetze, die Schicht der Rechtsdogmatik und der höchstrichterlichen Präjudizien. Die Debatte zwischen Larenz und Esser fand in Deutschland Ende der 1950er Jahre statt, und seit dem Aufkommen der Verfassungsgerichtsbarkeit hat sich die Funktionsweise des Rechtssystems bis Ende der 1980er Jahre schon grundlegend gewandelt und erweitert. Seitdem gibt es weltweit immer mehr Verfassungsgerichte, so habe ich über die inspirierenden Vorläufer der Formulierung eines mehrschichtigen Rechtssystems hinaus auch das Verfassungsgerichtsbarkeit als eine neue Rechtsschicht aufgenommen und es in meinen späteren Studien als Grundrechtsschicht bezeichnet.⁴

In den letzten Jahren wurde die Umgestaltung und Ergänzung der demokratischen Mechanismen der durch die Juristokratie von mehreren

² Niklas Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (Stuttgart: Kohlhammer, 1974).

³ Siehe die Schriften von Esser und Larenz: Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (Frankfurt am Main: Athenäum, 1970); Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Berlin – New York: Springer, 1979); und meine Schrift: Pokol Béla, „Law as a System of Professional Institutions“, *Rechtstheorie*, Nr. 3 (1990), 335–351; bzw. Pokol Béla, *Theoretische Soziologie und Rechtstheorie: Kritik und Korrigierung der Theorie von Niklas Luhmann* (Passau: Schenk, 2013).

⁴ Siehe Pokol Béla, *A jog elmélete* (Budapest: Rejtjel, 2001).

Analysen hervorgehoben.⁵ Das gilt insbesondere in westlichen Demokratien, aber auch in vielen Teilen der Welt zunehmend an Bedeutung gewonnen und es macht nötig für mich, mein mehrschichtiges Rechtskonzept weiter zu entwickeln. Denn, wenn ich über die Konsequenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit nachdenke, neige ich neuerlich dazu, meine einfache Einbeziehung der neu aufkommenden Verfassungsgrundrechte in das Rechtssystem als eine vierte Rechtsschicht neben dem Text, Dogmatik und Präjudizien, was ich zu Beginn der 90er Jahre als genügend dachte, zu restriktiv zu qualifizieren. Dies ist eine viel tiefere Neuordnung des Rechts und der politischen Willensbildung des Staates, und so reicht es theoretisch nicht aus, die Verfassungsgerichtsbarkeit als eine einfache Ergänzung des Rechts zu erfassen. Im Folgenden möchte ich mit diesem Umdenken in dieser Studie beginnen.

1. Die traditionelle Schichten des Rechts

Das Bedürfnis nach Widerspruchsfreiheit im Recht wächst mit der Komplexität der Gesellschaft, und das komplexe Funktionieren der modernen Gesellschaften ist nur mit einem hohen Maß an Widerspruchsfreiheit möglich. Dies wird durch die Systematik der Rechtsnormen gewährleistet. Bei immer dichteren sozialen Beziehungen und immer intensiveren Kontakten zwischen Millionen von Menschen und Organisationen wird entgegen den Forderungen der immer unveränderten Beziehungen kleiner Gemeinden, die in geschlossenen Dörfern auf dem früheren Entwicklungsstand leben, der systematische Charakter von Rechtsnormen nur noch von immer komplexeren Rechtssystemen zugelassen. So war im frühmittelalterlichen Europa die Justiz ausschließlich die Aufgabe der Richter, die lange Zeit

⁵ Für die bekannteste Formulierung der Juristokratie siehe: Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Boston: Harvard University Press, 2004); meine Schrift für die Analyse dieses Problems: Pokol Béla, „Der juristokratische Staat: Die Zerlegung seiner Aspekte“, *NKE Working Papers on State*, Nr. 11 (2017).

keine qualifizierten Juristen waren, und ihre Entscheidungen bestimmten das Recht des Landes über Jahrhunderte als Gewohnheitsrecht. Später jedoch, mit der Beschleunigung des späten 14. Jahrhunderts, begann sich die bewusste Gesetzgebung von der Justiz zu lösen, zunächst durch die Schaffung von Rechtskodizes basierend auf den Rechtsgewohnheiten, später durch die Schaffung bewusster neuer Kodizes und parallel dazu mit der Entwicklung präziserer Rechtsbegriffen. Seit der Aufklärung besteht das Rechtssystem aus der separaten Gesetzgebung, der Anwendung des Gesetzesrecht durch die untergeordneten Gerichte und der rechtsdogmatischen Tätigkeit der Rechtprofessoren. Das System der Rechtsnormen als ein Sinnsystem kann daher in den modernen Gesellschaften der letzten Jahrhunderte immer mehr als Produkt dreier Rechtschichten fungieren: (1) Die im Gesetzgebungsverfahren entstehende Textschicht, (2) die Rechtsdogmatik, die die Bedeutung der Begriffe, Kategorien und Bestimmungen im Gesetzestext verdeutlicht und präzisiert, und schließlich (3) die höchstrichterlichen Präjudizien, die das abstrakten gesetzlichen Bestimmungen jeweils mit konkretisierten Sinn ausrüsten.

Das Verhältnis zwischen diesen dreien Rechtschichten kann von Rechtssystem zu Rechtssystem unterschiedlich sein. Zum Beispiel wendet das englische Rechtssystem, das sich auf der Grundlage der richterlichen Fallentscheidungen entwickelte und auch die im späten 19. Jahrhundert an Bedeutung gewinnenden parlamentarischen Gesetze diese kasuistischen Regulierungstechniken benutzten und daher keine abstrakteren Normen und Begriffen anerkannten, keine solche Rechtsdogmatik als auf dem europäischen Kontinent beobachtet werden kann.⁶ Hier ist das Recht im Wesentlichen eine Kombination aus fallspezifischen Präzedenzfällen und die detaillierten gesetzlichen Bestimmungen, die in ähnlicher Weise auf die spezifischen Situationen zugeschnitten sind – als zwei Hälften eines einzigen rechtlichen Sinnsystems. Obwohl zu beachten ist, dass es im englischen Rechtssystem immer noch eine Reihe von juristischen

⁶ Siehe: John P Dawson, *The Oracles of the Law* (Ann Arbor, MI: University of Michigan Law School, 1968).

Konzepten gibt, ist dies nicht so weit verbreitet wie im kontinentalen abstrakten Kodexrecht.

In den Rechtssystemen Kontinentaleuropas ist die Aufteilung in die drei Rechtsschichten jedoch leicht beobachtbar, und man kann sagen, dass je stärker die Rolle der Rechtsdogmatik – und damit des abstrakten Kodexrechts – in einem Rechtssystem ist, desto mehr sollen die abstrakte Regeln des Rechts mit dem Fallrecht ergänzt werden. Das deutlichste Beispiel hierfür ist das deutsche Recht, aber die unter seinem Einfluss entwickelten Rechtssysteme, einschließlich des ungarischen, sind auch gute Beispiele dafür, dass das Rechtssystem in drei Rechtsschichten unterteilt ist. In dieser Lösung rutscht die Bestimmung der wahren Bedeutung von Rechtsnormen von der Gesetzgeber zu den rechtswissenschaftlichen Kreisen, und zu den von ihnen geschaffenen abstrakten Gesetzbüchern können die Abgeordneten des Parlaments nur mit geringen eigenen Bestimmung beitragen. Auf der anderen Seite erhalten die Richter offene Standards und haben somit einen großen Freiheitsgrad bei der Formulierung des Fallrechts. Das heißt, bei dieser Regelung wird der Schwerpunkt der sinnhaften Bestimmung des Rechts von der parlamentarischen Politik weg verlagert, und die Rechtsprofessoren bzw. die Gerichte eine größere Rolle spielen. Es ist jedoch unbestritten, dass das Recht auf diese Weise von den professionellen Juristen (Rechtsprofessoren und höchstrichterliche Richterschaft) dominiert wird, während mit der oben erwähnten englischen Lösung neben den Juristen auch die Parlamentarier mehr Einfluss auf die Bestimmung des Rechts haben.

Wenn wir das englische Recht mit dem kontinentalen Recht konfrontieren, können wir auch erkennen, dass die detaillierten englischen Rechtsnormen für diejenigen, die in bestimmten Situationen handeln, maßgebliche normative Standards darstellen, während kontinentale Rechtssysteme, die auf abstrakten Rechtsnormen beruhen, in jeder Situation häufig nur eine vage Orientierung bieten. Nur die komplementären Rechtsnormen des Fallrechts der Gerichte zeigen, was in einer bestimmten Situation als Recht gilt und wessen Handeln auch unter staatlichem Zwang gesetzlich

unterstützt wird. Mit anderen Worten, im Gegensatz zu den konkreten Regeln des englischen Rechts stellen die Dualität von abstrakten Gesetzbüchern und des ergänzenden richterlichen Fallrechts die zwei Alternativen, die als zwei Antworten auf die regulatorischen Anforderungen moderner Gesellschaften formuliert werden können.

Zusätzlich zu diesen traditionellen Rechtsschichten haben sich im Laufe des letzten halben Jahrhunderts in den Rechtssystemen mehrerer Länder immer mehr ein neues Rechtsmaterial herausgebildet, von dem in gewissem Maße die traditionellen Rechtsschichten umstrukturiert wurden. Es handelt sich um die Grundrechte und Grundprinzipien der Verfassung, und sie haben eine große Rolle nur dort, wo neben der schriftlichen Verfassung auch die Verfassungsgerichtsbarkeit entwickelt wurde. Anfangs war dies nur in den Vereinigten Staaten ab dem frühen 19. Jahrhundert der Fall, und seit den 1950er Jahren ist es in mehreren westeuropäischen Ländern aufgetreten, und auch in den meisten neuen Demokratien wurde in der mitteleuropäischen Welle von 1989 die Verfassungsgerichtsbarkeit eingeführt. In der gleichen Weise wurden die Verfassungsgerichte auch auf den anderen Kontinenten seitdem etabliert.⁷

Die Grundrechte der Verfassung traten ursprünglich als Menschenrechte im ideologisch-politischen Kampf gegen den Feudalismus mit verschiedenen politischen und humanitären Erfordernissen im 19. Jahrhundert auf und im 20. Jahrhundert wurden sie in die neuen staatlichen Verfassungen aufgenommen. Aber wenn die Verfassungsrichter anfangen, die Verfassungsstreitigkeiten aufgrund der Grundrechte und Grundprinzipien der Verfassung zu entscheiden, wurde klar, dass Grundrechte leicht als abstrakte Anforderung für staatliche Entscheidungen gelten können, aber für die Fallentscheidung können sie nur widersprüchlichen

⁷ Inzwischen gibt es 46 Staaten auf dem afrikanischen Kontinent mit Verfassungsgerichten, von denen 29 separate Verfassungsgerichte haben. (Die Daten entstammen aus der Mitteilung der Konföderation der Verfassungsgerichtsbarkeit Afrikas von 2018 – CCJA.) Natürlich spielen sie größtenteils nur eine Rolle in politischen Machtkämpfen und sind weniger wichtig für die Beeinflussung des Rechts. [Für ihre Analyse siehe Pokol Béla, „Az európai jurisztokrácia globális exportja“, *Jogelméleti Szemle* Nr. 1 (2019), 78–108.]

Entscheidungsrichtungen geben. Mit anderen Worten, diese Grundrechte sind von Fall zu Fall oftmals widersprüchlich und können nur mit der Zurückhaltung des einen und der Präferenz des anderen angewandt werden. Wenn jedoch andere Richter entscheiden und einem anderen Grundrecht Vorrang einräumen, werden sie zum entgegengesetzten Ergebnis kommen. Daher ist die unvorhersehbare Verfassungsgerichtsbarkeit häufig beobachtbar, da die interne Wertehierarchie des einzelnen Richters darüber entscheidet, welche Rechte er gegenüber anderen als vorrangig erachtet. Darüber hinaus kann sich diese neue Art von Verfassungsrecht nur in Ländern, die auf Demokratie und pluralistischen politischen Kämpfen beruhen, wirklich entwickeln, da eine Verfassung nicht unter diktatorischer Politik funktionieren kann. So haben große gesellschaftliche Gruppen, die sich im demokratischen politischen Kampf engagieren, neben der Mehrheit in der Legislatur auch die Möglichkeit, eine Vormachtstellung in den Höchstgerichten und dem Verfassungsgericht als Alternative zur Oberhand zu erlangen. Diese Entwicklungen begannen früh, und in den Analysen wurden sie als Verrechtlichung der Politik bzw. als Politisierung des Rechts herausgehoben.

2. Die juristokratisch in den Hintergrund gedrängte Demokratie

Die Debatten um die Verrechtlichung der Politik und Demokratie begannen in der Weimarer Zeit in Deutschland in den 1920er Jahren, als das Verfassungsgericht im benachbarten Österreich mit der Überprüfung parlamentarischer Entscheidungen begann, aber auch in Deutschland begann das Bundesgerichtshof, den Anwendungsbereich von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten in Gewerkschaftskämpfen und anderen politischen Angelegenheiten zu erweitern.⁸ Ab den frühen 1950er Jahren hat die

⁸ Der deutsche Rechtsprofessor Otto Kircheimer betrachtete in seiner Studie von 1928 die damalige gesetzliche Regelung der Arbeitsverhältnisse sogar als unerlaubten Eingriff in

Verfassungsgerichtsbarkeit auch in Deutschland und Italien angefangen, und besonders hat sie in Deutschland die demokratische Entscheidungsfindung eingeschränkt und gleichzeitig begann es in den Vereinigten Staaten als Geburtsort der Verfassungsgerichtsbarkeit auch eine radikale Verschiebung in Richtung auf die Bestimmung der Politik durch die höchsten Richter. Infolgedessen verlagerten sich die Grundlagen der politischen Willensbildung hier von den demokratisch gewählten Institutionen in vielerlei Hinsicht auf die Gerichte, und in Gerichtssälen hat es angefangen, die politischen Kämpfe als verfassungsrechtlichen Streitigkeiten zu entscheiden.⁹ Diese erweiterte Verfassungsgerichtsbarkeit breitete sich in den europäischen Ländern am Ende der 1970er Jahre aus, und wo hier die Diktaturen weggeschaffen waren, zuerst in Spanien, Portugal und etwas später in den lateinamerikanischen Ländern in den 1980er Jahre, wurde die enorm erweiterte Verfassungsgerichtsbarkeit eingeführt. Durch den Zerfall des Sowjetimperiums entstanden am Anfang der neunziger Jahre in allen mittel- und osteuropäischen Ländern dieses ehemaligen Imperiums sowie in den neu selbständigen ehemaligen Sowjetmitgliedstaaten unterschiedlich starke Verfassungsgerichte. Diese Entwicklung wurde von der weltweit dominierenden amerikanischen politischen Elite entweder als Besatzungsmacht, als in Deutschland und Italien, oder als hegemoniale Weltmacht gefördert und gedrängt. So haben diese Länder nach dem Fall (oder Sturz) der Diktaturen keine rein demokratischen politischen Rahmenbedingungen geschaffen, die den Massen die Selbstbestimmung überlassen, ihr

die Politik, und dieses Argument wurde in den letzten Jahrzehnten in mehreren Dimensionen als Kritik gegen das Recht verwendet, das den Bereich der Politik einschränkte. Siehe: Rüdiger Voigt, „Verrechtlichung“, in Rüdiger Voigt (Hrsg.), *Verrechtlichung: Analysen zu Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse* (Königstein: Athenäum 1980), 15–16.

⁹ Von den Befürworter dieses Prozesses wird ihn als „cause lawyering“ bezeichnet, die wohlwollend die moralisch richtigen Aspekte betont, aber auf diese Weise wird verborgen, dass von diesem Prozess die demokratischen politischen Willensbildung umgegangen wird. Siehe: Stuart Scheingold, „The Struggle to Politicize Legal Practice: A Case Study of Left Activist Lawyering in Seattle“, in Austin Sarat und Stuart Scheingold (Hrsg.), *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities* (New York: Oxford University Press, 1998), 118–150.

eigenes Schicksal zu bestimmen, sondern mehr oder weniger über ihnen einen normativen Rahmen gestellt wurde, der später größtenteils von der globalen Macht bestimmt wird.

Aber selbst in Ländern, in denen die verfassungsgerichtliche Kontrolle über der Gesetzgebung – und damit eine juristische politische Organisation über der demokratischen politischen Willensbildung – überhaupt nicht vorhanden war, begann hier die Machtverschiebung. Die Analyse des kanadischen Politikwissenschaftlers Ran Hirschl konzentrierte sich auf die Analyse dieser Prozesse.¹⁰ Er untersuchte Verfassungsreformen in vier Ländern, die die bisher uneingeschränkte parlamentarische Souveränität durch die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit stark einschränkten, und erteilte den obersten Richtern die Befugnis, grundlegende politische Entscheidungen zu überprüfen und möglicherweise aufzuheben. Dies war bei Israel, Kanada, der Republik Südafrika und Neuseeland der Fall, und da diese vier Länder zuvor von britischen Rechtstraditionen regiert wurden, wurde kein eigenes Verfassungsgericht in drei dieser Länder – nur in Südafrika – etabliert, sondern sie folgten die Lösung der Vereinigten Staaten und diese Befugnis wurde dem höchsten Gericht gegeben.

Hirschls Hauptthese lautete, dass es in allen vier Staaten zum Zeitpunkt der Übergabe eines erheblichen Teils der parlamentarischen Macht an dem höchsten Gericht zu einer Machtsituation gekommen sei, wenn eine parlamentarische Verschiebung der Macht von der langjährigen beherrschenden politischen Kräften schon angefangen hatte und es war nur eine Frage der Zeit, die Parlamentswahlen zu verlieren. Vor diesem Hintergrund würden sie, wenn sie zuversichtlich wären, dass die Mehrheit der Elite des Obersten Gerichtshofs und der universitären Rechtselite um sie herum ihre kulturellen und gesellschaftlichen Werte bekräftigt, eine

¹⁰ „The constitutionalization of rights and the corresponding establishment of judicial review are widely received as power-diffusing measures often associated with liberal and/or egalitarian values. As a result, studies of their political origins tend to portray their adoption as a reflection of progressive social and political change, or simply as a result of societies’ or politicians’ devotion to a «thick» notion of democracy and their uncritical celebration of human rights.“ Hirschl, *Towards Juristocracy*, 2.

Verfassungsreform der Politik durchlaufen, bevor sie schließlich von den ankommenden rivalisierenden parlamentarischen Kräften besiegt würden. Dies war der Fall, als in feierlichen Erklärungen und wortgewandten Reden über Verfassungsänderungen in diesen Ländern abgestimmt wurde, um die Vormachtstellung des Parlaments abzuschaffen und seine Unterordnung unter das Oberste Justizforum herbeizuführen.

Ein klares Beispiel dafür war die Einrichtung der Kontrolle des israelischen Obersten Richters im Jahr 1992 über die Entscheidungen des israelischen Parlaments, der Knesset. In Israel dominierte von Anfang an die osteuropäische und weitgehend säkulare aschkenasische kulturelle und politische Elite jeden Aspekt, und obwohl in den frühen Jahren der israelischen Öffentlichkeit schwache Stimmen aus den Kreisen der Rechtsprofessoren für eine Aufteilung der Macht nach amerikanischem Vorbild und für Konstitutionalismus sprachen, aber von MAPAI – der Vorgänger der heutigen Labour Party – wurde mit Führung von David Ben Gurion gefegt. Diese Haltung hielt bis in die späten 1980er Jahre an, aber der langsame Niedergang ihrer herrschenden Stellung begann, wenn die sephardischen Juden mit einem niedrigeren sozialen Status wurden als Partei organisiert, und sowohl die osteuropäischen als auch die sephardischen orthodoxen (überwiegend ultraorthodoxen – Haredi – religiösen Einstellung) in die Kämpfe der politischen Macht eintraten. Bevor die Macht dieser dominanten Elite im israelischen Parlament endgültig gestört wurde, wurde über die Verfassungsreform in der Knesset abgestimmt und das Oberste Justizforum erhielt die Kompetenz dazu, über die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze entscheiden zu können.¹¹ Diese höchstrichterlichen Entscheidungen stehen

¹¹ „The 1992 constitutional entrenchment of rights and the establishment of judicial review in Israel were initiated and supported by politicians representing Israel’s secular Ashkenazi bourgeoisie, whose historic political hegemony in crucial majoritarian policy-making arenas (such as the Knesset) had become increasingly threatened. The political representatives of this group found the delegation of policy-making authority to the Court as efficient way to overcome the growing popular backlash against its ideological hegemony and perhaps more important, an effective short-term means of avoiding the potentially negative political consequences of its steadily declining control over the majoritarian decision-making arena.“ Hirschl, *Towards Juristocracy*, 51.

regelmäßig in Übereinstimmung mit den Werten der ehemaligen dominanten Elite, und auf diese Weise konnte die alte Elite ihre Dominanz trotz des Ausrutschens der Mehrheit in der Legislative unter Einbeziehung religiöser Parteien behalten.

Ähnliche Machtverschiebungen standen hinter den Verfassungsreformen von 1982 in Kanada, von denen Kanadas früheres System des öffentlichen Rechts, das fest auf uneingeschränkter parlamentarischer Souveränität beruhte, durch das US-amerikanische Modell der Kontrolle der Justiz ersetzt wurden. Hier wurde die politische Macht auf Bundesebene über bestimmte kanadische Provinzen durch die Dominanz der politischen Elite der englischen Kultur erschüttert, und auf der einen Seite hat die zunehmende multinationale Einwanderung die zahlenmäßige Basis dieser Elite untergraben, andererseits wurde ihre Dominanz durch die wachsende Macht der Separatisten von Quebec bedroht. Vor diesem Hintergrund hat sich die seit Jahrzehnten dringend benötigte Unterstützung für Verfassungsreform und Verfassungsgerichtsbarkeit bei den dominierenden Parteien im Parlament verstärkt und ein erheblicher Teil der Vormachtstellung des Parlaments wurde an den Obersten Gerichtshof Kanadas übertragen. Die Stärke der richterlichen Kontrolle der gesetzgebenden Mehrheit hat sich hier seitdem die Stärke des Obersten Richters der Vereinigten Staaten sogar übertroffen, und in Kanada haben die Obersten Richter sogar die Kompetenz für die abstrakte Normenkontrolle der gesetzgebenden Gewalt, die sich erst in den starken europäischen Verfassungsgerichten etabliert hat.

Die Situation war ähnlich hinter den Verfassungsänderungen in Neuseeland in den 1990er Jahren, wenn die parlamentarische Dominanz der in Großbritannien geborenen Elite durch die höhere Geburtenrate der Maori-Bevölkerung und die Massen anderer asiatischer und ozeanischer Einwanderer untergraben wurde. Durch diese Entwicklung wurde die Einwände beiseite geschoben, um die Oberste Justizkontrolle über die Gesetzgebung nach amerikanischem Vorbild zu schaffen. Während der Premierminister Geoffrey Palmer früher als ein junger Universitätsjurist, der von seiner US-Studienreise zurückkehrte, im Jahr 1968 vor einer

verfassungsgerichtlichen Kontrolle nach amerikanischem Vorbild noch warnte, wurde er in den 1980er Jahren angesichts der sich wandelnden parlamentarischen Machtverhältnisse gedrängt, diese Verfassungsänderungen zu schaffen.¹² Die ungebrochene Dominanz der englischen Elite in der Justiz, trotz der stärker fragmentierten politischen Macht, hat seitdem die unveränderten Machtverhältnisse in Neuseeland garantiert. Abgesehen von den Einzelheiten des Machtwechsels in Südafrika bis Mitte der neunziger Jahre konnte das Gleiche gesagt werden, und die politische Elite der europäischen weißen Minderheit schuf die Kontrolle der Macht des Parlaments durch das neugeschaffene Verfassungsgericht.¹³

Aber es ist möglich, über die von Hirschl beschriebenen besonderen Situationen hinaus zu gehen und zu zeigen, dass von den Vereinigten Staaten beim Wiederaufbau des besiegten Deutschlands und Italiens nach dem Zweiten Weltkrieg den Übergang von der Demokratie zur Juristokratie auch vollzogen wurde, insbesondere im Falle der Deutschen, die von der amerikanischen Besatzungsbehörde als gefährlicher gehalten wurde.¹⁴ Hier

¹² „In 1968, Geoffrey Palmer, then a young academic, had in his own words «recently returned from studying the mysteries of the United States Constitution.» He warned against a Bill of Rights on the grounds that it was not needed, would catapult the judiciary into political controversy, and would be «contrary to the pragmatist traditions of our politics».“ Zitiert von Hirschl, *Towards Juristocracy*, 87. „But two decades later, when the white bourgeoisie’s control over New Zealand’s major policy-making arenas was challenged, that same speaker – now Sir Geoffrey Palmer – in his capacity as Minister of Justice in the term Lange Labour government (1984–89) and later Prime Minister (1989–1990) initiated and championed the empowerment of the New Zealand’s judiciary through the enactment of the 1990 New Zealand Bill of Rights Act.“ Hirschl, *Towards Juristocracy*, 51.

¹³ In der Republik Südafrika waren 129 der 194 Richter des High Court weiß und auch sechs der 11 Verfassungsrichter, während die weiße Minderheit in der Gesellschaft zahlenmäßig nur als marginal gesehen werden kann. (Siehe Fußnote 86 in Hirschl, *Towards Juristocracy*, 239.)

¹⁴ Es war ein Tabuthema in der deutschen wissenschaftlichen Forschung, dass die Entstehung des Grundgesetzes 1949 in Deutschland von der amerikanischen Besatzungsbehörde ausführlich kontrolliert wurde, aber in den letzten Jahren gibt es schon solche Analyse, wenn auch nicht so sehr in verfassungsrechtlichen Kreisen, sondern in historischen Forschungen. In einer Zusammenfassung der Konrad Adenauer Stiftung Konferenz im Mai 2009 wird Rüdiger Löwe zitiert, dass die tatsächliche Größe des amerikanischen Einflusses auf die Schaffung und den Inhalt des Grundgesetzes in der wissenschaftlichen Forschung immer noch ein Tabuthema sind: „Löwes Meinung nach sei der Einfluss der USA auf die Entstehung des Grundgesetzes heute immer noch ein Tabu-Thema. Die USA hätten mit sanfter

wurde ein Verfassungsgericht mit dahin beispiellosen breiten Kompetenzen geschaffen, um die parlamentarische Mehrheit zu kontrollieren. In dieser Zeit am Ende der vierziger Jahre bildete die amerikanische Verfassungsgerichtsbarkeit zu Hause nur eine leise Kontrolle über die demokratisch gewählte Kongress und die höchsten Richter griffen nur gelegentlich in die Formulierung grundlegender inhaltlicher Entscheidungen ein. Ebenso war die Idee eines Verfassungsgerichts, das von Hans Kelsen formuliert und in der Vergangenheit in Österreich ausprobiert wurde, nur ein dünner Verfahrensrahmen für freiheitliche demokratische Institutionen. Im Gegensatz dazu hat die von Juristen von US-Besatzungstruppen errichtete neue deutsche Verfassung für die Verfassungsrichter das umfassendste Recht gegeben, die Gesetze annullieren zu können. Diese Annullierung konnte sogar auf solche breite und noch erweiterbare Entscheidungsformeln gegründet werden, die praktisch kein normatives Gehalt hatten und auf diese Weise konnte die demokratische Willensbildung von den Verfassungsrichtern völlig frei überprüft werden.

Die begrenzte Demokratie der Deutschen – die seitdem als wahre und erhobene „Demokratie der Rechtsstaatlichkeit“ in die offiziellen Narrativen aufgenommen wurde – diente als Vorbild für die global dominierende Weltmacht, die Vereinigten Staaten, von der die globale Ereignisse

Strenge auf den richtigen Weg geholfen. General Lucius D. Clay und die amerikanische Regierung gaben nach dem Zweiten Weltkrieg einen engen Korridor vor, in dem sich die deutschen Gründungsväter bewegen konnten.“ (Siehe: Veranstaltungsberichte Konrad Adenauer Stiftung, Berlin, 26. Mai 2009.) Marcus M. Payk schreibt in einer Rezension zum gleichen Thema: „Über Brisanz der Frage, inwieweit das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland von 23. Mai 1949 als eine eigenständig deutsche Verfassung oder doch eher als ein «Diktat der Alliierten» zu werten sei, ist die Zeit hinweggegangen. Das Problem eines demokratischen Legitimationsdefizits durch die «Verfassungsschöpfung unter Besatzungsherrschaft» (R. M. Orsey) ist zwar wiederholt aufgeworfen, größtenteils aber unter Hinweis auf den eigenständig deutsche Anteil an der Entstehung des Grundgesetzes sowie auf die akklamatorische Funktion der ersten und der nachfolgenden Bundestagswahlen verworfen worden.“ (Siehe die Besprechung von Payk in: www.hsozkult.de/publikationreview/id/rezbuecher-238 oder die zweite Publikation: H-NET Review in the Humanities and Social Sciences. Die Besprechung beschäftigte sich mit dem umfangreichen Buch von Edmund Spevack, *Allied Control and German Freedom: American Political and Ideological Influences on the Framing of the West German Basic Law (Grundgesetz)* (Münster: LIT, 2012), 571.

meistens beeinflusst werden kann. Nach dem Sturz der Diktaturen in den späten 1970er Jahren wurde dieses Modell in Spanien und Portugal unterstützt, und insbesondere bei den Spaniern wurde das starke deutsche Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit eingeführt, um die demokratische Willensbildung zu kontrollieren. Seitdem gibt es einen aktivistischen verfassungsgerichtlichen Stil in Spanien, sogar in größerem Maße als in Deutschland. Ein Beispiel dafür ist, dass spanische Verfassungsrichter sogar bereit sind, gegen eine wörtliche Bestimmung der Verfassung zu urteilen, was im Falle der deutschen Verfassungsrichter nicht beobachtet werden kann. Die Radikalisierung der aktivistischen Verfassungsgerichtsbarkeit im Falle von Spanien war damals ein gutes Instrument für die USA, um das ähnliche verfassungsgerichtliche Modell in den lateinamerikanischen hispanischen Ländern aufzubauen. Die Mittel für die USA, dies zu tun, waren ihre Subventionen und Hilfen, die an Bedingungen geknüpft wurden, dieses Modell zu schaffen. Auf diese Weise wurde einen Großteil Lateinamerikas zur wichtigsten Basis der Juristokratie gemacht. Enorme Zuständigkeit der Verfassungsgerichte sowie der obersten Gerichte, die ihren Entscheidungsstil nachahmen, machen es möglich, die Festlegung grundlegender gesellschaftspolitischer Entscheidungen in diesen Ländern weitgehend nur unter der Mitwirkung der Juristokratie treffen zu können.

In diese Verbreitung und Radikalisierung der Verfassungsgerichtsbarkeit kann die von Hirschl analysierten Prozess in der 1980er und 1990er Jahre auch integriert werden, die sich natürlich von der Verbreitung der Juristokratie auf globaler Ebene dadurch unterschied, dass diese Strategie in den von ihm analysierten Ländern von den schrumpfenden parlamentarischen Parteien freiwillig eingeführt wurde, um ihre politische Macht auch in Minderheit in der parlamentarischen Arena aufbewahren zu können. Diese Strategie wurde fortgeführt und nach der Auflösung des Sowjetimperiums in den frühen 90er Jahren wurde sie benutzt, neben der Demokratie auch für die Verbreitung der Juristokratie eine Hilfe zu leisten. Zu diesem Zeitpunkt standen die südamerikanischen Erfahrungen des deutsch-spanischen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit schon zur Verfügung und die Amerikaner,

die den Übergang und den Regimewechsel ziemlich direkt kontrollierten, empfahlen für die neulich unabhängigen mitteleuropäischen Staaten und die Nachfolgestaaten der aufgelösten Sowjetunion nicht das Modell der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit mit begrenzten Befugnissen, sondern das deutsch-spanische Modell mit der weitestgehenden Kontrolle über die parlamentarische Demokratie. Als doch zuerst ein Verfassungsgericht mit begrenzten Befugnissen wie in Polen eingerichtet wurde, dann wurde dieses Modell nach ein paar Jahren zu einem Modell der kaum eingeschränkter Verfassungsgerichtsbarkeit gewechselt, das als „wahre Demokratie“ in der globalen Narrative geschildert wurde. Diese Verfassungsgerichte mit enormen Kompetenzen sind nur sehr wenig ähnlich dem Bild, die einst von Hans Kelsen als dünner Rahmen über die Demokratie gedacht worden waren, und stellen vielmehr eine der höchsten Macht in dem Staat dar. Und diese Macht der starken Verfassungsgerichte in den Ländern der Welt findet ihre Rationalität für die global dominierenden amerikanischen Machteliten darin, dass die Verfassungen jedes Landes schrittweise in eine einheitliche globale Verfassung integriert werden, indem sie von den amerikanischen Stiftungen, intellektuellen Denkfabriken und die lokale Rechtselite, die von denen unterstützt werden, in einem gemeinsamen globalen verfassungsgerichtlichen Begriffsrahmen einbezogen werden könne. Infolgedessen wurde seit den späten 1980er Jahren schrittweise eine eng verwobene globale konstitutionelle Oligarchie über den Parlamenten formal unabhängiger Staaten organisiert. Das Entstehen einer „Juristokratie statt Demokratie“, was von Hirschl analysiert wurde, kann so umfassender gesehen werden und dann können weitere Fälle von Juristokratie aufgedeckt werden.

3. Die Rechtsverdoppelung: Gesetzgeberisches Recht versus konstitutionelles Recht

Die oben beschriebenen Entwicklungen haben zu einer Verdoppelung des politischen Systems geführt. Das System der Demokratie, das von den

Wahlen von Millionen Bürgern betrieben wird, mit seinem Mehrparteiensystem und der Gesetzgebung der parlamentarischen Mehrheit, bleibt bestehen, aber von dem System der Verfassungsgerichtsentscheidungen, das sich auf ein paar Dutzend abstrakten Regeln und Prinzipien der Verfassung stützt, wird ein zweites System der Gesellschaftslenkung zustande gebracht. In diesem zweiten System werden die Social-Governance-Entscheidungen nicht als Ergebnisse der offenen politischen Willensbildung getroffen, sondern neutral als einfache Ergebnisse der Rechtsauslegung und als einfache Ableitung von der Verfassung werden dargestellt. In der Tat sind diese Entscheidungen in Bezug auf ihre Ergebnisse völlig offen, und daher wurde in den Ländern der umfassenden westlichen Zivilisation mehrere verflochtene juristische Gruppierungen zustande gebracht, von denen für die Verfassungsinterpretation die Schaffung einer gemeinsamen Vokabular versucht wurde. Diese gemeinsame Interpretationslinie begünstigt bestimmte mögliche Interpretationen und verbietet andere. Dazu gehört der Aufbau eines Netzwerks aus Verfassungsrechtler, Völkerrechtler und Rechtstheoretikern aus verschiedenen Ländern, organisiert von den globalen Stiftungsnetzwerken. Die ständige Teilnehmer an diesen Netzwerken beraten sich regelmäßig auf Konferenzen und dann fassen sie die vorgeschlagenen verfassungsgerichtlichen Auslegungen und Formeln des „Berufs“ in englischsprachigen Bücher zusammen. Dazu gehört auch die Einrichtung verschiedener internationaler Beratungsgremien, die dann in jedem Land für die „fachlich empfohlenen“ Auslegungen der globalen Verfassungsnetzwerke eine Hilfe leisten und, wenn sie ein Problem finden, können verschiedene Wirtschaftssanktionen verhängen, z. B. Wegnahme der Subventionsgelder, oder im Falle von EU-Ländern die Zurückhaltung der Mitteln aus dem Kohäsionsfonds. Diese gemeinsame Interpretationslinie bedeutet inhaltlich die Beeinflussung der Interpretationen der Verfassungsrichter verschiedener Länder im Dienste der Interessen und Zukunftsvisionen der wichtigsten global herrschenden Gruppen. In Europa spielt diese Rolle in erster Linie die Venedig-Kommission, die im Prinzip nur ein Beratungsgremium sein sollte, aber von den EU-Behörden

wurde sie als die engste Kontrolle des öffentlichen Rechts der Mitgliedstaaten (insbesondere der Osteuropäer) umgestaltet.

Dieses duale politische System verflochten somit einerseits die demokratische Herrschaft der gesellschaftlichen Eliten, die das Land beherrschen, und andererseits die Machtbestrebungen der global herrschenden Kreise (meistens Gruppen vom globalen Geldkapital). In Bezug auf das Rechtssystem erscheint dieser Machtkampf in dem dualen System des auf der Verfassung basierten Rechtes mit Zehntausenden von Seiten verfassungsgerichtlicher Urteile und des gesetzgeberischen Rechts. Mit anderen Worten, das politische System dupliziert nicht nur die Machtmechanismen der Demokratie und der Juristokratie, sondern es überträgt sich auch auf die Duplizierung des Rechtssystems. Diese Duplizierung konnte von der Formulierung des Verfassungsrechts als einfache vierte Rechtsschicht nicht richtig herausgedrückt werden und ermutigte mich, die Struktur des Rechtes neulich durchzudenken. Der Verfassungstext, der im Zentrum des auf der Verfassung basierten Rechts steht, verfügt über eine umfangreiche verfassungsgerichtliche Rechtsprechung, ohne die sich der sehr abstrakte Text der Verfassung – manchmal feierliche Deklarationen und Verfassungsgrundsätze – im Alltag nicht, oder nur weniger sicher durchsetzen könnte. Auf die gleiche Weise könnte das verfassungsgerichtliche Fallrecht von Zehntausenden von Seiten pro Land nicht systematisch aufgebaut werden, wenn ihre Schlüsselbegriffe und Auslegungsformeln nicht durch eine verfassungsdogmatische Schicht systematisiert würden. Mit anderen Worten, neben den drei traditionellen Rechtsschichten des gesetzgeberischen Rechts musste für das auf der Verfassung basierte Recht auch eine dreischichtige Struktur aufgebaut werden. Auf diese Weise wird die im feierlichen Rahmen proklamierte Verfassung nicht nur ein gefeiertes Dokument geblieben, sondern aufgrund der Verfassungsgerichtsbarkeit wird sie ein lebendes Teil der Rechtsordnung. Offensichtlich treibt die Verfassungsgerichtsbarkeit das politische System daher zur Verdoppelung und baut neben der Demokratie auch Machtmechanismen für die Juristokratie auf und dann treibt das Rechtssystem in Richtung einer Verdoppelung auch.

Wenn der Analytiker aber es in seinem Auge bekommt, dass in Ungarn die Verfassungsgerichtsbarkeit 1990 in solcher Weise eingeführt wurde, indem nur die Gesetzgebung kontrolliert wurde, nicht jedoch die Richter, und erst durch das neue Grundgesetz, das 2012 in Kraft trat, entstand die Möglichkeit der verfassungsgerichtlichen Überprüfung der Urteilen der ordentlichen Gerichte, dann entsteht die Möglichkeit der analytischen Auflösung der duplizierten Natur von Politik und Recht. Selbst politische Machtkämpfe werden durch die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit kaum verdoppelt, wie das polnische Verfassungsgericht am Anfang der 90er Jahren zeigte, als das verfassungswidrig erklärte Gesetz von dem polnischen Parlament, dem Sejm noch einmal bestätigt werden konnte. Die Tätigkeit der Verfassungsrichter konnte daher im Wesentlichen nur als nichtverbindliche Rechtsberatung verstanden werden, aber das Verfassungsgericht konnte sich auf diese Weise nicht als ein zweites politisches Zentrum herausbilden. Dagegen wurde eine Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn zwischen 1990 und 2011 zustande gebracht, welche – obwohl die gerichtlichen Urteile nicht kontrollierend – die umfassendste verfassungsrechtliche Kontrolle über die Gesetzgebung und die Regierung ausübte. Infolgedessen hat es zwar keine Tendenz zu Doppelung des Rechtssystems erzeugt, aber die Machtkämpfe des politischen Systems wurde verdoppelt. Insbesondere in der ersten Wahlperiode der freien Wahlen zwischen 1990 und 1994 kristallisierten sich die Machtlagen zwischen der parlamentarischen Regierungsmehrheit einerseits und der sozialistisch-linksliberalen Oppositionsblock hinter Verfassungsrichtern andererseits, und die letztere konnte über die Bestimmung der Politik des Landes triumphieren, indem sie die wichtigsten Gesetze der parlamentarischen Regierungsmehrheit mit Hilfe der Verfassungsrichtern annullierte. Zu dieser Zeit konnten die mächtigen ungarischen Verfassungsrichter in der Begründung ihrer Entscheidungen einen gewissen Einfluss auf das Recht ausüben, dieser blieb jedoch unter der Kontrolle der traditionellen Rechtsdogmatik und der höchstgerichtlichen Auslegungen. Die Verfassungsgerichtsbarkeit konnte also in Ungarn nicht auf das Innere des Rechtssystems auswirken, sondern nur die politischen

Ziele der Gesetzgebung einschränken und lenken. Zu dieser Zeit wurden die Entscheidungen des Verfassungsgerichts in Ungarn verständlicherweise nicht von Richtern und Anwälten gelesen, sondern von den Rechtspolitikern jeder Partei und den Legislativabteilungen der Ministerien. Die Umstellung auf eine Verdoppelung des Rechtssystems in Ungarn wurde erst durch das im Jahr 2012 in Kraft getretene neue Grundgesetz und das darauf aufbauende neue Verfassungsgerichtsgesetz geschaffen.

4. Unterschiede in der Struktur der Dreischichtigkeit des konstitutionellen bzw. des gesetzgeberischen Rechts

Die Frage ist, was der Unterschied zwischen der traditionellen dreischichtigen Rechtsstruktur, die um das Gesetzgebungsrecht aufgebaut ist, und der auf der Verfassung gegründeten neuen dreischichtigen Rechtsstruktur ist. Um dies zu verstehen, scheint es sinnvoll, von der ungarischen Situation auszugehen, die von mir am besten gekannt ist, aber es sollte beachtet werden, dass, obwohl ihre Hauptmerkmale dem doppelten Rechtssystem in anderen Ländern entsprechen, bestehen große Unterschiede zwischen ihnen.

(1) Das wichtigste Merkmal aller Länder in diesem Bereich ist, dass die Dominanz und der normativer Gehalt der Textschicht im Verfassungsrecht unvergleichlich geringer sind als im Gesetzgebungsrecht. Während es im Falle des Verfassungsrechts kaum ein Dutzend Bestimmungen, Erklärungen und Grundsätze gibt, von denen die Richtungsweisung für die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen gegeben werden, gibt es in dem traditionellen gesetzgeberischen Recht Hunderte von Gesetzen und noch Tausenden der untergeordneten Verordnungen, die für die rechtsanwendenden Gerichte ganz pünktliche Entscheidungsrichtung geben. Auf diese Weise sind die Verfassungsrichter viel freier und ungebundener in ihrer Entscheidungstätigkeit als die Richter der ordentlichen Gerichte. Von diesem Unterschied wird verursacht, dass sich der Schwerpunkt im Bereich des verfassungslichen Rechts weitgehend vom Verfassungstext auf

die Rechtsprechungsebene des Verfassungsgerichts verlagert, während in dem traditionellen gesetzlichen Recht dieses Gewicht viel mehr auf die Textschicht beruht.

(2) Der nächste Unterschied besteht darin, dass während die Rechtsdogmatik in der traditionellen dreischichtigen Struktur des gesetzlichen Rechts eine Dominanz über die höchstgerichtlichen Präjudizien hat, und nur von der jahrhundertealten Bildung dieser rechtsdogmatischen Schicht die Schaffung der Gesetzesbücher selbst im 19. Jahrhundert ermöglicht wurde, gibt es im Falle des verfassungslichen Rechts nur eine bescheidene begriffliche Dogmatik. Darüber hinaus wurde diese bescheidene Verfassungsdogmatik aufgrund des hohen Maßes an normativer Offenheit in Verfassungserklärungen und Verfassungsgrundsätzen völlig politisch geprägt. Infolgedessen ist es in diesem Bereich nicht möglich, einen politisch neutralen begrifflichen Apparat anzunehmen, wie dies bei der traditionellen Rechtsdogmatik der Fall ist. Daher gibt es nur in den einzelnen Ländern eine verfassungslichen Rechtsdogmatik, die in der Begründung der Entscheidungen der Verfassungsrichter und der heimischen rechtswissenschaftlichen Schriften isoliert werden können, aber keinen umfassenden europäischen oder noch umfassenderen fachlichen Konsens in diesem Bereich. Stattdessen kann man nur einige häufig verwendete Formeln für Verfassungsstreitigkeiten erwähnen – in Europa stammen diese hauptsächlich von den Deutschen –, die von den europäischen Verfassungsgerichten benutzt werden. In Weltsprachen veröffentlichte Bände, die dies in größeren Bereichen zu festigen versuchen, sind eher die Produkte der zuvor genannten interpretativen Netzwerke, die von globalen Mächten organisiert wurden, um die verfassungsgebende Macht souveräner Staaten einzuschränken, als wirklich neutrale professionelle Produkte. Gleiches gilt für die Auswirkungen bestimmter Entscheidungsformeln der europäischen Menschenrechtsgericht in Straßburg auf die Verfassungsgerichte in europäischen Ländern, da sie mehr die Souveränität der Nationalstaaten einschränken und die globale Herrschaft vermitteln und nicht als neutrale normative Ordnung beobachtet werden können. Innerhalb den

europäischen Länder wird es daher von dem Teil der rechtlichen und politischen Elite begrüßt, der enger mit den globalen Mächten verwoben ist, während die Souveränität verteidigende Eliten dagegen sind.

(3) Es ist auch eine Abweichung im Falle des verfassungslichen Recht von dem traditionellen gesetzgeberischen Recht, dass zwischen den spezielleren Verfassungsbestimmungen und den allgemeinen Verfassungsgrundsätzen und -erklärungen keine Normhierarchie besteht. Im traditionellen Recht hat das Auslegungsprinzip des *lex specialis derogat legi generali* seit 600 Jahren beständig dafür gesorgt, dass auf die jeweilige Situation zugeschnittenen speziellen Regeln Vorrang vor den allgemeineren Regeln haben, und von dieser Hierarchie die speziellen Absichten des Gesetzgebers immer gewahrt wird.¹⁵ Mit dem Aufkommen der Verfassungsgerichtsbarkeit hat jedoch das gesamte Verfassungsrecht selbst dieses Prinzip in den letzten Jahrzehnten umgekehrt, und die Verfassungsbestimmungen mit *lex generalis* Natur sind immer vor spezifischeren Gesetzesregeln durchgesetzt. Diese Umkehrung und die neue Priorität von *lex generalis* hört jedoch nicht an der Grenze des untergeordneten gesetzgeberischen Rechts, sondern geht im Bereich des Verfassungsrechts selbst weiter und die spezielleren Verfassungsregeln haben keine Priorität vor den allgemeinen Deklarationen der Verfassung, die nur sehr wenigen normativen Gehalt haben. Auf diese Weise haben die Verfassungsrichter eine fast unbegrenzte Entscheidungsfreiheit, weil sie aufgrund den normativ leeren Verfassungsdeklarationen die spezielleren Verfassungsbestimmungen umkehren können. Ganz sicher gibt es in dieser Hinsicht große Unterschiede zwischen den Verfassungsgerichten der Welt, aber meine frühere empirische Untersuchung zeigte,

¹⁵ Die Lösung des Dilemmas zwischen *lex generalis* und *lex specialis* wurde von Baldus de Ubaldis ausgearbeitet und die Axiom von *lex specialis derogat legi generali* hat eine Gültigkeit in der modernen Zeit auch. In der Beschreibung von Peter Stein geschah Folgendes: „Bartolus’ successor, Baldus, emphasized that a party to an action who can cite a rule in his favour is prima facie in the right. There is a presumption that his case is the stronger and judgement must therefore be given for him, unless the other party specifically proves that the rule is not applicable.“ Peter Stein, *Regulae Iuris: From Juristic Rules to Legal Maxims* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1966), 154.

dass die Situation z. B. in Litauen ähnlich wie in Ungarn ist, und die Verfassungsrichter können ihre Entscheidungen anstelle von spezielleren Verfassungsregeln auf die allgemeinen Formeln der Verfassung stützen.¹⁶ Auf diese Weise ist die detaillierten Willen der verfassungsgebenden Gewalt nicht geschützt. Es gibt zwar keine allgemeine Formel für diese Dilemma in diesem Bereich, daher handelt es sich hier eher um eine Offenheit. Mit anderen Worten, im Gegensatz zu der Priorität, die dem allgemeinen Verfassungsrecht gegenüber den detaillierten Regeln des untergeordneten Rechts eingeräumt wird, haben im Verfassungsrecht selbst weder die speziellen Bestimmungen noch die allgemeinen Verfassungsgrundsätze und -formeln eine Priorität. So kann innerhalb eines Verfassungsgerichts die vorherrschende Mehrheit argumentieren, dass besondere Verfassungsbestimmungen immer allgemeinere Verfassungsgrundsätze und -formeln vorausgehen, sie können jedoch auch der Meinung sein, dass einige der allgemeinsten Verfassungserklärungen oder Verfassungsgrundsätze wie die Rechtsstaatlichkeit oder das Recht auf Menschenwürde am wichtigsten sind. Kurz gesagt, es gibt keine richtungsweisende Formel für dieses Dilemma innerhalb des Verfassungsrechts, auch nicht innerhalb der Rechtselite eines Landes, und dies ist meines Erachtens nach nicht unabhängig von der grundsätzlichen Politisierung dieser juristischen Kreisen. Denn sind die Mehrheit der Verfassungsrechtslehrer keine neutralen Analysten, sondern überwiegend interessierten Juristen von NGOs, oder mindestens haben eine Sozialisation durch die NGOs und nur später wurden sie Universitätsprofessoren. Daher kann die Mehrheit der Verfassungsrichter in einem bestimmten Land immer entscheiden, ohne sich von der zugrunde liegenden fachlichen Anleitung zwingen zu lassen, ob die von ihnen interpretierten detaillierten Verfassungsregeln Vorrang vor rein deklarativen

¹⁶ Bei der Analyse des Entscheidungsstils der europäischen Verfassungsgerichte bin ich neben der heimischen Praxis in Ungarn auch im Falle der litauischen Verfassungsrichter auf die Tendenz gestoßen, die Entscheidungen sehr oft auf die generelle und feierliche Deklaration der Rechtsstaatlichkeit zu stützen, obwohl es ausführende Bestimmung der Verfassung für die Regelung gibt. [Siehe: Pokol Béla, „Alkotmánybírósági döntési stílusok Európában“, *Jogelméleti Szemle* Nr. 3 (2015), 107–129.]

allgemeinen Verfassungsgrundsätzen haben oder umgekehrt, und auf diese Weise kann die spezifischere verfassungsrechtliche Bestimmung, die für den Fall gilt, tatsächlich außer Kraft gesetzt werden.

(4) Es gibt einen weiteren signifikanten Unterschied im Falle des verfassungslichen Rechts in Bezug auf die Schaffung des Fallrechts im Gegensatz zu dem traditionellen Recht, der darin besteht, dass das Fallrecht der Verfassungsgerichtsbarkeit nur von der Mehrheit eines einzigen Gerichtsorgans bestimmt wird, und nicht von einer breiteren und mehrstufigen Richterschaft. Diese unkontrollierte Situation wurde irgendwann in den 80er Jahren von Richter Brennan, einem Richter am Obersten Gerichtshof der USA, auf ziemlich zynische Weise zum Ausdruck gebracht, als er erklärte, dass die höchste Regel in der US-Verfassung die „Fünf Regel“ seien. Das bedeutet, dass die angewandte Bestimmung der Verfassung immer diejenige ist, die von den Stimmen von fünf Richtern des neunköpfigen SCOTUS ausgesprochen wird. Wie die Verfassungsrichter können auch die Richter von SCOTUS nicht revidiert werden, und deshalb, was sie sagen, ist eine endgültige und unwiderlegbare Entscheidung innerhalb des Landes. Dies bedeutet jedoch auch, dass innerhalb des dreischichtigen verfassungslichen Rechts, die Fallentscheidungen, in denen die Verfassungstexte konkretisiert werden, ein weitaus größeres Gewicht haben, als im Falle der dreischichtigen Struktur des gesetzlichen Rechts. Es gibt also immer große Kämpfe, wenn es um die Auswahl der Verfassungsrichter geht.

(5) Ein weiterer Unterschied zwischen den beiden Teilen des doppelten Rechtssystems besteht darin, dass während im Falle des traditionellen gesetzlichen Rechts – und damit in seinem ganzen dreischichtigen Struktur – die Möglichkeit einer formalen Änderung des alten Rechts schon längst geschaffen wurde, wird dieses Problem im Bereich der verfassungslichen Rechts nicht gelöst. In erster Linie bedeutet ein ungelöstes Problem die Änderung des verfassungsgerichtlichen Fallrechts, das hier, wie gesehen, die wichtigste Rechtsschicht darstellt. Nämlich bleibt die spätere Anwendbarkeit der normativen Argumente, die einmal in Entscheidungen, insbesondere in der Begründung, dargelegt wurden, in ähnlichen Fällen

erhalten, auch wenn Zwischenzeit eine spätere Mehrheit des Verfassungsgerichts ein normatives Argument dagegen vorbrachte. In der Zukunft werden beide gegensätzliche Argumente als anwendbares Fallrecht beobachtet und es gibt hier keine Aufhebung der früheren Argumente. Trotz des offensichtlichen Problems schafft dieser Sachverhalt eine bequeme Position für die zu treffenden Entscheidungen, so dass die Lösung kann nur erreicht werden, wenn die Anreizschwelle der umfassenden rechtspolitischen Elite schon genug stark irritiert wird, um dieses Problem durch Änderung des Verfassungsgerichtsgesetzes im Parlament zu lösen.

Diese Frage konnte bisher nicht gelöst werden, weil auch im Falle der Verfassungsänderung oder der vollkommen neuen Verfassung bestritten geblieben hat, ob das auf dem früheren Verfassungstext beruhende Fallrecht des Verfassungsgerichts anwendbar oder nicht anwendbar ist. Aufgrund der Unentschlossenheit dieser Frage gibt es nach dem Inkrafttreten der Verfassungsänderung oder der neuen Verfassung sowohl innerhalb dem Verfassungsgericht als auch in der politischen Öffentlichkeit einen rechtlichen und politischen Kampf um die Verwendung der früheren Verfassungsrechtsprechung für die Anwendung des neuen Verfassungstexts. Aber nicht nur diese Frage hat ungelöst geblieben, sondern auch die Frage, ob von dem Verfassungsgericht die Verfassungsänderungen oder sogar die Schaffung einer neuen Verfassung auf der Grundlage seiner bestehenden Rechtsprechung überprüft werden können, oder nicht?¹⁷ Es ist unbestritten meiner Meinung nach, dass diese Unentschlossenheit weniger auf der theoretischen Schwierigkeit des Themas beruht als auf den allgemeinsten gesellschaftspolitischen Kämpfen, die normalerweise um dieses Thema stattfinden. Beispielsweise haben einige von ungarischen Forschern und Wissenschaftlern im Bereich des Verfassungsrechts in ihren Studien neuerlich darauf hingewiesen, dass Verfassungsgerichte die Verfassungsmäßigkeit der Verfassungsänderungen

¹⁷ Nach dem 2012 in Kraft getretenen neuen Grundgesetz führten diese Kämpfe Ungarn dazu, dass von dem Verfassungsgeber in seinem 4. Modifizierung der Verfassung die Aufhebung alter Verfassungsgerichtsentscheidungen erklärt wurde. Aber die Mehrheit der Verfassungsrichter erklärte jedoch schließlich in der Entscheidung No. 13/2013 die Anwendbarkeit dieser alten Präjudizien.

überprüfen und sie sogar für verfassungswidrig erklären können. Diese Kontrolle könnte durch die Tatsache verschärft werden, dass einige einheimische Forscher in Ungarn auch argumentieren, dass das Grundgesetz 2012 keine neue Verfassung, sondern nur eine Änderung der alten Verfassung darstellt, und so könnten die ungarischen Verfassungsrichter das ganze Grundgesetz abschaffen. (Diese These wurde in mehreren Studien von einem ehemaligen Verfassungsrichter, András Bragyova, vertreten.)

Aufgrund dieser Offenheit können die einmal festgestellten Argumente in verfassungsgerichtlichen Entscheidungen ständig zurückkehren, auch wenn eine andere verfassungsgerichtliche Mehrheit später genau das Gegenteil ausgesagt hat. So bleiben Argumente, die sich über viele Jahre hin und her verschoben haben, alle als der Gehalt des lebendigen Fallrechts gültig und sie können von Verfassungsgerichtsentscheidungen abwechselnd verwendet werden. Natürlich ist dies eine Anomalie, aber da die Universitätsleute für Verfassungsrecht größtenteils politisierte Anwälte oder ehemalige NGO Juristen sind, protestieren sie nur, wenn eine verfassungsgerichtliche Entscheidung nicht ihrer politischen Linie und Werte folgt, aber wenn doch, feiern sie sogar die Entscheidung des Verfassungsgerichts, die am meisten gegen den Verfassungstext verstößt.

(6) Der nächste Unterschied zum traditionellen Recht besteht darin, dass im Bereich des neuen verfassungslichen Rechts die Spezialisierung auf verschiedene Rechtgebiete nicht gelöst wurde, obwohl das Material der normativen Argumente der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen Zehntausenden von Seiten umfasst. An dieser Stelle sei auch angemerkt, dass es nicht selbstverständlich ist, dass ein derart umfangreiches verfassungsliches Recht geschaffen wird, das sich mit dem ganzen Recht der traditionellen Rechtsgebiete überschneidet. Denn waren das die Menschenrechten, die sich am Ende des 18. Jahrhunderts in Verfassungsgrundrechte umgewandelt wurden, ursprünglich nur die Garantien für die Bürger. Im Zuge der Verfassungsgerichtsbarkeit wurden jedoch Entscheidungen getroffen, die über diese Garantiepunkte hinausgingen und zunehmend die ganzen Rechtsgebiete einer Prüfung unterzogen. Auf diese Weise fiel ein großer Teil des

gesamten Gesetzgebungsbereichs nach und nach in die Zuständigkeit des Verfassungsgerichtsbarkeit. So wurde das Grundrecht auf Teilnahme am Referendum und Wahlen z. B. nicht nur verstanden, dass die Rechtsstaatlichkeit allen Bürgern das Wahlrecht und das Recht auf Referendum einräumen sollte, sondern die Regelung des gesamten Wahlsystems und des Referendumsprozesses wurden schrittweise in der verfassungsgerichtlichen Überprüfung eingezogen. In ähnlicher Weise haben Entscheidungen über die Garantien des verfassungsrechtlichen Eigentumsrechts nach und nach das volle Eigentumsrecht einbezogen, und darüber hinaus wurde auch das größte Teil des Privatrechts kontrolliert. Einige Privatrechtstheoretiker sprechen bereits von einem separaten verfassungsrechtlichen Privatrecht, ebenso wie einige Strafrechtslehrer haben die strafrechtliche Garantien in dem Text der Verfassung erweitert, um ein verfassungsrechtliches Strafrecht ausgestalten zu können. Und dieser Prozess geht weiter zu dem verfassungsrechtlichen Finanzrecht, Arbeitsrecht, Straf- und Zivilprozessrecht, Familienrecht und alle diese verfassungsrechtlichen Rechtzweigen werden von tausenden Seiten des Entscheidungsmaterials der einheimischen Verfassungsgerichte begleitet, und zusätzlich auch von den Entscheidungen der deutschen Verfassungsrichtern bzw. von dem *Supreme Court* der Vereinigten Staaten.

Einerseits werden diese Erweiterungen durch die Ambitionen einiger Mitglieder der Verfassungsgerichte für ihren ursprünglichen Rechtszweig angeheizt, und wenn ein solches Mitglied für seine Ambitionen die wohlwollende Unterstützung einer Mehrheit der Verfassungsrichter erhalten kann, wird es sich gegenseitig auf andere Rechtszweige ausweiten. Diese Ambitionen treiben die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung allmählich dazu, die traditionelle Rechtsgebiete zu duplizieren. Mindestens ebenso groß ist jedoch die Kraft des rechtspolitischen Widerstands bestimmter ordentlicher Gerichte und Rechtsprofessoren in Bezug auf die derzeitige Regierungspolitik der parlamentarischen Mehrheit und diese werden dann in Verfassungsbeschwerden und in Klagen gegen die Gesetze geäußert und sie fordern die Verfassungsrichter nachdrücklich auf, bestimmte Straf-, Verfahrens-, Arbeits-, und privatrechtliche Gesetze zu beseitigen, die von der

Regierungspolitik geprägt sind, und an ihrer Stelle die Verfassungsmäßigkeit der Regelungen zu erklären, für die sie eintreten.

Infolgedessen wurde von dem verfassungslichen Recht nach einigen Jahrzehnten der Verfassungsgerichtsbarkeit einen Großteil des Materials der traditionellen Rechtsgebiete verdoppelt, aber im Bereich dieser Verdoppelung hat es die Unterteilung der Rechtsgebiete und die Spezialisierung der Verfassungsrichter und ihrer vorbereitenden Mitarbeiter nicht geschah. Die Lösung der deutschen Verfassungsrichter ist in gewissem Maße eine bemerkenswerte Ausnahme, da das System in Deutschland geschaffen wurde, dass ein neuer Verfassungsrichter in das Gremium als Richter für die Vorbereitung künftiger Entscheidungsentwürfe in bestimmten Rechtszweigen einbezogen wird (geerbt die Rechtsgebiete seines Vorgängers) und damit kann sich hier eine gewisse Spezialisierung auf ein bestimmtes Rechtsgebiet einstellen. Da der neu gewählte Verfassungsrichter für eine Weile das geschulte Personal seines oder ihres spezialisierten Vorgängers erbt, so dass sie auch auf die von ihm betreuten Rechtsgebiete spezialisiert sein können. Auf diese Weise kann die Spezialisierung sich in dem neuen verfassungslichen Recht bis zu einem gewissen Grad auch reproduzieren. Dies ist jedoch nur teilweise der Fall, da alle Mitglieder des vollständigen Verfassungsgerichts gleichberechtigt an der Entscheidung des Organs beteiligt sind und somit jeder Verfassungsrichter gezwungen ist, alle zum Teil spezialisierten Rechtsbereiche durchschauen zu können, wenn er authentisch bleiben will. Dies ist jedoch nur eine Option, und als Alternative gibt es, die meisten inhaltlichen Entscheidungen in der Entscheidungsfindung an seine erfahrenen Mitarbeiter zu übergeben. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass von dem Unterschied in der Aufteilung der Rechtsgebiete in ordentliches gesetzliches Recht und verfassungsliches Recht für die ordentliche Richter und die Verfassungsrichter eine andere Rolle bestimmt wurde. In letzterem Fall ist es möglich – mindestens im Falle der europäischen Verfassungsgerichte – die inhaltliche Entscheidungsfindung für die Mitarbeiter der Richter zu übergeben, und die immer neugewählten Verfassungsrichter können die Arbeit ersparen, um tatsächlich in die Rolle des Verfassungsrichter hineinzuwachsen.

5. Die Entwicklungsdynamik des doppelten Rechtssystems: alternative Szenarien

Immer mehr Länder auf der Welt wurden in den letzten Jahrzehnten die Verfassungsgerichtsbarkeit geschaffen, indem entweder ein separates Verfassungsgericht eingerichtet, oder das Oberste Gericht nach amerikanischem Vorbild umgebaut wurde.¹⁸ Die Verfassungsgerichtsbarkeit nach dem US-amerikanischen Modell führt in erster Linie zu einer Verdoppelung des Rechts, aber eine konkurrierende politische Maschinerie für die Demokratie kann diese Form nicht annehmen. Aber wie die Ereignisse in den Vereinigten Staaten in den sechziger Jahren zeigten, können die jahrzehntelangen Bestrebungen solcher gesellschaftlichen Gruppen, die auf der Ebene der Massen des demokratischen Kampfes die schwächere Position aber ansonsten enorme Ressourcen haben, dazu führen, auch diese Form der Verfassungsgerichtsbarkeit für Schaffung eines konkurrierenden politischen Zentrums auszunutzen. Wenn jedoch ein separates Verfassungsgericht geschaffen wird und die meisten Verfassungsrichter aus den Reihen der Rechtsprofessoren und Anwälten kommen, wird eine sofortige Verdoppelung der politischen Arena wahrscheinlich sein. Diese politische Rolle wird etwas eingeschränkt, wenn ein solches Verfassungsgericht neben seinen weitreichenden Befugnissen auf dem Gebiet der Annullierung der Gesetze auch die endgültigen Gerichtsentscheidungen überprüfen muss. Diese letztgenannte Arbeitsbelastung führt in der Regel zu Tausenden von Verfassungsbeschwerden pro Jahr, und auf diese Weise haben die Verfassungsrichter weniger Zeit die Gesetzgebung zu kontrollieren. Dies wurde in Russland von den dominierenden politischen Kräften während der Umstrukturierung des russischen Verfassungsgerichts im Jahr 1992 anerkannt, und da die Verfassungsrichter zuvor am intensivsten an

¹⁸ Während es in Europa Ende der 1970er Jahre nur drei funktionierende Verfassungsgerichte gab – deutsche, italienische und österreichische –, entstanden zu dieser Zeit zunächst die spanischen und portugiesischen Verfassungsgerichte, und dann 1989 mit dem Zerfall des Sowjetimperiums wurde in fast allen unabhängigen Staaten dieses Teils Europas die Verfassungsgerichtsbarkeit eingeführt.

Machtkämpfen beteiligt waren, wurde von der Umstrukturierung ihre Aktivitäten auf die Überprüfung endgültiger gerichtlicher Urteile verlagert, und von dieser neuen Arbeitsbelastung wurde die politischen Ambitionen der Verfassungsrichter schnell gelöscht.¹⁹ Es konnte aber auch eine Rolle in Ungarn bei der Neuordnung des Verfassungsgerichts von 2012 gespielt haben, das zuvor von diesem Gericht die aktivste politische Rolle ausgeübt wurde, und seitdem besteht seine Hauptaufgabe darin, Gerichtsentscheidungen zu überprüfen.

Als nächste Frage ist es zu klären, dass wenn die Verfassungsgerichtsbarkeit in die inneren Prozesse der Rechtsanwendung durch die Überprüfung der endgültigen Gerichtsentcheidungen schon hineingezogen wurde, dann welche Komponente darüber entscheidend sind, wie schnell die Ausdehnung der Verdoppelung traditioneller Rechtsschichten (Textschicht, Dogmatik, Fallrecht) in dem neuen Bereich des verfassungsmäßigen Recht abspielt. Neben der verfassungsmäßigen Textschicht wird immer ein verfassungsgerichtliches Fallrecht geschaffen, da dies von der Entscheidungsfindung der Verfassungsrichter durch Überprüfung der endgültigen Urteile auch produziert wird. Inwieweit dieses Fallrecht das Gewicht in den Begründungen der Entscheidungen von dem Verfassungstext übernimmt, ist jedoch bei den einzelnen Verfassungsgerichten sehr unterschiedlich. Bei der Analyse des Entscheidungsstils der europäischen Verfassungsgerichte konnte ich in einer früheren Studie feststellen, dass die weitgehende Unterdrückung des Verfassungstextes zugunsten früherer Urteile des Verfassungsgerichts nicht nur in Ungarn beobachtet werden können, sondern diese Praxis kann in den spanischen und litauischen Verfassungsgerichten auch behauptet werden. Dagegen konnte diese Praxis in Falle der slowenischen, kroatischen und rumänischen Verfassungsgerichten nicht beobachtet werden und hier stützen die Verfassungsrichter ihre Argumente auf dem Verfassungstext. Im Falle der

¹⁹ Für eine detaillierte Beschreibung dieses Prozesses und der neuen Rolle des Verfassungsgerichts in Russland bzw. die Kämpfe zwischen dem Verfassungsgericht und dem Obersten Gericht siehe William Burnham und Alexei Trochev, „Russia’s War between Courts: The Struggle over the Jurisdictional Boundary between the Constitutional Court and Regular Courts“, *The American Journal of Comparative Law* 55, Nr. 3 (2007), 381–352.

Polen und Tschechen geht dies etwas mehr auf das eigene Fallrecht zurück, erreicht jedoch nicht die Stärke, die in Ungarn, Spanien oder Litauen gesehen werden kann.²⁰ In Ungarn wurde dieser Stil von den Verfassungsrichtern des ersten Verfassungsgerichtszyklus der Verfassungsgerichtsbarkeit geschaffen, der 1990 begann, und meiner Erfahrung nach ist es fast unmöglich, ihn zu ändern und das Gewicht wieder auf den Verfassungstext zu legen, wenn er erst einmal feststeht. Wahrscheinlich ähnliche Zufälle – wie die charismatische Rolle des ersten Präsidenten des Verfassungsgerichts, die Ambitionen der damaligen Mehrheit der Verfassungsrichter, eine stärkere Kontrolle über Politik und Recht anzustreben usw. – verursachten eine so herausragende Rolle der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in den beiden anderen Ländern neben Ungarn, die den Verfassungstext überschatten würde.

Im Gegensatz der Zufälle im Bezug auf die starke Priorität der eigenen verfassungsgerichtlichen Argumente über den Verfassungstext kann sichere Zusammenhänge für die Schaffung einer Verfassungsdogmatik über der traditionellen Dogmatik freigelegt werden. In dieser Hinsicht ist es entscheidend, ob die Mehrheit der Verfassungsrichter aus den Reihen der Universitätsprofessoren und der Höchststrichterschaft kommen, oder im Gegensatz ehemalige Anwälte hier eine wichtigere Rolle spielen. Es kann festgestellt werden, dass im letzteren Fall die Verfassungsdogmatik im Rechtssystem des jeweiligen Landes ein geringeres Gewicht haben wird und die Verdopplungskraft des gesamten Verfassungsrechts nur ein geringeres Gewicht gewinnen kann als die Dreischichtenstruktur des traditionellen Rechts. Umgekehrt, wenn die verfassungsgerichtliche Mehrheit in einem Land von den Rechtsprofessoren und höchstgerichtlichen Richtern kontrolliert werden, die mit einem hohen Maß an Ehrgeiz und Erfahrung auf dem Gebiet des rechtsdogmatischen Denkens besitzen, dann neben ihrer verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung auch eine verfassungsrechtliche Dogmatik schnell aufgebaut wird und dadurch eine höhere Verdoppelung des Rechtssystems erreicht werden können.

²⁰ Pokol, „Alkotmánybírósági döntési stílusok“, 127–129.

6. Ist es möglich, eine politisch neutrale Verfassungsdogmatik zu konsolidieren?

Niklas Luhmann analysierte die spezifische Funktion der Verfassung und ihre evolutionären Errungenschaften und stellte fest, dass die Entstehung der Verfassung am Ende des 18. Jahrhunderts die grundlegenden Macht- und Sozialprobleme ans Licht gebracht hatte, die von der politischen²¹ Debatte früher verborgen geblieben waren und damit sie der Gegenstand politischer Kämpfe gemacht werden konnten. In der Tat, obwohl in einigen politisch-philosophischen Schriften die Alternativen zu den Staatsformen von *Aristoteles* in den früheren Jahrhunderten diskutiert wurden (Demokratie, Aristokratie usw.), aber diese Diskussionen waren die inneren Angelegenheiten einiger Dutzend Philosophen und spiritueller Männer und hatten keinen Einfluss auf das machtpolitische Leben der Länder. Was dies änderte, war die Verbreitung der Gesellschaftsvertragsidee von *Rousseau* auf die intellektuellen Gruppen der Aufklärung. Basierend auf dieser Idee begannen intellektuelle Kreise zu fordern, dass die Grundlagen der Gesellschaft und des Staates in dem von den Bürgern geschlossenen Vertrag in schriftlicher Form erörtert und festgelegt werden sollten. Zuerst bildeten die amerikanischen Siedler, die für ihre Unabhängigkeit kämpften, die erste Verfassung auf dieser Grundlage, und ab 1789 diskutierten französische Revolutionäre Dutzende von Entwürfen von Verfassungsgesetzen, um zu beweisen, dass die Entscheidung über die grundlegenden Machtfragen eine Frage des politischen Kampfes sein könnte. In der Zwischenzeit sind politische Demokratien entstanden, die auf konkurrierenden Parteien und ihre wechselnde Regierungsmacht beruhen und sie doch überleben konnten. Eine Reihe grundlegender sozialer Fragen wird in der politischen Öffentlichkeit ständig abwechselnd diskutiert und die Gesellschaft wird durch diese Diskussionen dauerhaft in verschiedener Spaltungen aufgeteilt. In Bezug auf die grundlegendsten Fragen der Verfassung ist diese Debatte

²¹ Siehe Niklas Luhmann, „Verfassung als evolutionäre Errungenschaft“, *Rechtshistorisches Journal* 9 (1990), 176–200.

für die breite Öffentlichkeit jedoch seltener, da es in jedem Land normalerweise eine sehr hohe Schwelle für Verfassungsänderungen gibt, und auf diese Weise bleiben die Debatten darüber in kleinen intellektuellen Kreisen weit von der breiten Öffentlichkeit. Ohne eine Revolution ist dies praktisch unmöglich, aber selbst bei leichter zu ändernden Verfassungen dauert es manchmal Jahrzehnte, bis die erforderliche Mehrheit der Verfassungsänderungen erreicht ist. Die Schaffung von Verfassungen hat im Prinzip die Möglichkeit also eröffnet, die grundlegendsten Fragen der Gesellschaft zu diskutieren und zu gestalten, aber von der hohen Schwelle für Änderungen diese Möglichkeit weitgehend illusorisch gemacht wird. Dies ist natürlich insofern von Vorteil, als die zu häufige Veränderungen in den Grundlagen der Gesellschaft und der Macht zu Chaos in der Gesellschaft führen können. Andererseits kann die unerreichbare Höhe der Veränderung zu der Radikalisierung aufstrebender Eliten führen.

Vor diesem Hintergrund werden die Auswirkungen der neuen Möglichkeit, die sich aus Verfassungsgerichtsbarkeit für die Änderung der Lösung grundlegender sozialer Probleme ergibt, verständlich. Der abstrakt normative Charakter von Verfassungsbestimmungen, Erklärungen und Verfassungsgrundsätzen, die weitgehend leer sind, gibt Verfassungsrichtern große Freiheit, die spezifische Bedeutung der Verfassung zu bestimmen, wodurch durch Änderung der Mehrheit der Verfassungsrichter auch die Änderung des tatsächlichen Inhalts der Verfassung mitgebracht werden kann. Auf diese Weise realisiert sich die Möglichkeit, die sich aus der Idee einer Verfassung und ihrer schriftlichen Realisierung ergibt, eine politische Debatte über die grundlegenden Fragen der Gesellschaft und der Machtstruktur zu führen. Es ist nicht länger notwendig, darauf zu warten, die verfassungsgebende Macht in der unerreichbaren Höhe zu erreichen, aber es reicht aus, einige Verfassungsrichter zu ersetzen, um eine Mehrheit des Verfassungsgerichts zu erhalten. Dies macht es in der politischen Öffentlichkeit zu einem realistischen Bestreben, die konstitutionellen Lösungen in dem intellektuellen Hintergrund jeder Elitengruppe zu diskutieren und Alternativen zu erwägen.

Die intellektuelle Arena um Verfassungsgerichtbarkeit ist daher unaufhaltsam in den Kampf der politischen Debatten verwickelt, die in verfassungsrechtlicher Kleidung gehüllt sind, und dies gilt auch für die Entwicklung der verfassungsdogmatischen Konstruktionen. Obwohl logische Kohärenz hier wichtig ist, wie es bei der Rechtsdogmatik einfacher gesetzlicher Rechtszweige der Fall ist. Aber hier wird die Dominanz der logischen Kohärenz einerseits von der großen Bedeutung dogmatischer Inhalte für die grundlegenden Gesellschaftsfragen und andererseits von der normativen Offenheit der Verfassungsbestimmungen unterdrückt. Bei den Alternativen der Verfassungsdogmatik ist die logische Kohärenz in der Praxis nur ein zweitrangiges Thema. Dies ist jedoch nur einer der Unterschiede zwischen der Verfassungsdogmatik und der gewöhnlichen Rechtsdogmatik der anderen Rechtszweige. Dies ist darauf zurückzuführen, dass für die Debatte über Alternativen zur Rechtsdogmatik (Strafrecht, Privatrecht usw.) nach ihrer Erstellung und Veröffentlichung in juristischen Fachzeitschriften ein separater rechtspolitischer Bereich entwickelt hat, bevor sie sich ihrer Verwendung in der Gesetzgebung nähert. Sektionen von Justizverbänden und Anwaltskammern erörtern auf ihren jährlichen Versammlungen auch die politischen Auswirkungen der verschiedenen *de lege ferenda* Vorschläge von Rechtsprofessoren, die an der intellektuellen Debatte im öffentlichen Leben beteiligt sind, und auch die Rechtspolitikern jeder großen Partei beachten diese Diskussionen. So haben die Parteien Informationen über die liberalen oder eher konservativen Konsequenzen der dogmatischen Alternativen der gewöhnlichen Rechtszweigen schon im vorparlamentarischen Raum.

Die Rechtsdogmatik der konventionellen Rechtszweige hat somit eine vermittelnde Sphäre durch die Entwicklung einer rechtspolitischen Arena, und durch diesen Filter bringen die Parteien der vorherrschenden parlamentarischen Mehrheit diejenigen, die ihnen nahe stehen, in die Gesetzgebung ein und bauen auf ihnen die neuen gesetzlichen Vorschriften auf. Aufgrund der strukturellen Beziehungen der Verfassungsgerichtsbarkeit ist der Einfluss des externen Rechtsprofessorenkreises auf die Bildung der Verfassungsdogmatik jedoch minimal. Was hier weitgehend fehlt, ist

der Unterschied zwischen der Kompetenz externer Rechtsprofessoren und der Parlamentsabgeordneten, die in der traditionellen Gesetzgebung für das Gesetz stimmen. In der Regel kann der Verfassungsrichter selbst für jede Fallgruppe die dogmatische Formeln und deren Kohärenz entwickeln. Oder zumindest gibt es immer ein oder zwei einflussreiche Verfassungsrichter im Gremium, die dies tun. Die dogmatische Klärung normativer offener Verfassungsgrundsätze und -erklärungen unterliegt daher weitgehend der Zuständigkeit des Verfassungsprüfungsgremiums mit nur minimalem Einfluss von außen durch die Rechtsprofessoren. Eine Änderung der angewandten Verfassungsdogmatik kann nur durch eine Änderung der Mehrheit des Gremiums erreicht werden, wenn die von der neuen parlamentarischen Mehrheit gewählten Verfassungsrichter die Entscheidungen nach Kriterien treffen, die sich von ihren Vorgängern unterscheiden. Dann kann die neue Mehrheit des Gremiums die früheren Diskrepanzen und Formeln der Verfassungsdogmatik beseitigen und stattdessen beginnen, offene Verfassungsprinzipien und -erklärungen in unterschiedlichem Maße zu laden und schrittweise eine neue Verfassungsdogmatik zu schaffen.

In Bezug auf das Verhältnis zwischen der Verfassungsdogmatik und der traditionellen Dogmatik in den Rechtszweigen des gesetzgeberischen Rechts muss zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit der separaten Verfassungsgerichte und der Verfassungsgerichtbarkeit nach US-amerikanischen Vorbild unterschieden werden, wo diese von der ordentlichen Obersten Gerichte, insbesondere der Oberste Gerichtshof vorgenommen wird. Im letzteren Fall üben Richter mit jahrzehntelanger Erfahrung in der traditionellen Justiz auch die Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit aus, so dass verfassungsrechtliche Bestimmungen, Grundsätze und Erklärungen, die dem gesetzlichen Recht hinzugefügt wurden, auch wenn sie abstrakt sind, mit dem traditionellen Recht vereinigt bleiben und das traditionellen Rechtszweigen sich nicht so stark verdoppeln können. Ebenso bleibt die auf den neuen, abstrakteren Verfassungsbestimmungen aufgebaute Verfassungsdogmatik im Rahmen des traditionellen Rechtsdenkens stärker hineingebunden. Innerhalb dieser Einheit werden die traditionellen

rechtsdogmatischen Konzepte selbst natürlich stärker und wegen der breiteren Interpretationsmöglichkeit der offenen Verfassungsgrundsätze und -erklärungen politisiert. Mit dieser Re-Politisierung machen die einzelnen dogmatischen Alternativen die Nähe zu der einen oder anderen Welt politischer Werte deutlicher. Der Preis eines einheitlicheren Rechtssystems besteht also darin, dass das gesamte Rechtssystem stärker politisiert wird, während im Fall eines separaten Verfassungsgerichts das politisch neutralere Rechtsdogmatik der traditionellen gesetzgeberischen Rechtszweigen neben der durchpolitisierten Verfassungsdogmatik größtenteils unberührt bleibt.

In der Tat eröffnet das von den ordentlichen Gerichten getrennte Verfassungsgericht den Weg für eine vollständigere Verdoppelung des Rechtssystems. Insbesondere wenn von den Rechtsprofessoren die Positionen von Verfassungsrichtern besetzt werden, wird dies erhöht, aber in der Regel ist dies bei separaten Verfassungsgerichten der Fall. In diesen Fällen ist die Rolle der politischen Wertakzente der einzelnen Verfassungsrichter und ihre direkten Auswirkungen auf die Auslegung von Verfassungsbestimmungen, Grundsätzen und Erklärungen ausgeprägter. Dazu kommt, dass die Verfassungsrichter einerseits häufig ihre Möglichkeit für die Gestaltung der gesetzgeberischen Normen ausdehnen und andererseits gibt es immer Rechtsprofessoren in den traditionellen Rechtszweigen, die sich von ihrer bescheidenen, dogmatischen Rolle in der Gesetzgebungsrecht entfernen und sich dem Verfassungsstrafrecht, dem Verfassungsprivatrecht usw. zuzuwenden. Auf diese Weise können die Universitätsprofessoren ihre dogmatischen Vorschläge nicht mehr als bescheidene *de lege ferenda* Alternativen formulieren, sondern als hierarchisch höhere zwingende verfassungsrechtliche Forderungen. Beispiele dafür gibt es in Ungarn bereits. Dies ist jedoch vor allem bei den Deutschen seit den 1980er Jahren zu beobachten. Im Bereich des Strafrechts beispielsweise haben die Initiativen von *Claus Roxin* zunehmend begonnen, die gesetzgeberische Gesetzgebungsfreiheit hier als eine Aktivität zu betrachten, die durch das „verfassungsrechtliche Strafrecht“ eingeschränkt wird, und anstelle der strafrechtlichen Logik hat sich der Schwerpunkt weitgehend auf die verfassungsrechtlichen Schranken des

Staates in diesem Bereich verlagert. Und diese Einschränkungen werden von den Professoren des Strafrechts selbst festgelegt und versuchen daher tatsächlich, die Gesetzgebung auf den Prüfstand zu stellen, anstatt frühere, bescheidenere Vorschläge zu machen. Damit dies gelingt, ist die Voraussetzung natürlich eine Mehrheit innerhalb des Verfassungsgerichts, die eine Offenheit für die Forderungen des Verfassungsstrafrechts und die von außen diktierten politischen Prämissen hat. Es gibt aber auch mindestens einen deutschen Strafrechtsprofessor, der feststellt, dass wenn die Mehrheit der deutschen Verfassungsrichter ihnen nicht folgen will, ist es möglich, dass die ordentlichen Richter selbst die Beschränkungen der traditionellen strafrechtlichen Dogmatik beiseite schieben, und aus dem Verfassungsstrafrecht abgeleitete Auslegungsrichtungen selbst praktizieren können.²²

Die Antwort auf die Frage im Titel lautet daher, dass, obwohl grundsätzlich nicht ausgeschlossen ist, dass in Bezug auf die Verfassungsgerichtsbarkeit in einzelnen Ländern und innerhalb bestimmter Rechtsbereiche eine konsolidierter und politisch neutrale Verfassungsdogmatik mit konzeptuellen Formeln und Argumenten geschaffen wird, aber dies erfordert eine Reihe von glücklichen Zufällen, wie ich oben erwähnt habe. Die Entstehung einer solchen neutralen Verfassungsdogmatik ist es jedoch meiner Meinung nach heute nicht wahrscheinlich, und es lohnt sich nicht, eine solche im Rahmen von Untersuchungen anzunehmen.

²² Er ist Bernd Schönemann und er schreibt als die Aufgabe der Strafrichter: „Indem sie gegenüber dem bloßen Wortlaut des Gesetzes eine allgemeinere Dimension erschließt und damit die Grundprinzipien des Strafrechts für die Interpretation fruchtbar macht, bildet sie deren «Fluchtpunkt» und bringt den liberalen Grundgedanken, der eine verfassungsrechtliche Dimension repräsentiert, unmittelbar in die Gesetzesauslegung ein, ohne sogleich mit der Kalamität belastet zu sein, die Verfassungswidrigkeit einer Entscheidung des Gesetzgebers begründen zu müssen.“ Bernd Schönemann, „Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation“, in Roland Hefendehl, Andrew Hirsch und Wolfgang Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatische Glasperlenspiel?* (Baden-Baden: Nomos, 2003), 134.

Zweites Kapitel

Konstitutionelles Recht



Früher als Staatsrecht bekannt, in den letzten Jahrzehnten in Verfassungsrecht umbenannt, wurde die Verfassung um Grundrechte erweitert, und mit der Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit wurde das Verfassungsrecht von einem einfachen Rechtszweig zu einer neuen Sinnschicht des ganzen Rechts und dann durch das expansive Verfassungsgerichtsbarkeit wurde schrittweise das traditionelle Rechtssystem mit dem erweiterten konstitutionellen Recht in vielen Ländern verdoppelt. Die Dreischichtigkeit des traditionellen Rechts (Rechtstext, Dogmatik und höchstrichterliches Präjudizienrechts) bzw. die verschiedenen Rechtszweige, haben sich ebenfalls weitgehend in diesem doppelten Rechtsbereich entwickelt. Ohne ein konkretisierendes, verfassungsgerichtliches Fallrecht könnte der Verfassungstext mit seinen feierlichen Erklärungen und Verfassungsgrundsätze in dem alltäglichen Leben und in den parlamentarischen Debatten keine reale Rechtswirkung ausüben. Dieses ausufernde Fallrecht konnte dann ohne die schrittweise Schaffung eines konzeptionellen Verfassungs- und Grundrechtsdogmatik nicht existieren. Neben dem traditionellen Recht und seinen Zweigen ist es daher ratsam, diesen doppelten rechtlichen Teil als konstitutionelle Rechtszweige begrifflich zu konzipieren, und von dem traditionellen Verfassungsrecht zu trennen. Um Verwechslungen mit den Namen zu vermeiden, ist es ratsam, die ehemalige Benennung von „Staatsrecht“ auf Regulierungsmaterial zu benutzen, das als einfacher Rechtszweig verstanden wird.

In Anbetracht der Verdoppelung des traditionellen Rechts mit dem erweiterten konstitutionellen Rechtsbereich sind alle Fragen und Dilemmata in dem neuen Bereich aufgetaucht, die in den letzten eineinhalb Jahrhunderten schon dort untersucht wurden. Es lohnt sich also, zumindest skizzenhaft zu

überlegen, welche Arten der Modifizierung diese Fragen in den erweiterten konstitutionellen Rechtsbereich durchgingen. Es erscheint technisch sinnvoll, zunächst die häufig auftretenden generellen Probleme anzusprechen und dann auf die spezifischen Fragen der Verfassungsgerichtsbarkeit und der konstitutionellen Rechtszweige in Ungarn einzugehen.

1. Allgemeine Fragen des konstitutionellen Rechts

Um die Systemizität zu gewährleisten, werde ich die Analyse neu auftretender Probleme unter Berücksichtigung der internen Sinnschichten des konstitutionellen Rechts durchführen. Zunächst werde ich mich mit den Fragen des Verfassungstextes, dann mit der Ebene des verfassungsgerichtlichen Fallrechts und schließlich mit den Fragen der Verfassungsdogmatik befassen.

1.1. Die Sinnschicht des Verfassungstextes

Eine der ersten Fragen zur Verfassungstextschicht ist, wer darüber verfügen kann hat und inwieweit diese Verfügungsmöglichkeit von der einfachen Gesetzgebung getrennt ist. Die Hauptregel in diesem Bereich lautet, dass diese verfassunggebende Gewalt einem höheren Konsensniveau der Bürger entweder innerhalb der gesetzgebenden Körperschaft, oder durch die Einrichtung einer separaten Verfassungssammlung unterliegt. Daher ist die Gesetzgebung in der Regel an eine einfache Mehrheit der anwesenden Parlamentariers gebunden (und das bedeutet die Hälfte aller Abgeordneten oder in einigen Ländern sogar ein Drittel), während eine qualifizierte Mehrheit erforderlich ist, um die Verfassung zu ändern, oder eine neue Verfassung zu schaffen. Diese größere Form des Konsenses könnte auch darin bestehen, die Annahme der Verfassung an ein Referendum zu binden, oder sogar den Entwurf des Verfassung vor dem Referendum von einer separaten

Verfassungsversammlung erörtern zu lassen und das dem Referendum vorgelegte Dokument zusammenzustellen. Es ist auch möglich, dass nur die Annahme der neuen Verfassung als Ganzes die Zustimmung eine direkte Volksabstimmung erfordert, aber für die Änderung der Verfassung reicht es aus, eine qualifizierte Mehrheit der Stimmen im Parlament zu haben. Es ist jedoch häufig der Fall, dass das gesetzgebende Parlament selbst eine völlig neue Verfassung mit einem höheren Stimmenanteil verabschiedet, was ausreicht, um sie zu ändern. Eine Version davon ist, dass bei einem Zweikammerparlament die beiden Kammern eine Mehrheit oder einen Anteil von zwei Dritteln haben müssen, wie dies bei den Deutschen der Fall ist, bei denen Bundestag und Bundesrat zusammensitzen.

Eine weitere Unterfrage der Verfügung über den Verfassungstext ist die Größe der Mehrheit, die im Parlament zur Änderung des Gesetzes über das Verfassungsgericht erforderlich ist, da die Bedeutung des Verfassungstextes letztendlich von der Mehrheit der Verfassungsrichter bestimmt wird. Wenn also die Anzahl der Verfassungsrichter nicht in der Verfassung selbst festgelegt ist – und dies ist die allgemeine Regel –, können sie durch Änderung des Verfassungsgerichtsgesetzes erhöht oder verringert werden, oder der Rahmen für die Auslegung der Verfassung innerhalb dem Verfassungsgericht kann grundlegend geändert werden, ohne den Verfassungstext selbst zu ändern. Der Unterschied zwischen den polnischen und den ungarischen Vorschriften ist ein Beispiel für diesen Unterschied. Während in Ungarn eine Zweidrittelmehrheit aller Parlamentsabgeordneten erforderlich ist, um sowohl die Verfassung als auch das Verfassungsgerichtsgesetz zu ändern, wird die Zweidrittelmehrheit in Polen nur für die Verfassungsänderung benötigt, aber für die Änderung des Verfassungsgerichtsgesetzes ist eine einfache gesetzgebende Mehrheit ausreichend. Da die Mehrheitsregierung auch nur so viel braucht, kann die amtierende neue Regierung, wenn sie keinen Zugang zur Verfassung hat, aber ja zum Verfassungsgerichtsgesetz, auf diese Weise zu verhindern, um hinter der Mehrheit des Verfassungsgerichts ein gegnerisches politisches Zentrum der parlamentarischen Opposition aufzubauen zu können.

Die Rollenverständnis des Verfassungsgerichts und die Einmischung der Verfassungsrichtern in die Politik (oder im Gegenteil ihre Abwesenheit von politischen Kämpfen) wird weitgehend durch die Tatsache bestimmt, wie die Positionen der Verfassungsrichter in einem Land besetzt werden. In jedem Fall liegt es auch an den Chefs der dominierenden politischen Kräfte, darüber zu entscheiden, aber es gibt in verschiedenen Ländern unterschiedliche Möglichkeiten, dies zu tun. In erster Linie wird diese Besetzung von der Parlamentsmehrheit entschieden, aber es spielt eine wichtige Rolle, ob sie mit einfacher Mehrheit des Parlaments oder mit qualifizierter Mehrheit mit erhöhtem Stimmenanteil durchgeführt werden können. Dafür reicht in der Regel die Mehrheit des Parlaments nicht aus, aber mindestens eine der Oppositionsparteien muss einbezogen werden, und daher spielen mehrere politische Wertgesichtspunkte parallel eine Rolle in dem Funktionieren der Verfassungsgerichtsbarkeit. Selbst wenn die Mehrheit des Parlaments ausreicht, um den Verfassungsrichter zu ernennen, muss die Ernennung von dem Staatsoberhaupt an einigen Ländern noch bestätigt werden. Auf diese Weise, wenn das Staatsoberhaupt aus einem anderen politischen Lager stammt, wird es wahrscheinlich, dass ein politisch mehrfarbiges Verfassungsgericht funktionieren wird. Alle diese Versionen sind vor allem im Hinblick auf das Ausmaß wichtig, in dem neben der mehrheitlichen parlamentarischen Regierung ein weiteres Zentrum politischer Macht errichtet wird, das auf Entscheidungen des Verfassungsgerichts beruht und hinter einem Teil der Opposition steht. Die kurzfristige Mehrheitsregierung und die langen verfassungsgerichtlichen Richterzyklen (9-12 Jahre oder in einigen Ländern sogar lebenslang) bringen tendenziell mit sich, dass sich das Verfassungsgericht unter bestimmten Umständen zu einem unabhängigen Machtzentrum entwickeln wird.

Die Stärke oder das Überschatten dieser politischen Rolle wird auch dadurch bestimmt, in welcher Richtung sich die Aktivitäten einer bestimmten Verfassungsgericht in einem Land entfalten. Wenn vor dem Verfassungsgericht die ordentlichen Gerichtsentscheidungen nicht angefochten werden können, und die Verfassungsrichter größtenteils ihr

Kontrollrecht über die Gesetzgebung üben, dann entfalten die Entscheidungen des Verfassungsgerichts einen stärkeren Einfluss auf die Politik, aber nur einen relativ geringen Einfluss innerhalb des Rechtssystems. In diesem Arrangement wird diese Aktivität eher zu einer zweiten Arena für politischen Kampf, und auf der Grundlage abstrakter Verfassungsgrundsätze kann eine zweite Organisationsform für politischen Kampf gegen die parlamentarischen Mehrheitsregierung von dem Verfassungsgerichtsbarkeit eingerichtet werden. Wenn aber vor den Verfassungsrichtern von den Verfassungsbeschwerden der Bürger gegen endgültige Urteile ordentlicher Gerichte angefochten werden können, erlauben die Hunderte oder Tausende solcher Verfassungsbeschwerden pro Jahr einen wenigeren Einfluss für die Verfassungsentscheidungen im Bereich des politischen Kampfes. Auf diese Weise verlagert sich die Wirkung der Entscheidungen eher auf die Verdoppelung des Rechtssystems. Manchmal werden von dieser enormen Arbeitsbelastung die Verfassungsrichter an den Punkt gebracht, dass sie zwar die Befugnis haben, Gesetze umfassend aufzuheben, aber nicht genug Zeit haben, um sich mit der politisch wichtigeren Rolle der Aufhebung der Gesetze zu befassen. Dies führt wiederum zu einem größeren Einfluss der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen innerhalb des Rechtssystems zum Nachteil des politischen Rollenspiel.

Im diesem Zusammenhang ist es wichtig, aus welchem Rechtsberuf die Verfassungsrichter stammen. Wenn die Mehrheit der Verfassungsrichter regelmäßig aus Rechtsprofessoren besteht, führt dies zu einer vollständigeren Verdoppelung des Rechts und neben den Rechtsdogmatiken der traditionellen Rechtszweige wird in einem höheren Maß die autonome Verfassungsdogmatik zustande gebracht. Umgekehrt wird diese Möglichkeit verringert, wenn viele von ihnen früher Anwälte waren. Die Verfassungsrichter-Rechtsprofessoren artikulieren ihre Argumente eher konzeptionell und schaffen so schrittweise ein konstitutionelles, dogmatisches, konzeptionelles Raster über die einzelnen Rechtszweige und ihre traditionellen Dogmatiken. Es ist aber auch möglich, dass auf der Ebene der Verfassungsrichter erst weniger konzeptionelle Argumente ausgearbeitet werden und in den Universitäten werden

von einigen Professoren diese Argumente zu einer Verfassungsdogmatik verwandelt, um gegen die etablierte traditionelle Dogmatik zu bekämpfen.

Was bisher gesagt wurde, waren lediglich einführende Fragen des Verfassungstextes, und wenn man sich den internen inhaltlichen Fragen zuwendet, stellt sich die Frage, inwieweit der Verfassungstext aus präzisen Regeln oder größtenteils nur feierlichen Verfassungserklärungen und normativ offenen Verfassungsgrundsätzen besteht. Darüber hinaus, ob jedes Grundrecht nur Garantien für einen engeren Sektor bietet – z. B. Pressefreiheit, Versammlungsfreiheit, Religionsfreiheit usw. – oder es gibt völlig offene normative Formeln im Bereich der Grundrechte, die für alles gelten können, und tatsächlich geben nur die Verfassungsrichter mit ihren Entscheidungen den normativem Inhalt der normativ leeren Grundrechte. (Zum Beispiel ist die „unantastbare Menschenwürde“ oder die „Rechtsstaatlichkeit zu erwähnen“.) Wenn der Verfassungstext weitgehend mit genauen Regeln gefüllt ist, haben die Verfassungsrichter aufgrund ihrer Auslegung nur ein bescheidenes politisches Gewicht. Wenn jedoch ein Großteil des Verfassungstextes aus feierlichen Erklärungen, Grundsätzen und allgemein offenen Grundrechten besteht, geht die Definition der Bedeutung der Verfassung tatsächlich auf die Verfassungsrichter über und sie erklären anhand ihrer Entscheidungen, wie die Verfassung des Landes lautet.

Eine weitere wichtige Frage der Verfassungstextschicht besteht darin, wie viel Freiheit dieser Text den Verfassungsrichter bei der Interpretation lässt oder in Gegenteil solche Auslegungsregeln enthält, die darauf abzielen, diese Richter in eine bestimmte Richtung zu zwingen. In dieser Hinsicht kann gesagt werden, dass es relativ wenige Verfassungen gibt, die Verfassungsrichter enger an Auslegungsregeln binden. Dies liegt wahrscheinlich nur daran, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit selbst erst in den letzten Jahrzehnten weiter verbreitet wurde und daher ihre Gefahren zum Zeitpunkt ihrer Einführung nicht erkannt wurden. In einigen Verfassungstexten, die leichter zu ändern sind, oder in den neuerlich geschaffenen Verfassungen gibt es solche Auslegungsregeln jedoch an einigen Stellen, ebenso wie in der neuen Verfassung von Ungarn.

1.2. Die Schicht der verfassungsrechtlichen Präjudizien

Eine der Vorfragen des verfassungsgerichtlichen Fallrechts betrifft die Umstände, unter denen die Verfassungsrichter diese Präzedenzfällenentscheidungen treffen, und wie sie sich in ihren nachfolgenden Entscheidungen auf sie beziehen. Unter diesen ist es wichtig zu erwähnen, dass im Gegensatz zu dem fragmentierten Rechtssystem und dem spezialisierten Gerichtssystem in den kontinentaleuropäischen Ländern seit dem 19. Jahrhundert die US-Verfassungsgerichtsbarkeit, die von der USA nach Europa übertragen wurde, eine nichtspezialisierte Generalgerichtsbarkeit bedeutet. Wie auch im allgemeinen haben die Gerichte in den USA eine generalistische Natur und sie sind nicht auf einzelne Rechtsbereiche spezialisiert. Infolgedessen können im Gegensatz zu den USA nur spezialisierte Juristen in Europa Verfassungsrichter werden, und egal wie berühmt ein Professor vor seiner Wahl gewesen sein mag, dies gibt ihm Entscheidungskompetenz nur in einem engen Rechtsbereich. Somit ist der amtierende europäische Verfassungsrichter zwangsläufig nur unerfahrene Anfänger und obwohl er am nächsten Tag gleichberechtigt innerhalb dem Richterkollegium entscheiden muss. Auf diese Weise hat er noch eine Aufgabe vor sich, um von einem spezialisierten Rechtsprofessor, oder Anwalt bzw. ordentlichen Richter zu einem generalisten Verfassungsrichter zu werden, um an der Entscheidungsfindung tatsächlich teilnehmen zu können.

Dazu kommt noch, dass in den europäischen Verfassungsgerichten im Gegensatz zu den obersten US-Richtern, die sich hauptsächlich mit Verfassungsgerichtsbarkeit befassen, ein System der ständigen Mitarbeiter zur Vorbereitung der Gerichtsentscheidungen entwickelt haben, um auf neu gewählte Verfassungsrichter mit langjähriger Erfahrung zu warten.²³ Mit

²³ In den Vereinigten Staaten ist es seit Anfang des 20. Jahrhunderts üblich, dass Richter an den Obersten Gerichten drei oder vier Studenten der Rechtsfakultäten renommierter Universitäten als *law clerk* mit einem Einjahresvertrag einstellen. Dies hat sich in den europäischen Verfassungsgerichten nach dem Vorbild der Deutschen verändert, indem hier jüngeren ordentlichen Richter oder andere Juristen anstelle von Jurastudenten eingestellt werden, die jedoch über umfangreiche Erfahrungen verfügen, und zwar nicht für ein Jahr,

langjähriger Analyse der ausgearbeiteten Entwürfe sind diese Mitarbeiter bereits in die Rolle der generalistischen Verfassungsgerichtsbarkeit mehr oder weniger hineingewaschen. Der vorgenannte Mangel an neu gewählten Verfassungsrichtern wird somit durch die Tatsache ergänzt, dass das empfangende ständige Personal die Arbeit des Verfassungsrichters problemlos ausführen kann. Infolgedessen ist es eine natürliche Entwicklung, dass der gelehrte Verfassungsrichter in den ersten Monaten von seinen Mitarbeitern bevormundet wird und er lediglich als Postbote der Positionen und Meinungen seiner Mitarbeiter in den Plenarsitzungen fungiert, sofern die Fälle nicht in den engeren Rechtszweig fallen, mit dem er sonst vertraut ist. Dies kann jedoch nur eine zehn- bis fünfzehnprozentige Chance in Bezug auf ein vollständiges Repertoire an Verfassungsgerichtsentscheidungen haben, aber im Falle eines Rechtshistorikers oder eines Spezialisten für peripheres Recht noch weniger.

Unter diesen beiden Umständen müssen die neuen Verfassungsrichter am Anfang der Positionsbesetzung ihrerseits entscheiden, wie sie vorgehen sollen und welche Art von Verfassungsrichtersrolle erwerben wollen. Der neu gewählte Verfassungsrichter kann abhängig von seinem Alter (normalerweise der neue Verfassungsrichter im Alter von etwa fünfzig bis sechzig Jahren) und seiner Persönlichkeit beschließen, dass er für immer auf seine Mitarbeiter verlässt und er über Angelegenheiten seiner eigenen engen Rechtssphäre hinaus nur ihre Meinungen in den Plenarsitzungen vertreten wird. Gelegentlich kann diese Haltung mit Fällen verwechselt werden, in denen er von ihren Mitarbeitern keine feste Position erhalten hat, oder einfach mit den Ansichten anderer Verfassungsrichter einverstanden ist und er schließt sich ihrer Position an. Aufgrund solcher Anschlüsse können zu

sondern für einen längeren Zeitraum. Dann werden die neuen Verfassungsrichter von diesen erfahrenen wissenschaftlichen Mitarbeitern empfangen und meistens für die verfassungsgerichtlichen Aufgaben trainiert werden, und manchmal wird von diesen Mitarbeitern auch die Entscheidungsarbeit der neuen Verfassungsrichter für einen längeren Zeitraum erledigt. Für die deutsche Praxis in diesem Bereich siehe: Uwe Kranenpohl, *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses: Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts* (Berlin: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2010), 106–108.

dauerhafter Bildung kleiner Abstimmungsgruppen mit einem Meinungsführer und zwei oder drei ihn folgenden Verfassungsrichtern innerhalb der Plenarsitzung kommen.

Das genaue Gegenteil dieses Rollenkonzepts ist, wenn ein spezialisierter Jurist nach Wahl zum Verfassungsrichter während wenigen Monaten oder sogar einem oder zwei Jahren hart daran arbeitet, ein generalistischer Verfassungsrichter zu werden, je nachdem, wie eng er zu einem Spezialisten auf seinem Gebiet früher geworden ist. Dies bedeutet, dass er seine Mitarbeiter größtenteils nur in die Ausarbeitung der Entscheidungsentwürfe als Berichterstatter einbezieht, aber von anderen Kollegen erstellte Entwürfe analysiert er selbst, ganz egal wie weit entfernt diese Entwürfe von dem speziellen Rechtsbereich, den er ursprünglich kannte, sind. Nach meiner Erfahrung kann dieses Hinaufwachsen in die Rolle des generalistischen Verfassungsrichters weitgehend in einem Jahr erreicht werden und dann in einem weiteren Jahr noch verbessert werden. Es ist wahr, dass die Reihe von Jahren danach dies einfacher macht, und was ein Verfassungsrichter mit einer solchen generalistischen Absicht in den ersten Jahren mit wöchentlichem Lesen und Analysieren erreichen könnte, kann dies in ein oder zwei Tagen und sogar auf einer höheren Ebene tun.

Abgesehen von diesen polar unterschiedlichen Rollenkonzepten (nennen wir sie souveräne versus meinungsübertagende Rollen von Verfassungsrichtern) besteht eine mittlere und häufige Rollenkonzeption darin, dass ein neuer Verfassungsrichter, der sich auf ein enges Rechtsgebiet spezialisiert hat, den Umfang der engen Rechtsgebiet mit einigen anderen Rechtsgebieten erweitert, wo er seine inhaltliche Positionen selbst ausgestalten will, und nur den Rest seinen Mitarbeitern überlässt. Da die oben genannten Umstände in allen europäischen Verfassungsgerichten bestehen, wenn auch auf unterschiedliche Weise, ist dies ein allgemeiner Charakter des Entscheidungsgremiums der Verfassungsgerichte, das aus unterschiedlichen verfassungsrichterlichen Rollen besteht. Aufgrund meiner eigenen Erfahrungen und Informationen schätze ich, dass von den bisherigen 40 ungarischen Verfassungsrichtern etwa 12 bis 15 souverän

waren, 16 bis 18 Verfassungsrichter mit teilweise erweiterter Kompetenz in breiteren Bereichen sich tätigen konnten und 8 bis 10, die im Wesentlichen Meinungsvermittler ihrer Mitarbeiter waren und wenn die Mitarbeiter keine markante Positionen hatten, waren sie lediglich Meinungsanschießer anderer Verfassungsrichter. Indem wir eine Typologie der Rolle von Verfassungsrichtern im Entscheidungsprozess bereitstellen, können wir über die Rolle von Meinungssouveränität, Teilmeinungssouveränität, Meinungsübertrager und Meinungsanschießer in den jeweiligen Verfassungsgerichten sprechen.

Daraus folgt, dass sich das Gremium des Verfassungsgerichts in den einzelnen Ländern aus Verfassungsrichtern zusammensetzt, die in völlig unterschiedlichen Rollen tätig sind, was wichtige Auswirkungen auf die Schaffung von Präzedenzentscheidungen und deren späteres Schicksal hat. Von entscheidender Bedeutung für den Präzedenzentscheidungen ist die seit langem etablierte These, dass die Mitarbeiter weniger autonom als die gewählten Richter sind, und daher, wenn das tatsächliche Gewicht der Entscheidung auf sie verschoben werden, sie sich eher an einmal festgelegte Präzedenzfälle halten und ein Umdenken früherer Präzedenzfälle weitgehend ausgeschlossen ist.²⁴ Die Erfahrung in Ungarn auch zeigt, dass nachdem sich der Verfassungstext selbst nach der Festlegung der alten Präzedenzfälle deutlich geändert hat, geben die Mehrheit des Gremiums und das dahinter stehender 45-köpfiger Mitarbeiterstab nur durch großen argumentierenden Kampf die in den alten Präzedenzfällen dargelegten Argumente auf. Dies kann in Kombination mit anderen Zusammenhängen dazu führen, dass die Entscheidungsfindung von den schriftlichen Verfassungsbestimmungen zu den dauerhaft festgelegten

²⁴ Siehe die Beobachtung des amerikanischen Richters, Justice Posner: „But what one expects (...) if most judicial opinions are written largely by law clerks (as they are), who are inveterate legalists because they lack the experience, confidence or «voice» to write a legislative opinion of the kind that judges like Holmes, Cardozo, Hand, Jackson, Traynor, or Friendly wrote. The delegation of judicial opinions writing to law clerks may explain the decline in the number of judges whom anyone would be inclined to call «great».“ Richard A. Posner, „Realism about Judges“, *Northwestern University Law Review* 105, Nr. 2 (2011), 583.

Präzedenzfällen übergeht, die insgesamt als *Pseudokonstitution* fungieren und die schriftliche Verfassung durch diese Pseudokonstitution unterdrückt wird.²⁵ In dieser Situation kann der neu gewählte Verfassungsrichter vergeblich mit großer Entschlossenheit zum Gremium kommen, um die verfassungsmäßige Loyalität des Verfassungsgerichts wiederherzustellen, und doch wird er nicht in der Lage sein, seine eigenen Mitarbeiter, die er von seinem Vorgänger geerbt hat, sich seiner eigenen Richtung zuzuwenden. Und wenn dies gelingt, können seine eigenen Entscheidungsentwürfe als Berichterstatter routinemäßig keine Mehrheitsunterstützung sicherstellen, nur weil sie von den Präzedenzfällen abweichen und es praktisch unmöglich ist, eine Mehrheit zu erreichen. Wenn solch ein neuer und entschlossener Verfassungsrichter die Argumentationsformeln etablierter Präzedenzfälle in Körpersdebatten über Entwürfe anderer ändern will, dann als ob er an die Wand käme, konfrontiert er sich mit dem Argument, dass „wir diese Formel nicht verwenden!“. Eine weitere Folge der unterschiedlichen Rollen der Verfassungsrichter für die Gremiumsdebatte besteht darin, dass weil nur ein Teil der Richter für ihre Meinungen und Positionen die tatsächliche Verantwortung hat, und die Richter mit Meinungsüberträger-Rolle nur formell in die Debatte einbezogen werden, können echte Diskussionen nur selten verwirklicht werden.²⁶ Auf diese Weise wird es verursacht, die einmal etablierte Präzedenzfälle unverändert zu bleiben.

²⁵ Mit einer positiven Bewertung wurde von *László Sólyom*, dem ersten Präsident des ungarischen Verfassungsgerichts diese Entwicklung stolz als „unsichtbare Verfassung“ bezeichnet, und meiner Erfahrung nach ist sie innerhalb dem Verfassungsgericht von Ungarn trotz aller gegenteiligen Aussagen unbestritten geblieben.

²⁶ Es ist anzumerken, dass in Ungarn und einer Reihe von europäischen Verfassungsgerichten die tatsächliche Entscheidungsarbeit der Verfassungsrichter spontan aufgrund der oben genannten Umstände auf die ständigen wissenschaftlichen Mitarbeiter übertragen wird und diese als Quasi-Ersatz-Verfassungsrichter fungieren. In einigen Ländern erfolgt dies jedoch formell, und einige Ersatz-Verfassungsrichter wurden offiziell ernannt, von denen weitgehend die tatsächlichen Entscheidungen getroffen werden. Diese Situation ist am weitesten verbreitet beim türkischen Verfassungsgericht und in geringerem Maße bei rumänischen Verfassungsrichtern, während im Fall der Kroaten dies von der Regel gezeigt wird, dass der wissenschaftlichen Mitarbeiter des Berichterstatters offiziell an der Beratung des Verfassungsgerichts teilnehmen kann. Es wird davon möglich gemacht, die neue Verfassungsrichter für immer unerfahren bleiben zu können.

Dies waren daher strukturelle Fragen in Bezug auf die Präzedenzschicht des konstitutionellen Rechts, und nun zu den internen, inhaltlichen Fragen kann Folgendes hervorgehoben werden. Eine solche inhaltliche Frage ist es, inwieweit die von den einzelnen Verfassungsgerichten entwickelten Entscheidungsstile den Bestimmungen des Verfassungstextes textlich treu geworden sind, oder ob sie nur die allgemeinsten Erklärungen als textbasiert betrachten und ihre Offenheit benutzen sie dazu, immer neue und neue Grundrechte zu entwickeln. In dem letzteren Fall wird im Wesentlichen eine neue Verfassung anstelle der ursprünglichen Verfassung geschaffen. Es ist wichtig zu betonen, dass nicht nur einmal etablierte Präzedenzfälle aus den oben genannten Gründen in der Praxis der europäischen Verfassungsgerichte fast ewig und kaum veränderbar werden können, sondern vor allem gilt es im Fall des einst etablierten Entscheidungsstils. Aus dem einfachen Grund, dass eine darüber liegende Disposition ein bewusstes und kritisches Verständnis voraussetzt, und mangels dieser Disposition steht der Entscheidungsstil selbst als unsichtbare Wand vor Absichten zur Veränderung im Wege. Der Entscheidungsstil selbst kann nicht durch eine verfassungsgerichtliche Entscheidung vorgeladen und kritisiert werden, sondern wie eine unsichtbare Kriechpflanze einfach da ist und stellt eine Grenze dar. Nach meiner Erfahrung haben sich die meisten neuen Verfassungsrichter in Ungarn – wie es normalerweise bei europäischen Verfassungsrichtern aufgrund ihrer Rechtskenntnisse in anderen Bereichen der Fall ist – nicht systematisch und kritisch mit verfassungsgerichtlichen Entscheidungen früher befasst, und so konnten sie sich nach ihrer Wahl nur an den bereits etablierten Entscheidungsstil anpassen, ohne erkennen zu können, dass es im Vergleich dazu alternative Entscheidungsstile gibt.

Es gibt jedoch große Unterschiede im Entscheidungsstil der europäischen Verfassungsgerichte und zusammenfassend kann gesagt werden, dass einerseits es gibt die Entscheidungsstil, der am freiesten vom Verfassungstext abweicht und anstelle der Verfassung aus der allgemeinen Erklärungen und Verfassungsgrundsätzen eine neue Verfassung ausgearbeitet wird. Dieser Entscheidungsstil wurde von den deutschen

Verfassungsrichtern an den späten 1950er Jahren entwickelt und er wurde von den spanischen, litauischen und ungarischen Verfassungsgerichten nach und nach übernommen. Im Gegensatz dazu sind kroatische, slowenische und rumänische Verfassungsrichter stärker an den Verfassungstext und seine Bestimmungen gebunden.²⁷

Die nächste Frage ist, inwieweit einzelne Verfassungsgerichte ihre späteren Entscheidungen auf ihre früheren Präzedenzfälle stützen, oder sich dagegen in erster Linie auf schriftliche Verfassungsbestimmungen stützen. Es ist auch wichtig, den Unterschied zwischen den einzelnen Verfassungsgerichten dahingehend hervorzuheben, dass die verstärkte Konzentration auf das eigene Fallrecht mit der Tatsache einhergeht, dass Verfassungsbestimmungen in den Hintergrund der Argumentation treten oder nicht. Dies wäre nicht notwendig, und zusätzlich zu den zahlreichen Zitaten aus den Präzedenzfällen könnte im Prinzip die parallele Einbeziehung von Verfassungsbestimmungen in die Begründung und die Grundlage für Entscheidungen bestehen bleiben. In der ungarischen Praxis kann zum Beispiel beobachtet werden, dass durch die formelle Berufung auf die einschlägige Verfassungsbestimmung im ersten Teil der Begründung der Entscheidungen diese sofort aufgehoben und nicht mehr tatsächlich in die Begründung einbezogen werden. Auf diese Weise wird in der Begründung der Entscheidung fast ausschließlich die Harmonie oder der Konflikt der geprüften gesetzlichen Bestimmung mit dem Fallrecht und nicht mit den tatsächlichen Verfassungsbestimmungen erörtert. In der Begründung wird höchstens ein Satz allgemein erwähnt, ob eine umstrittene gesetzliche Bestimmung verfassungswidrig oder verfassungsgemäß ist, aber fast nie wird eine bestimmte Bestimmung der Verfassung analysiert, um dieses Problem zu bestimmen. Die Analyse des Entscheidungsstils der Verfassungsgerichte in den europäischen Ländern zeigt, dass wenn in einem

²⁷ Für weitere Einzelheiten siehe Pokol, „Alkotmánybíróvági döntési stílusok Európában“ und Téglási András und T Kovács Júlia, „Alkotmánybíráskodás visegrádi szomszédainknál: Áttekintés a cseh, a lengyel és a szlovák alkotmánybíróvági kialakulásáról“, *Pro Bono Publico – Magyar Közigazgatás* 3, Nr. 1 (2015), 90–104.

Gericht die Abnahme der Einberufung seiner eigenen Rechtsprechung beobachtet werden kann, wird parallel dazu die Vorladung der schriftlichen Verfassungsbestimmungen gestärkt und umgekehrt. Auf diese Weise ist die Verwendung der Bestimmungen der Verfassung zur Rechtfertigung der Entscheidungen des Verfassungsgerichts bei den Polen stärker als bei den Ungarn, aber bei den Tschechen ist noch stärker als bei den Polen. Dies liegt daran, dass die Tschechen zusätzlich zu ihren früheren Präzedenzfallentscheidungen auch die verschiedenen Bestimmungen ihrer Verfassung im Wortlaut analysieren. Die Kroaten, die am wenigsten auf die früheren verfassungsgerichtlichen Entscheidungen angewiesen sind, zeichnen sich auch dadurch aus, dass sie in erster Linie den spezifischen Verfassungstext analysieren, um ihre Entscheidungen zu rechtfertigen, aber sie erreichen nicht die gleiche Intensität in dieser Hinsicht wie die Slowenen.

Im Bezug auf die Einbeziehung von Fallrecht in den Entscheidungsprozess kann in absteigender Reihenfolge die ungarisch-polnisch-tschechisch-slowenisch-kroatischen Linie in Mittel- und Osteuropa behauptet werden, und die rumänische Entscheidungsmuster kann ähnlich wie das slowenische vor das kroatische gestellt werden. Die Präzedenzentscheidungen werden von den rumänischen Verfassungsrichtern nur vorsichtig erwähnt und nur diejenigen, die durch den Gegenstand der Entscheidung relevant gemacht wurden. Textzitate von dem Fallrecht sind unter ihnen selten, und nur wenige wichtige Zeilen werden übernommen, aber die meisten von ihnen enthalten nur die Essenz der alten Argumentation von Präzedenzentscheidung.²⁸ In meiner vorherigen empirischen Entscheidungsanalyse fand ich in den Begründungen der Entscheidungen der rumänischen Verfassungsgerichts kein einziges kettenartiges Zitat für mehrere, sich wiederholende Präzedenzentscheidungen, wie es die allgemeine Regel zum Beispiel für die litauischen, spanischen und ungarischen verfassungsgerichtlichen Entscheidungen ist.

²⁸ Siehe meine früher bereits zitierte Studie: Pokol, „Alkotmánybírószági döntési stílusok“, 122–124.

Die Alternative zur Überbetonung des Fallrechts ist im Allgemeinen die massive Einbeziehung spezifischer Verfassungsbestimmungen in die Rechtfertigung von Entscheidungen, und auch hier stehen die Rumänen den Slowenen nahe. Die rumänischen Verfassungsrichter gehen fast immer direkt vom Wortlaut der Verfassungsbestimmungen aus, und nachdem sie wörtlich vorgeladen wurden, wird der Text interpretiert und dann direkt mit der Bedeutung der angefochtenen gesetzlichen Bestimmungen verglichen. Es kann gesagt werden, dass sich die Praxis des rumänischen Verfassungsgerichts formal nicht von der rechtlichen Begründung der ordentlichen Gerichte in Ungarn unterscheidet und sich direkt aus dem Text der einschlägigen (Verfassungs-)Bestimmung ergibt. Um dem sofort entgegenzutreten, durchbricht der ungarische Verfassungsgerichtsstil, der dem Verfassungsgerichtsstil der deutschen Verfassungsrichter folgt, die Grenzen der gewöhnlichen Rechtsauslegung vollständig, und im eigentlichen Begründungstext wird der spezifische Text der Verfassung nicht mehr erwähnt. In Ungarn erscheinen die Präzedenzentscheidungen und nicht die tatsächlichen Verfassungsbestimmungen als Entscheidungsgrundlage.

1.3. Die Fragen der Verfassungsdogmatik

Konstitutionelle Grundrechte, die hierarchisch über einfache Gesetze und Verordnungen liegen, schützten ursprünglich die Bürger vor dem Staat und seiner Gesetzgebung, wenn ihre Gesetze und Verordnungen gelegentlich unter Verletzung der Grundrechte der Bürger ausgestaltet wurden, so wie die Menschenrechte diese Funktion nach den Ideen der Aufklärung wahrnahmen. Der Einfluss der Grundrechte auf einfache Rechtsakte und ihre Rechtsdogmatik begann in den Vereinigten Staaten, insbesondere mit dem berühmten *Lochner*-Urteil von 1905, dem damals ausschließlichen Ort der Verfassungsgerichtsbarkeit, durch die Annullierung eines neuen Gesetzes im Bundesstaat New York durch Federal Supreme Court, weil die Court es als Verstoß gegen den verfassungsmäßigen Schutz des Eigentums und

den Grundsatz der Vertragsfreiheit betrachteten. Hier war der Staat die eine der Prozessparteien, vor dem die Privatpersonen geschützt werden sollten. Dieser indirekte Einfluss nahm mit den Deutschen in den 1950er Jahren zu, als oberste Arbeitsrichter einen ansonsten ordnungsgemäßen Arbeitsvertrag zwischen zwei Privatpersonen auf der Grundlage der direkten Wirkung der Verfassung und ihres Status als Rechtsquelle über einfache Gesetze annullierte. Obwohl die deutschen Verfassungsrichter 1958 dies abschwächten, und eine einfache gesetzliche Bestimmung in den privatrechtlichen Beziehungen von einem ordentlichen Richter nicht mehr aufgehoben werden konnte, wurde ein indirekter Einfluss der Grundrechte in dem Privatrecht anerkannt. Es wurde festgestellt, dass die Offenheit der Bestimmungen des angewandten ordentlichen Rechts im Lichte der Verfassungsprinzipien und Grundrechte ausgelegt werden sollte, und nur wenn es dem einschlägigen Grundrecht entspricht, wird die Gerichtsentscheidung verfassungsgemäß sein. Wenn es keine Offenheit gibt, hat der Richter jedoch den Verdacht der Verfassungswidrigkeit der im vorliegenden Fall angewandten Rechtsregel, dann kann der Richter sein Verfahren aussetzen und das Verfassungsgericht auffordern, eine verfassungsgerichtliche Überprüfung durchzuführen, dies jedoch nicht selbst aufheben.

Mit dieser Wende begann die indirekte Auswirkung der Grundrechte auf das Privatrecht in Deutschland, und diese indirekte Anwendung der Grundrechte zwischen Einzelpersonen wurde nach ihrer Gründung schrittweise von den Verfassungsgerichten mehrerer Länder übernommen. So wurde dieser indirekte horizontale Effekt im Verhältnis der verfassungsmäßigen Grundrechte zwischen privaten Parteien von dem damals schon existierenden italienischen Verfassungsgericht akzeptiert, und dies wurde später sowohl vom spanischen als auch vom portugiesischen Verfassungsgericht übernommen. Im Gegensatz dazu haben die Iren, bei denen die Verfassungsgerichtsbarkeit von gewöhnlichen Obersten Richtern ausgeübt wird, die direkte Wirkung angenommen. Wenn die indirekte Grundrechtswirkung jedoch in Deutschland formell angenommen wurde, wurde sie später so weit ausgedehnt, dass sie tatsächlich mit der direkten Wirkung

zusammenfiel. Wie Mattias Kumm in einem Artikel aus dem Jahr 2006 schrieb, hätte eine Verfassungsänderung, die von nun an eine direkte Anwendung der Verfassungsgrundrechte erfordern würde, tatsächlich keine Wirkung, da sie tatsächlich bereits heute besteht.²⁹

Die deutschen Verfassungsrichter verwendeten verschiedene Formeln, um die Verfassungsgrundrechte im Privatrecht zu beeinflussen, und diese ermöglichten in unterschiedlichem Maße die grundrechtliche Durchdringung der einzelnen Rechtszweige des Rechtssystems. Eine der Formeln betont die Ausstrahlwirkung der Grundrechte, die hier durch die offenen Normen und Grundsätze jeder Rechtsvorschrift eindringen können. Typischerweise ist ein derart extrem offenes Recht im Privatrecht das Prinzip von *Treu und Glauben*, aber es gibt in allen Rechtsbereichen Prinzipien mit offener Natur, und die Wirkung könnte durch sie entstanden sein. Eine andere Formel hat jedoch die Möglichkeit von Übertragbarkeit eröffnet, da sie die Grundrechte als eine objektive Ordnung von Werten angesehen hat, die nicht eingeschränkt werden können, und daher eine größere Chance hat, irgendwohin gezogen zu werden. Das breite Konzept des objektiven Wertes kann dann jedes in der Verfassung genannte Verfassungsprinzip und jede verfassungsrechtlich geschützte Institution über die Grundrechte hinaus verallgemeinern und sie als Verfassungswerte gegenüber den Bestimmungen einfacher Gesetze, sei es strafrechtlich oder verfahrensrechtlich, zur Rechenschaft ziehen.

Was treibt die verfassungsgerichtliche Eroberung traditioneller Rechtszweige weiter an? Die rechtsvergleichenden Analyse zeigen, dass dies nicht in jedem Land und in jedem Rechtsbereich auf die gleiche Weise geschieht. Zum Beispiel gab es bei den Deutschen eine große Konstitutionalisierung im Bezug auf das Strafrecht und privates Verfassungsrecht, während es in Ungarn nur für das Strafrecht ausgeprägter war. Im Bereich des Arbeitsrechts hatten auch die Deutschen eine Verschiebung in diese Richtung, und

²⁹ Siehe: Mattias Kumm, „Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law“, *German Law Journal* 7, Nr. 4 (2006), 341–369.

in den USA gab es eine große Debatte über die Konstitutionalisierung des Arbeitsrechts unter Rechtsprofessoren. Die Konstitutionalisierung eines Rechtszweigs bedeutet eine Änderung in drei Richtungen. Wenn dies einerseits auf der Ebene des Verfassungsgerichts eines bestimmten Landes geschieht und die normativen Argumente der Verfassungsgerichtsbarkeit die wichtigsten Normen für einen bestimmten Rechtszweig darstellen, nimmt dies die freie Formbarkeit der Regeln dieses Rechtszweigs vom Ermessen des ordentlichen Gesetzgebers weg. Andererseits können die Entscheidungen des Verfassungsgerichts bei den allgemein definierten Rechtsnormen eines bestimmten Rechtszweigs auch das Ermessen des Richters in bestimmte Richtungen lenken. Diese zweite Möglichkeit besteht darin, dass nicht die Verfassungsrichter selbst den ordentlichen Gerichten diesen Anreiz mitteilen, sondern dass einige Universitätsprofessoren in den einzelnen Rechtszweigen selbst zu konstitutionalisierten Überlegungen übergehen, weil sie glauben, dass dies ihrem rechtpolitischen Zweck besser dienen wird. Dies stellt wiederum den dritten Strang der Konstitutionalisierung neben der verfassungsgerichtlichen Einwirkung auf die Gesetzgebung und die gerichtliche Anwendung dar. Dies zielt auf die Rechtsdogmatik eines bestimmten Rechtszweigs ab und stellt anstelle der traditionellen Dogmatik solche normative Konzepte, Tests und Standards, die aus verfassungsrechtlichen Werten abgeleitet sind, sowohl vor die vom Gesetzgeber geschaffenen Rechtsnormen als auch bei der richterlichen Auslegung. Diese freiwillige Konstitutionalisierung durch Universitätsprofessoren (d. h. die Art ohne die Kraft verfassungsgerichtlicher Entscheidungen) hängt jedoch davon ab, ob die Zusammensetzung der Mehrheit des Verfassungsgerichts in einem bestimmten Land wahrscheinlich der von Universitätsprofessoren befürworteten Gesetzesänderung oder konstitutionelle Rechtsauslegung folgt. Als Universitätsprofessor lohnt es sich nicht, ohne die Unterstützung der Entscheidungsmehrheit der Verfassungsrichter die „verfassungsblinden“, „ungehorsamen“ Richter mit prophetischen Flüchen zu verurteilen, wenn diese nicht den konstitutionalisierten Auslegungsvorschläge der Professoren folgen. Dann lohnt es sich, einen anderen Weg zu finden und zu

versuchen, sich auf den politischen Gesetzgebungsprozess zu verlassen, um die gewünschten rechtspolitischen Veränderungen in einem Rechtszweig verwirklichen zu können. Wie *Ian Holloway* über das US-Arbeitsrecht schreibt, ist es nach seinem gescheiterten Weg der Konstitutionalisierung notwendig, sich von dem vergeblich experimentierten Weg der Konstitutionalisierung zu entfernen, sobald die amerikanische Gesellschaft so strukturiert ist, dass sich der politischen Weg zur Erreichung der gewünschten Ziele der Gesetzesänderung als angemessener erweist: „Rather, it will focus on whether the experience of other nations supports the argument that the constitutionalization of labor law in the United States would be desirable or whether there is something in the nature of American society which suggests that caution is advisable in viewing the Constitution as the preferred vehicle for normative change in labor law.“³⁰ Eine solche aufrichtige Selbstoffenbarung findet sich selten in den konstitutionalisierenden Bestrebungen der traditioneller Rechtszweige in verschiedenen Ländern, ist aber offensichtlich eine der Hauptantriebskräfte. Daneben gibt es noch die internen Ambitionen einiger Verfassungsrichter, die, wenn sie als einfacher Rechtsprofessor ihren ursprünglichen Rechtszweig nicht beeinflussen konnten, zumindest jetzt versuchen, mit ihren Ansichten als Verfassungsrichter zu triumphieren. Was durch den traditionellen Weg der politischen Gesetzgebung nicht geht oder wegen des Widerstands dominanter Professoren der traditionellen Dogmatik in einem bestimmten Rechtszweig nicht erreichbar ist, kann in dem alternativen Weg der Konstitutionalisierung dieses Rechtszweigs verwirklicht werden, zumindest wenn der Mehrheit der Richter im Verfassungsgericht vertraut werden kann. Mit anderen Worten, was *Ran Hirschl* bereits in Bezug auf die politische Taktik der legislativen Mehrheit analysierte – vor dem Zusammenbruch der parlamentarischen Mehrheit als endgültige Fluchtstrategie die Machkompetenz an die Obersten Richter übertragen –, kann auf andere spezifische Weise als analytische Hilfe verwendet werden.

³⁰ Ian Holloway, „The Constitutionalization of Employment Rights: A Comparative View“, *Berkeley Journal of Employment and Labor Law* 14, Nr. 1 (1993), 115.

2. Zu den Fragen der Schichten des ungarischen konstitutionellen Rechts

In Bezug auf die Analyse von Ungarn kehre ich die Reihenfolge im Vergleich zu der ersteren um, und nach der Schicht von Verfassungstext skizziere ich zunächst die Fragen der Verfassungsdogmatik und dann des verfassungsgerichtlichen Fallrechts.

2.1. Die Merkmale der Textebene des ungarischen konstitutionellen Rechts

Die Verfassung, das 2012 in Kraft getreten ist, sollte in seiner Textebene einerseits zwischen der Präambel und der eigentlichen Verfassungstext differenziert werden und andererseits zwischen dem zweiten Teil der Verfassung mit dem Titel Freiheit und Verantwortung, der Grundrechte enthält, aber auch eine Reihe feierlichen Erklärungen, die normalerweise in der Präambel sind, und den abschließenden Teile der Verfassung, die mit detaillierteren Normen den Rahmen des Staates und der wichtigsten Organe regeln. Die Präambel mit Titel „Nationale Glaubensbekenntnis“ wird von der Verfassung selbst hierarchisch sehr hoch bewertet, da ihr Artikel R) die Auslegung des gesamten Verfassung in Übereinstimmung mit dem nationalen Glaubensbekenntnis vorschreibt. Somit werden von diesen normativen offenen Erklärungen die Offenheit der gesamten Verfassungsregelung erhöht und die Auslegungsfreiheit des Verfassungsgerichts wurde dadurch erweitert. Diese Auslegungsfreiheit wird durch die Tatsache weiter erhöht, dass Artikel R) auch eine Auslegung gemäß den Errungenschaften der historischen Verfassung erfordert, und weil diese Errungenschaften nirgends definiert sind, ist ihre Bestimmung die zukünftige Aufgabe der Verfassungsrichter selbst.

Indem die vorliegende Analyse auf die strukturellen Merkmale der Textebene beschränkt wird, genügt es, im Wesentlichen darauf hinzuweisen,

dass sich die 26 Erklärungen des Nationalen Glaubensbekenntnisses der Präambel weitgehend auf die Erhaltung des nationalen und christlichen Kulturerbes konzentrieren, indem sie zu dem Schluss kommen, dass „die Ordnung unseres Landes auf nationaler Zusammenarbeit beruht“. Diese Erklärung der Beschränkungen des Individualismus wird dann durch Artikel O) der Verfassung ergänzt, unter anderem in Bezug auf die Auslegung der Grundrechte, in dem es heißt: „Jeder ist für seine eigene Fähigkeit verantwortlich, zu öffentlichen und gemeinschaftlichen Aufgaben beizutragen.“

Die Verfassungstext versucht, sich und ihre Änderungen gegen die Überprüfung des Verfassungsgerichts zu verteidigen, indem in Artikel 24 Absatz 5 ausdrücklich festgelegt wird, dass eine solche Überprüfung nur im Hinblick auf „die in der Verfassung enthaltenen Verfahrensanforderungen für ihre Schaffung und Veröffentlichung“ möglich ist. Diese Bestimmung wurde durch die 4. Verfassungsänderung in den Text des Verfassung aufgenommen, als die Mehrheit der Verfassungsrichter ihre Bereitschaft bekundete, den Forderungen einiger inländischen Verfassungsprofessoren nachzukommen, und sie die Verfassungsänderungen ihrer Überprüfung unterwerfen. Aufgrund der losen Bindung an den Verfassungstext, die bisher im Entscheidungsstil des innerstaatlichen Verfassungsgerichts entwickelt wurde, sollte jedoch angemerkt werden, dass die bisherige Erfahrung keinen vollständigen Schutz für die Verfassung in bestimmter innen- und außenpolitischer Konstellationen garantiert, da es keine übergeordnete Autorität über die Mehrheit im Verfassungsgericht gibt und auf diese Weise kann eine entgegengesetzte Entscheidung nicht verhindert werden. Sogar kann diese restriktive Bestimmung die Rechtfertigung für die Überprüfung sein, behauptend, dass die Verfassung selbst die Überprüfung in einer Hinsicht schon ausdrücklich zugelassen hat. („Weil die Verfassung selbst die Verfassungsrichter ausdrücklich ermächtigt hat, seine Änderungen zu überprüfen!“) Die Tatsache, dass es nicht nur eine Illusion ist anzunehmen, von der ausdrücklichen Bestimmung des Verfassungsgesetzes in diesem Bereich abzuweichen, zeigt auch, dass obwohl die vierte Änderung des Verfassung zwar die Aufhebung des

Fallrechts des Verfassungsgerichts – geschaffen aufgrund der früheren Verfassung – vorsah, folgte die Mehrheit des Verfassungsgerichts diesem Verbot nicht, und dieses Fallrecht wird in den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen auch in diesen Tagen benutzt. Trotz der ausdrücklichen Bestimmung entscheidet die Mehrheit des Verfassungsgerichts in den Entscheidungen 22/2012 und 13/2013, sich auf die früheren Entscheidungen des Verfassungsgerichts zu stützen, die durch die Verfassung aufgehoben wurden.

Der ungarische Verfassungstext ist eine der seltenen Ausnahmen, die Regeln für seine Auslegung vorschreiben, und dies war darauf zurückzuführen, dass die erste Mehrheit der Verfassungsgerichts, die seine Tätigkeit 1990 begann, in dem Maße von der schriftlichen Verfassung abwich, dass sie eigentlich ihre Entscheidungen gar nicht auf den Verfassungstext, sondern auf ihre eigene frühere Entscheidungen stützte. Obwohl diese Entscheidungsmethode von den deutschen Verfassungsrichtern übernommen wurde, wurde sie von den ungarischen Kollegen dahingehend weiterentwickelt, dass sie manchmal als das meist aktivistische Verfassungsgericht der Welt in der einschlägigen internationalen Literatur dargestellt wurde.³¹

Die Verfassung von Ungarn enthält zwei miteinander verbundene Auslegungsartikel, Artikel R Absatz 3 und Artikel 28. Ersteres wurde bereits erwähnt, während letzteres die teleologische Auslegung des Gesetzes an die erste Stelle der gerichtlichen Auslegung stellt und es wird noch hinzugefügt, dass die Auslegung in Übereinstimmung mit der Verfassung implementiert werden soll. Es hört hier jedoch nicht auf und fügt hinzu, dass „die Auslegung der Verfassung und des Gesetzes auf der Annahme beruhen muss, dass sie einem moralischen und wirtschaftlichen Zweck dienen, der dem gesunden Menschenverstand entspricht.“ (Art. 28.)

³¹ Siehe Stephen Gardbaum: „If Hungary’s Constitutional Court was frequently viewed as the most activist in the world in the 1990s, that mantle passed to the South African court during the 2000s.“ [Stephen Gardbaum, „Are Strong Constitutional Court Always a Good Thing for New Democracies?“, *Columbia Journal of Transnational Law* 53, Nr. 285 (2015), 297.]

Während der Verfassungsautor beabsichtigte, die Richter durch die Vielzahl der obligatorischen Auslegung (aufgrund der Gesetzgebungszwecke, der Verfassung, des gesunden Menschenverstandes, der moralischen und wirtschaftlichen Zwecke) auf bestimmte Richtungen zu beschränken, ist es klar, dass von diesen bunten Auslegungsrichtungen in der endgültigen Wirkung verursacht werden, die tatsächliche Praxis der Auslegung der Verfassung und der einfachen Gesetze frei zu bleiben. Weniger hier wäre offensichtlich mehr gewesen.

Die siebte Änderung der ungarischen Verfassung setzte dann in Bezug auf die obligatorischen Auslegung aufgrund dem Gesetzeszweck an erster Stelle die Argumente und Gesichtspunkte in der Begründung des jeweiligen Gesetzes. Diese Vorschrift wurde aber in der Begründung zu dieser siebten Änderung sofort durch die Hinzufügung relativiert, dass „in der Auslegung die Argumente für die Begründung des Gesetzes, die Errungenschaften der historischen Verfassung oder die Ergebnisse der Rechtsprechung weiterhin angewendet werden“. Daher überließ es den Gerichten und letztendlich dem Verfassungsgericht, über die Hierarchie zwischen den wichtigsten Arten der Auslegung des Gesetzes zu entscheiden. An sich erfordert diese Offenheit der Verfassung – durch den entsprechenden erläuternden Begründungstext – keine zwingende Abkehr von der vorherigen Auslegungspraxis. Wenn sich das Verfassungsgericht jedoch auf den geänderten Verfassungstext konzentriert, anstatt seinem Begründungstext, kann es die Gesichtspunkte und Argumente der jeweiligen Gesetzesbegründung eher an die Spitze der Hierarchie der Rechtsauslegung setzen.

Es ist sicher möglich auszulegen, dass Artikel 28 indirekt die Auslegung der Gesetze durch andere Behörden außer den Gerichten betrifft, aber die Frage ist, wie das Verfassungsgericht selbst von der diesbezüglichen Anordnung nach Artikel 28 betroffen ist. Genau wie die gewöhnliche Gerichte? Oder ist es nur bei der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit einer Gerichtsentscheidung obligatorisch für die Verfassungsrichter, aber bei den anderen Arten der verfassungsgerichtlichen Verfahren (z. B. bei

der abstrakten Normenkontrolle) nicht mehr? Oder können sie die auf die Gesetzesbegründung basierte Gerichtsentscheidungen selbst dahingehend revidieren, dass die Gesetzesbegründung aufgrund eines Grundrechts aufgehoben werden sollte? Und wenn wir dies zunächst im Detail analysieren, taucht die oben erwähnte analytische Frage auf, wie die Regel in Artikel R) (3) der Verfassung für ordentliche Gerichte gilt? Während nach Artikel 28 das von den Gerichten angewandte Recht in Übereinstimmung mit der Verfassung auszulegen ist, besagt der Artikel R Absatz 3, dass diese Übereinstimmung mit der Verfassung erst besteht, wenn die gesamte Verfassung in Verbindung mit dem Nationalen Glaubensbekenntnis der Präambel ausgelegt wird.

Eine andere Frage ist, ob von den Beschwerdeführern die Überprüfung der richterlichen Auslegung nach Artikel 28 beantragt werden kann, oder dies erst von Verfassungsrichtern von Amts wegen möglich ist. Die Mehrheitsposition im ungarischen Verfassungsgericht beruhte bisher auf der Tatsache, dass, da Artikel 28 im Teil der Verfassung über Gerichte enthalten ist, es natürlich ist, dass sie in erster Linie die Adressaten dieses Artikels sind. Dies ist jedoch meines Erachtens kein richtiges rechtstheoretisches Argument, weil diese Vorschrift den Gerichten eine Verpflichtung auferlegt und wo es eine Verpflichtung gibt, müssen es auch die Rechteinhaber geben, und so ist der Umfang der Berechtigungsempfänger breiter als der der Verpflichtungskreis. Wo eine gesetzliche Verpflichtung besteht, gibt es immer gegnerische Rechteinhaber. Wenn also Artikel 28 der Verfassung eine bestimmte Methode der Gesetzesauslegung durch die Gerichte vorschreibt, werden alle natürliche und juristische Personen in eigenen Sachen berechtigt, gegen die Gerichtsentscheidung aufgrund dieser Vorschrift vor dem Verfassungsgericht Beschwerde einlegen. Mit anderen Worten, ich finde es unangemessen, dass die Mehrheit des ungarischen Verfassungsgerichts den Geltungsbereich des Adressaten auf den Geltungsbereich der Verpflichtung beschränkt, wodurch den Beschwerdeführer verboten wird, die gerichtlichen Auslegung der Gesetze in dieser Hinsicht anzufechten.

4.2. Die Anfänge der Dogmatik der konstitutionellen Rechtszweige in Ungarn

Die Verdoppelung jedes traditionellen Rechtszweigs als konstitutionelles Rechtszweig erfordert eine gesonderte detaillierte Analyse, daher werde ich im nächsten Abschnitt darauf eingehen, und die vorliegende Diskussion soll nur einen kurzen einleitenden Überblick geben.

4.2.1. Verfassungsstrafrecht

Die Ausweitung der traditionellen Rechtszweige auf Verfassungsgarantien erfolgte erstmal in Ungarn im Fall des Strafrechts, da der Kriminologe András Szabó als einer der ersten Verfassungsrichter dies in hohem Maße befürwortete, und er dafür die Entscheidungsmehrheit gewinnen konnte. Diese Anfänge wurden dann von einigen der jüngeren Strafrechtsprofessoren fortgeführt und allmählich bildete sich ein engerer Kreis von Strafrechtslehrer um das Verfassungsstrafrecht. Die Organisierung dieses Kreises wurde auch dadurch erleichtert, dass unter deutschen Strafrechtslehrer, die einen großen Einfluss auf die ungarischen Strafrechtler haben, die Idee des verfassungsmäßigen Strafrechts ebenfalls im Fokus stand (Man kann den Namen von *Claus Roxin* nennen, der in Ungarn ständig zitiert ist.) Aber die Verfechter des Verfassungsstrafrechts blieben auch nach der Jahrtausendwende unter den Verfassungsrichtern nicht unrepräsentiert, weil der Richter *Miklós Lévyay* als Kriminologe die Thesen weiterleitete sowohl als Berichterstatter in seinen Entscheidungsentwürfen als auch in seinen abweichenden Meinungen bis 2010. In den letzten Jahren haben die Verschiebung der Mehrheit des Verfassungsgerichts in Ungarn dazu geführt, dass in den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen der Begriff des Verfassungsstrafrechts weggeworden wurde und lediglich als ein einfaches Ensemble von strafrechtlichen Verfassungsgarantien benutzt wird, aber unter Strafrechtsprofessoren hat sich die

Verwendung des Ausdrucks des Verfassungsstrafrechts und die Anzahl der Analysen nicht verringert.

Die Ausweitung der strafrechtlichen Verfassungsgarantien auf die Idee des Verfassungsstrafrechts besteht darin, dass die Ultima-Ratio-Natur des Strafrechts zu einem verfassungsrechtlichen Erfordernis erhoben wird. Auf diese Weise wird dann als verfassungsrechtlicher Befehl proklamiert, dass ein rechtswidriger Umstand nur dann strafrechtlich geahndet werden kann, wenn das mildere Sanktionssystem der anderen Rechtszweige nicht ausreicht und wenn ja, ist eine solche strafrechtliche Regelung verfassungswidrig. Diese strafrechtliche These als verfassungsrechtlicher Befehl erscheint dann als Einschränkung der strafrechtlichen Staatsmacht, und auf dieser Grundlage kann von dem Verfassungsgericht im Prinzip alle strafrechtlichen Regelungen überprüft und annulliert werden, die nicht als Ultima-Ratio-kompatibel befunden wurden. Da dieses Prinzip jedoch nicht in der Verfassung von Ungarn enthalten ist – und im Allgemeinen in keiner Verfassung der Welt –, kann es als Verfassungsbefehl nur aus einem allgemeinen Verfassungsprinzip abgeleitet werden und diese Aufgabe wird meistens durch die Rechtsstaatlichkeit-Prinzip gelöst. Da es sich bei einigen Grundsätzen des Strafrechts um verfassungsrechtliche Garantien handelt, wie z. B. die Grundsätze *nullum crimen sine lege* und *nulla poena sine lege* sowie die *Unschuldsvermutung*, werden sie in der Verfassung aufgezählt. Das macht es möglich, diese strafrechtlichen Verfassungsgarantien auszudehnen und obwohl es lediglich um verfassungsrechtliche Garantien des Strafrechts geht, wird es als ein ganzes Verfassungsstrafrecht behandelt.

Es gab Gegner dieser Ausweitung innerhalb der Strafrechtswissenschaft in Ungarn, wie *Imre A. Wiener*, der die Autonomie der Strafrechtsdogmatik von dem Verfassungsstrafrecht befürchtete, und von außen, die mit dieser Verfassungsrechtlichung des Strafrechts die Beeinträchtigung der Kontrolle der demokratischen Mehrheitsregierung kritisierten.³² Wenn nämlich

³² Siehe: Wiener A Imre, *Büntetendőség, büntetethetőség: Büntetőjogi tanulmányok* (Budapest: KJK, 2000) und Béla Pokol, „A törvényhozás alkotmányosságáa“, *Világosság* 34, Nr. 1 (1993), 41–48.

durch die Auslegung des Verfassungsgerichts die Überprüfung des Strafrechts über die Wahrung der Garantien hinausgeht und alle Strafregelungen eingeschlossen werden, die in der Verfassung selbst nicht vorgesehen sind, dann wird das Strafrecht der Kontrolle der parlamentarischen Mehrheitsregierung entzogen.

4.2.2. Privates Verfassungsrecht

Das Privatrecht war der andere Rechtszweig, dessen Konstitutionalisierung in Ungarn bereits um das Jahrtausend herum begonnen wurde. Das erste prägnantere Zeichen dafür ist der 2006 von *András Sajó* herausgegebene Band „Konstitutionalismus im Privatrecht“ mit Studien zu bestimmten Teilen des Privatrechts und einer 2011 von Fruzsina Gárdos-Orosz verfassten Monographie, von der die Entscheidungen des ungarischen Verfassungsgerichts und die Positionen ungarischer Autoren unter dem rechtsvergleichenden Gesichtspunkt untersucht wurden.³³ Allerdings ist die neue Verfassung in 2012, die nach der Veröffentlichung dieser Bände in Kraft trat, schuf eine neue Situation im Bezug auf die Konstitutionalisierung der traditionellen Rechtszweige, weil sie ein Verfahren zur Anfechtung endgültiger Gerichtsentscheidungen mit Verfassungsbeschwerde eingeführt wurde. Seitdem hat das Verfassungsgericht Hunderte von solchen Gerichtsentscheidungen geprüft und die Konstitutionalisierung der Rechtszweige in größerem Umfang weiterging, aber ihre Analyse sind bisher zurückgeblieben.³⁴ Ebenso basiert die

³³ Sajó András, „Előszó“, in Sajó András (Hrsg.), *Alkotmányosság a magánjogban* (Budapest: CompLex – Wolters Kluwer, 2006), 7–16; Gárdos-Orosz Fruzsina, *Alkotmányos polgári jog? Az alapvető jogok alkalmazása a magánjogi jogvitákban* (Budapest–Pécs: Dialóg Campus, 2011).

³⁴ Es ist genug nur in einer Fußnote auf meine Vermutung hinzuweisen, dass der Mangel an Analyse möglicherweise darauf zurückzuführen ist, dass von der Haltung der politischen Opposition gegenüber dem neuen Verfassung bei den ungarischen Analysten die Erwartung geweckt wurde, dass die gesamte neue Verfassung nach einem Regierungswechsel gestrichen wird. Sodass gibt es keinen Grund, sie zu analysieren. Dies wurde von der Mehrheit der Verfassungsrichter weiter erleichtert, weil die verfassungsgerichtlichen

Doktorarbeit von *András Téglási*, die sich mit dem verfassungsmäßigen Grundrecht des Eigentums befasst, auf der Verarbeitung der alten Verfassung, doch in 2015 erweiterte er seine Analyse angesichts der seitdem verstrichenen Jahren.³⁵

In der Zeit vor 2012 konnten die ungarischen Verfassungsrichter nur bei der Überprüfung der Gesetze die normativen Anforderungen, die sie von den einschlägigen verfassungsrechtlichen Grundrechten und -werten für die einzelnen Rechtszweige abgezogen hatten, als verfassungsrechtliche Anforderung vorschreiben. Im Hinblick auf die Wahrung der Autonomie der ordentlichen Gerichte gegenüber den Verfassungsrichtern bestand der Oberste Gerichtshof jedoch darauf, dass diese verfassungsrechtlichen Anforderungen nur die Gesetzgebung binden und, dass die Richter ausschließlich dem Gesetz untergeordnet sind. Mit diesem begrenzten Einfluss des Verfassungsgerichts gab es jedoch Verschiebungen im ungarischen Privatrecht, die zu Spannungen in Bezug auf die Prinzipien des traditionellen privatrechtlichen Dogmatik geführt haben. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit widersprach somit dem umfassenden Konzept der Nichtdiskriminierung, dass aber zusätzlich noch eine Voraussetzung für EU-Beitritt von Ungarn im Jahr 2004 war. Darüber hinaus hat der Konflikt des Rechts auf Meinungsäußerung mit Eigentumsrechten zu Spannungen zwischen Mietern und Vermietern geführt. In gleicher Weise hat die Diskrepanz zwischen Grundrechten und abstrakten Normen von Menschenrechtsstreitigkeiten in Strasbourg und spezifischeren und genaueren Regeln des Privatrechts zu einer Zunahme der Rechtsunsicherheit geführt. In dem erwähnten Band von 2006 schreibt *Barna Lenkovicš* über die wachsende internationale Menschenrechtskepsis und er erwähnt

Entscheidungen weitgehend aufgrund des früheren Fallrechts getroffen werden, das auf die alte Verfassung basiert wurde.

³⁵ Téglási András, *A tulajdonhoz való jog alkotmányos védelme* (Doktorarbeit) (Szeged: SZTE ÁJK Doktori Iskola, 2011); Téglási András, „Az alapjogok hatása a magánjogi viszonyokban az Alkotmánybíróság gyakorlatában az Alaptörvény hatálybalépését követő három évben – különös tekintettel a tulajdonhoz való jog alkotmányos védelmére“, *Jogtudományi Közlöny* 70, Nr. 3 (2015), 148–157.

kritisch die Entstehung von „Menschenrechtism“.³⁶ Es muss hervorgehoben werden, dass der britische Brexit, der inzwischen zu Ende gegangen ist, ursprünglich gegen Menschenrechtsaktivismus in Strasbourg gerichtet war, und das zeigt die Spannungen und Explosionen von Menschenrechts- und Grundrechtsgerichtsbarkeit für nationalstaatliche Rechtssysteme, einschließlich der traditionellen Dogmatik des Privatrechts.

Unter den Autoren der oben genannten Bände waren sowohl Verteidiger der Konstitutionalisierung des Privatrechts als auch Gegner und auch solchen, deren Position in dieser Hinsicht nicht bestimmt werden kann. So wird von *László Székely* die Anhänger der Konstitutionalisierung als Juristen, die an Krankheit der konstitutionellen Engstirnigkeit leiden, kritisiert, aber auch die zitierten Zeilen von *Barna Lenkovics* und *Attila Menyhárd* können in diesen kritischeren Lager eingeordnet werden.³⁷ Im Gegensatz dazu können *András Sajó*'s Analysen und die Monographie von *Fruzsina Gárdos-Orosz* als Verteidigung der Konstitutionalisierung qualifiziert werden.³⁸

4.2.3. Die Arbeitsverfassungsrecht

Im Gegensatz zu der höheren Anzahl von Google-Suchergebnissen für „Verfassungsstrafrecht“ oder „konstitutionelles Privatrecht“ hilft es denjenigen, die im Arbeitsrecht in Ungarn nach der Konstitutionalisierung suchen, wenig. Eine der Ausnahmen in diesem Bereich im Rahmen des Arbeitsrechts weist auch darauf hin, dass dies nicht auf die schlechte Wirksamkeit der Suchmaschine zurückzuführen ist, sondern dass dieses Thema über eine einzige ernsthafte Verarbeitung hinaus nicht

³⁶ Lenkovics Barnabás, „Polgári alanyi jogok – alkotmányos alapjogok“, in Sajó András (Hrsg.), *Alkotmányosság a magánjogban* (Budapest: CompLex – Wolters Kluwer, 2006), 110.

³⁷ Menyhárd Attila, „Diszkrimináció és polgári jog“, in Sajó András (Hrsg.), *Alkotmányosság a magánjogban* (Budapest: CompLex – Wolters Kluwer, 2006), 131–146.

³⁸ Sajó, „Előszó“.

in der ungarischen arbeitsrechtlichen Forschung auftaucht.³⁹ Die einzige schwerwiegende Ausnahme macht es jedoch lohnenswert, sich jetzt damit zu befassen, denn in einer klobigen Monographie wird die Möglichkeit des konstitutionalisierten Arbeitsrechts sehr gründlich untersucht und die Entwicklungen auf diesem Gebiet in rechtsvergleichender Weise veranschaulicht. Diese Monographie wurde von *György Kiss* mit Titel: *Der Konflikt der Grundrechte im Arbeitsrecht* im Jahr 2010 geschrieben. Obwohl seine Monographie noch vor der neuen Verfassung geschrieben wurde, macht es kein Problem, weil die neue Verfassung in dieser Hinsicht nur die Praxis des Verfassungsgerichts legalisierte, und das konnte schon von den Kiss' Analysen verarbeitet werden.

Es ist zu sehen, dass sich die Konstitutionalisierung des Arbeitsrechts von der des Privat- oder Strafrechts unterscheidet. Die grundlegende Auslegung der Grundrechte in der gesamten westlichen Welt besteht nämlich darin, dass sie den Sichtweise des Individualismus und des Minderheitenschutzes in Richtung auf zu konstitutionalisierenden traditionellen Rechtszweige vermitteln. Abhängig von der Richtung, in der diese Elemente der Kreuzung mit den einzelnen traditionellen Rechtszweigen und ihren Regeln standen, waren sie daher von den Folgen der Konstitutionalisierung betroffen. In der traditionellen Strafrechtsdogmatik wurde das Vorgehen der Gemeinschaft durch den Staat gegen das Verbrechen begrifflich gespeichert, und dieses Gemeinschaftsstrafrecht wurde dann mit einem konstitutionalisierten Strafrecht konfrontiert, das sich auf die Grundrechten der individuellen Straftäter konzentriert. Darüber hinaus wird in den meisten westlichen Ländern der Großteil der Straftaten von Angehörigen von Minderheiten begangen, und das ist im Gegensatz zu dem Minderheitenschutz des konstitutionalisierten Strafrechts. Im Privatrecht ist die Konfrontation zwischen traditioneller Privatrechtsdogmatik

³⁹ Siehe: Jónás Tünde, „Véleménynyilvánítási szabadság a munkaviszonyban“, *Pécsi Munkajogi Közlemények* 3, Nr. 2 (2010), 23: „Leider wurde die Durchsetzung der Grundrechte im arbeitsrechtlichen Verhältnis in der ungarischen Rechtsliteratur bisher nicht gelungen, und die Rechtspraxis kann auch nicht als reich bezeichnet werden.“

und konstitutionalisiertem Privatrecht weniger scharf, da das Privatrecht seit den römischen Rechtstraditionen eine Bastion des individualistischen Rechts ist und unter dem Einfluss deutscher Verfassungsrichter in Kontinentaleuropa die verfassungsrechtlichen Grundsätze weitgehend aus den privatrechtlichen Prinzipien herausgestaltet wurden. Hier werden nur die minderheitenschützenden Gesichtspunkte der Grundrechte mit dem traditionellen Privatrecht konfrontiert, was jedoch die Vertragsfreiheit und die Eigentumsrechte stark einschränkt. Wenn wir uns nebenbei das traditionelle Arbeitsrecht ansehen, können wir sehen, dass dies das Ergebnis des kollektiven Handelns von Arbeitnehmern war, die am Anfang des 20. Jahrhunderts in den dauerhaften Arbeitsverträgen von privater Macht abhängig waren, und dagegen wurde das Arbeitsrecht geschaffen. Dadurch wurde dieser neuen Rechtsbereich aus dem individualistischen Privatrecht herausgerissen, und seine Besonderheit liegt in der Kollektivität der Arbeitsverträge gegenüber dem individualistischen Charakter privatrechtlicher Verträge. Es ist üblich, dass alle Arbeitnehmer von der anderen Vertragspartei, dem Arbeitgeber abhängig sind, und deshalb wenn die kollektive Organisationskraft der Gewerkschaften dahinter verschwindet, werden nach und nach die untergeordneten Machtverhältnisse der individualistischen Ebene überwiegen und die private Rechtsgrundlage, von der dieser Rechtszweig einmal abgebrochen wurde, wiederhergestellt.

Im Gegensatz dazu behandelt die Monographie von *György Kiss* die gesamte Frage des Arbeitsrechts auf der Grundlage der Menschenwürde, die das Paradigma des deutschen Privatrechts darstellt, und wurde damit von Kiss das privatrechtliche Individualismus zur Grundlage des Arbeitsrechts im Bereich der Grundrechte gestellt. *András Bragyova*, der der offizielle Gegner dieser Monographie war, als er diese Monographie als Dissertation diskutierte, formuliert dieses Problem so, dass der Autor den klassenbasierten Begriff des Arbeitsrechts abzulehnen scheint. Ich würde bestätigen, dass auf historischer Ebene das Arbeitsrecht selbst in kollektiven Arbeitskämpfen geschaffen wurde und bis jetzt beibehalten wurde, und wenn diese kollektive Organisation durch die Menschenwürde des

einzelnen Arbeitnehmers ersetzt wird, klingt es schöner, aber das Arbeitsrecht verliert seine Grundlage, wodurch die Trennung vom Privatrecht sichergestellt wurde. Auf jeden Fall – zumindest in Ungarn – hat die Konstitutionalisierung des Arbeitsrechts und damit seine Herangehensweise an den Individualismus keine großen Widersprüche zu dem traditionellen Arbeitsrecht verursacht, aber dieses Thema kann erst nach einer breiteren und international vergleichenden Studie abgeschlossen werden.

4.2.4. Finanzverfassungsrecht

Im Vergleich zur vorherigen Verfassung hat die neue Verfassung den Umfang der Finanzangelegenheiten auf die Ebene ihrer Regulierung ausgeweitet und neben der Vielzahl von Finanzbestimmungen auch die Verabschiedung der Grundregeln des Finanzsektors im Gesetz mit qualifizierten Mehrheit vorgesehen. In Bezug auf die Tiefe seiner Regulierung ist dieser Rechtsbereich den traditionellen staatsrechtlichen Bereichen (Regierung, Gerichte, Wahlsystem usw.) gleichgestellt, die auf die höchste verfassungsrechtliche Ebene angehoben wurden. Somit wurde der traditionelle Rechtszweig des Finanzrechts von der neuen Verfassung selbst konstitutionalisiert und daher unterscheidet sich seine Situation von allen drei zuvor erörterten Rechtszweigen. So hätten beispielsweise die in die Ebene der Verfassungsrecht eingeführten Strafrechtsgarantien kein unabhängiges Verfassungsstrafrecht erforderlich gemacht. Hier wird es geschaffen, indem von einigen Strafrechtsprofessoren diese Garantien aufgrund des Ultima-Ratio-Prinzip und der These des obligatorischen Rechtsgut als generelle verfassungsrechtliche Schranken vor der staatlichen Strafbarkeit zu erweitern wurden. Aber es ist nur von einigen ehrgeizigen Strafuristen behauptet, die mit ihrer selbstkonstruierten Verfassungsstrafrecht gegenüber dem traditionellen Strafrecht auftreten wollen. Ebenso kann im Fall des Privatrechts ein konstitutionelles Privatrecht gegenüber dem traditionellen Privatrecht nur dann vermutet werden, wenn die Rolle der Grundrechte nicht nur im

vertikalen Verhältnis zwischen Privatpersonen und Staat, sondern auch zwischen den privaten Personen als gültig gesehen werden. Die Einführung einer obligatorischen Entschädigung für Eigentum und Enteignung als Verfassungsgarantie würde noch kein privates Verfassungsrecht zur Folge haben, wie auch der Befehl von Gleichheit vor dem Gesetz es nicht nötig macht. Das Diskriminierungsverbot bezieht sich in der Verfassung nur in einem engen Rahmen in Bezug auf die Grundrechte und nur bei bestimmten dauerhaften persönlichen Merkmalen (Geschlecht, Rasse, Herkunft usw.) und es wurde von der Mehrheit des ungarischen Verfassungsgerichts zur verfassungsrechtlichen Prüfung aller gesetzgeberischen Unterschiede zum Diskriminierungsverbot verallgemeinert, andererseits wurde es nicht nur im Verhältnis zwischen privaten Personen und dem Staat verstanden, sondern auch in den Beziehungen zwischen privaten Personen. Auf diese Weise dringt die Konstitutionalisierung wirklich in den Bereich der traditionellen privatrechtlichen Regulierung ein und sie bringt eine Verdoppelung des Rechtssystems mit sich, aber es ist eher ein Ergebnis rechtspolitischer Bemühungen der Privatrechtsprofessoren als eine Folge des Verfassungsrechts. Im Falle des Arbeitsrechts würde es auch nur eine Verfassungsgarantie für einige Bestimmungen in Ungarn geben, die seine Grundlagen berühren, und wie ich bereits sagte, wurde die Konstitutionalisierung des Arbeitsrechts von einem umfangreichen Monographie in diesem Bereich nur aufgrund seiner Privatisierung und mit Hilfe der horizontalen Wirkung der Grundrechte geschaffen.

Im Gegensatz zu dieser Rechtszweige wurde das Finanzrecht fast in seiner Gesamtheit in das Verfassung aufgenommen, aber zumindest in Bezug auf die Überprüfung durch das Verfassungsgericht wurden so viele vorübergehende Beschränkungen festgelegt, dass das Haushaltsgesetz und seine konstituierenden Steuern, Abgaben und Beiträge von der verfassungsgerichtlichen Überprüfung für die Dauer des Abbaus der Staatsverschuldung auf ein niedriges Niveau ausgeschlossen sind. Unter den ungarischen Finanzrechtsprofessoren wurden zwei der wichtigsten Analysten hervorgehoben, die sich in der Vergangenheit regelmäßig mit den

Verfassungsfragen dieses Rechtszweigs befasst haben. *István Simon*, der nach mehreren Studien zu diesem Thema die wichtigsten Themen in diesem Bereich in einer Analyse von 2019⁴⁰ zusammenfasste, und *Dániel Deák*, der sich nach mehreren Studien auch in einer umfangreichen Monographie mit dem Verfassungs- und Steuerrecht befasste.⁴¹ Sie werden im nächsten Kapitel systematisch behandelt, wenn die Fragen der konstitutionalisierten Rechtszweige ausführlicher im Zentrum der Analyse stehen werden, so dass einige einleitende Bemerkungen hier genug sind.

Der Ansatz der beiden Finanzrechtsprofessoren scheint grundlegend unterschiedlich zu sein, und während István Simon die Analyse spezifischer Verfassungsbestimmungen durchführt, die in den vom Fach geforderten makroökonomischen Kontext eingebettet sind, bevorzugt Dániel Deák die rechtsphilosophischen Aspekte der Regelungen, und wie im Falle der Anhänger der Verfassungsstrafrechts beschäftigt sich Deák auch in erster Linie mit den verfassungsmäßigen Grenzen der Steuermacht des Staates. Daher müssen diese beiden Ansätze im nächsten Kapitel sorgfältig geprüft werden.

4.3. Die Präzedenzschicht des konstitutionellen Rechts in Ungarn

Wie in den vorangegangenen Abschnitten erwähnt, nimmt das Verfassungsgericht seine Entscheidungen für die Begründung seiner späteren Entscheidungen in solchem hohen Maße, dass es in Europa nur im Falle der spanischen und litauischen Verfassungsrichter geschieht. Dies würde erfordern, dass die normativen Argumentations- und Entscheidungsformeln in Einzelentscheidungen, die aufgrund dieser Art der Entscheidungsfindung häufig als Verfassungszusätze qualifiziert werden können, irgendeine Weise stärker herauszuheben. In den Entscheidungen

⁴⁰ Simon István, „A magyar pénzügyi alkotmányjog átalakulása“, *MTA Law Working Papers* Nr. 2 (2019).

⁴¹ Deák Dániel, *Alkotmány és adójog* (Budapest: HVG-ORAC, 2016).

des tschechischen Verfassungsgerichts kann beispielsweise festgestellt werden, dass das normative Argument in ihren Entscheidungen, das durch Angabe der einschlägigen Verfassungsbestimmung in diesem Fall interpretiert wurde (*ratio decidendi*), nach dem Erlass der Bestimmungen separat kursiv und fett hervorgehoben wird, wodurch ihre Entscheidungen offengelegt werden. Dies ist in der Entscheidungspraxis in Ungarn leider nicht der Fall, obwohl die ersten ungarischen Verfassungsrichter dies im ersten Jahr ihrer Tätigkeit versucht haben. Dies hörte auf, und der Grund dafür ist unbekannt, aber der Effekt ist auf jeden Fall, dass die normativen Argumente in den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen, die aufgrund der Verfassungsbestimmungen nicht begründet werden könnten, mehr unbemerkt blieben. Durch diese Technik wurde der Umfang solcher normativen Argumente, die die Verfassung tatsächlich ergänzten oder sogar modifizierten, erst allmählich deutlich. Auf diese Weise haben die Entscheidungen der ersten Verfassungsmehrheit, die auf eine *selbstgemachte unsichtbare Verfassung* abzielten, dieser „verborgene“ Stil der Verfassungsauslegung später die Rationalität gegeben. Diese Verschleierung ist jedoch in heutigen Tagen schon ohne Funktion, weil die neue Mehrheit des Verfassungsgerichts auf die Weiterentwicklung der unsichtbaren Verfassung bereits verzichtet hat. Also wäre es ratsam, die Praxis der tschechischen Verfassungsrichter in diesem Bereich zu befolgen.

Es gibt einen weiteren Grund, der die klare Darstellung etablierter normativer Argumente in der Entscheidungspraxis des Verfassungsgerichts in Ungarn verhindert und die Entscheidungsbegründungen sogar auf absichtlich in einem vagen Stil anstatt auf reine normative Entscheidungsformeln drängt. Dies liegt einfach daran, dass einzelne Verfassungsrichter (und einige der dahinter stehenden Mitarbeiter) gegen eine bestimmte Begründung in einer Entscheidung sind, wenn aber diese Begründung nicht so stark ausgedrückt wird, sind sie bereit, über den fraglichen Entscheidungsentwurf abzustimmen. Der Richter-Berichterstatter macht daher seinen Entwurf mit der vagen Entscheidungsbegründung mehrheitsfähig, indem er ein derart kontroverses Argument, eine Entscheidungsformel, verringert und sich nur

vage auf das ursprüngliche Argument bezieht. Diese Suche nach Kompromissen und damit die Abnahme der Verständlichkeit von Entscheidungen kann so weit gehen, dass im Falle der Erklärung der Verfassungswidrigkeit und der Aufhebung eines Gesetzes oder einer gerichtlichen Entscheidung die genaue verfassungsrechtliche Bestimmung, dass der eigentliche normative Grund für die Verfassungswidrigkeit war, vom operativen Hauptteil der Entscheidung ausgeschlossen wird, und nur in der Begründung verborgen wird. In den letzten Jahren gab es einen Bruch mit letzterem, und es wurde festgestellt, dass bei der Feststellung der Verfassungswidrigkeit immer angegeben werden muss, mit welcher Verfassungsbestimmung die verfassungswidrige Regelung in Konflikt steht, aber schließlich aufgrund des Zwangs, Kompromisse anzustreben, die Vagheit blieb bis heutzutage.

All dies untergräbt die Transparenz und Wirksamkeit der ungarischen Präzedenzschicht, obwohl es gleichzeitig eine der stärksten Entscheidungsgrundlagen unter den europäischen Verfassungsgerichten ist. Es ist jedoch eine positive Entwicklung, dass das Verfassungsgericht nach den Debatten des Gremiums kürzlich die stärkere Betonung von *ratio decidendi* begrüßt hat, und dies dürfte in der Zukunft eine Änderung bewirken.

Drittes Kapitel

Eine alternative Thematisierung der Verdoppelung: Verfassungsrecht versus einfaches Recht



Die langjährige Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland hat nach und nach einen Kontrast zwischen dem Verfassungsrecht und dem Rest des Rechtssystems als einfaches Recht geschaffen. Als das Grundgesetz zunächst auf das gesamte Rechtssystem ausgedehnt wurde, das Verfassungsgericht jedoch noch keine ausreichende Konkretisierung des Grundgesetzes hervorgebracht hat, erörterten die rechtswissenschaftliche Schriften zunächst den Vorrang des Grundgesetzes gefährdeten Gesetzesrechts. Zu dieser Zeit lag der Schwerpunkt der Diskussion auf dem bloßen formalen Primat des Grundgesetzes, bei dem nur die Inhalte der Gesetze auf die Ebene des Verfassungsrechts gebracht wird, ganz zu schweigen davon, dass von dieser oberen Ebene den Inhalt der Gesetze kontrolliert werden sollte. In den frühen 1960er Jahren befasste sich *Walter Leisner* noch mit dem Verhältnis zwischen dem Verfassungsrecht und dem einfachen Recht aus diesem Gesichtspunkt,⁴² aber von Zeit zu Zeit haben die zunehmend expansiven deutschen Verfassungsrichter in das einfache Recht durch ihre Entscheidungen hinein gedrungen und immer mehr Rechtsprofessoren haben es begonnen, das deutsche Rechtssystem vor dem zu starken Konstitutionalisierung zu fürchten.⁴³

⁴² Walter Leisner, *Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung* (Tübingen: Mohr, 1964).

⁴³ Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtgewinnungstheorie* (Tübingen: Mohr Siebeck, 1999), 32: „Unbeschadet dessen dürfte sich heute weit weniger das Problem stellen, wie die Verfassung vor «Unterwanderung» durch niederrangiges Recht, vor Begriffserfüllung von unten nach oben (...) geschützt werden könne, als die umgekehrte Frage: wie nämlich – bei anerkannter

Bereits im Jahr 1960 verwendete ein Verfassungsgerichtsurteil den Ausdruck „spezielles Verfassungsrecht“ dahingehend, dass die Richter an ordentlichen Gerichten in ihren Entscheidungen nicht nur die Regeln des traditionellen Rechts berücksichtigen müssen, sondern auch die für sie geltenden Normen des Grundgesetzes.⁴⁴ Da sich die einzelnen Grundrechte jedoch letztendlich auf alle Bereiche des Rechtssystems erstrecken, bedeuten „besondere Verfassungsrechte“ eine völlige Verdoppelung der traditionellen Rechtsbereiche. Aber statt der Namen dieser Erscheinung als Verdoppelung des Rechts hat sich der Begriff von „einfachem Recht“ verbreitet. Dies unterstreicht, dass andere Rechtszweige im Gegensatz dazu, dass das Verfassungsrecht auf einem höheren sozialen Konsens beruht, der nur die Abstimmung mit qualifizierter Mehrheit betrifft, einfache Gesetzgebungsbefugnisse sind. Dieses Dual von Verfassungsrecht versus einfaches Recht thematisierte also die Verdoppelung des Rechtssystems, was ich in dieser Schrift analysiere. Der Status des Verfassungsrechts, der im Gegensatz zum gesamten Rechtssystem als ein höheres Recht eingestuft wurde, wurde dann 2001 auf einer Konferenz zum Staatsrecht unter Beteiligung renommierter deutscher Rechtstheoretiker systematisch erörtert und die

Nachrangigkeit des Gesetzesrecht – dessen Eigentümlichkeit und Selbstand behauptet werden können angesichts einer ausufernden Grundrechtsauslegung.“

⁴⁴ In der Analyse von Hans Jürgen Papier lautet die Rolle des besonderen Verfassungsrechts wie folgt: „Spezifisches Verfassungsrecht ist demnach nicht schon dann verletzt, wenn eine Entscheidung, am einfachen Recht gemessen, objektiv fehlerhaft ist; der Fehler muss gerade in der Nichtbeachtung von Grundrechten liegen.“ [Hans-Jürgen Papier, „Das Bundesverfassungsgericht als «Hüter der Grundrechte»“, in Michael Brenner, Peter M Huber und Markus Möstl (Hrsg.), *Der Staat des Grundgesetzes: Kontinuität und Wandel – Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2004), 423.] Papier weist jedoch darauf hin, dass von den deutschen Verfassungsrichter aufgrund der Schumann-Formel im Falle einer Missachtung des einschlägigen Grundrechts nur dann als Grund für die Annahme einer darauf beruhenden Verfassungsbeschwerde angesehen wird, wenn die gerichtliche Entscheidung infolge dieser Missachtung auch das einschlägige Grundrecht verletzte. Andernfalls wird dieser Fehler der gerichtlichen Auslegung als irrelevant angesehen. Dies ist auch hervorzuheben, weil in der Praxis des ungarischen Verfassungsgerichts ein strengerer Standard angenommen wurde und wenn ein relevantes Grundrecht in einer gerichtlichen Entscheidung nicht berücksichtigt wird, rechtfertigt es allein schon die Nichtigerklärung dieser Entscheidung.

Konferenzbeiträge wurden 2002 in einem Band veröffentlicht. Diese Thematisierung unterscheidet sich von den Schwerpunkten, die ich analysiert habe, indem ich mich auf die Unterschiede zwischen den Rechtsschichten des traditionellen einfachen Rechts und den des Verfassungsrechts konzentrierte. Es erscheint daher erwägenswert zu besichtigen, welche Aspekte der deutschen Thematisierung der Verdoppelung zur Erweiterung meiner Theorie der Rechtsverdopplung herangezogen werden könnten. Im Folgenden werde ich zunächst die Studien zweier Sprecher auf der deutschen Konferenz analysieren und dann einen Band von *Matthias Ruffner* aus dem Jahr 2001 zu diesem Thema untersuchen. In meiner weiteren Analyse werde ich dann in der Lage sein, aus diesen deutschen Schriften die Erbauung zu ziehen und zu sehen, welche neuen Aspekte zu dem Verständnis der Verdoppelung des Rechtssystems beitragen könnten.

1. Das deutsche Konzept vom Verfassungsrecht und einfachen Recht

Die Redner der Konferenz, *Robert Alexy* und *Philip Kunig*, sprachen allgemeiner über das Thema Verfassungsrecht im Gegensatz zum einfachen Recht, daher werde ich sie zur Analyse hervorheben.

1.1. Die Position von Robert Alexy

Alexy beginnt ihre Analyse mit einer Warnung von *Hans Kelsen*, der die Verfassungsgerichtsbarkeit nach Europa brachte, aus einem Vortrag auf einer Staatsrechtskonferenz im Jahr 1928, wonach eine Verfassung nur genaue Regeln enthalten kann, wenn ihr ein Verfassungsgericht angegliedert werden soll. Laut Kelsen muss darauf achtet werden, abstrakte Rechtsgrundsätze und Werte sowie offene Konzepte nicht in die Verfassung aufzunehmen, da sie eine Bedrohung für die Demokratie darstellen,

wenn es ein Verfassungsgericht gibt.⁴⁵ In der Tat können Verfassungsrichter, wie er betonte, durch die Verwendung vager und offener Konzepte zu einer Supermacht werden, die für Gesellschaft und Demokratie unerträglich wäre. Alexy stellt dann mit Bedauern fest, dass von dieser Frühwarnung von Kelsen die Expansion materieller Verfassungsgehalten in Deutschland nicht verhindert werden konnte.⁴⁶

Zum ersten Mal passierte die Eindringung der Grundrechte in das Privatrecht durch die Lüth-Entscheidung der deutschen Verfassungsrichter unter Verwendung der früheren Theorie von *Rudolf Smend* auf die Grundrechte als „objektive Werte“ und „Kulturgüter“ des gesamten Kultursystems. In dieser Form forderten die Grundrechte eine Auswirkung auf das gesamte Rechtssystem, und die deutschen Verfassungsrichter brachten dies mit der Formel von „Ausstrahlung der Grundrechte in alle Rechtsbereiche“ in die Öffentlichkeit. Diese Auslegung gab dann den erweiterten Grundrechten, trotz Kelsens Absicht, die hartnäckige Verfassungskraft („Die Smendschen Ideen werden so Kelsensche Zähne eingesetzt“), und gab damit den Verfassungsrichtern die Möglichkeit der willkürlichen Intervention in allen Verfahren. Nach der Intervention wurde den Verfassungsrichtern immer wieder freie Hand gelassen, da Werte in bestimmten Situationen immer nur gegen andere Werte abgewogen werden können – einer unterdrückt den anderen – und von dieser Ermessensbefugnis werden die Verfassungsrichter zum Herrn der Verfassung, wie Kelsen vorausgesehen hatte. Alexy

⁴⁵ Robert Alexy, „Verfassungsrecht und einfaches Recht: Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit“, in Robert Alexy, Philip Kunig, Werner Heun, Georg Hermes, Wilfried Erbguth, Wolfram Höfling, Rudolf Streinz und Astrid Epiney, *Verfassungsrecht und einfaches Recht: Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. Beiträge und Diskussionen auf der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Würzburg vom 3. bis 6. Oktober 2001* (Berlin – New York: de Gruyter, 2002), 8: „So hat Hans Kelsen auf der Wiener Tagung unserer Vereinigung im Jahre 1928 sein Plädoyer für eine Verfassungsgericht nicht nur mit der Forderung verbunden, dass die Grundsätze, Richtlinien, Schranken so präzise wie möglich bestimmen muss, sondern auch können mit der Warnung vor einer höchst gefährlichen Rolle, die «Werte» oder «Prinzipien» wie etwa «Freiheit» und „«Gleichheit» mangels einer näherer Bestimmung gerade im Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit spielen.“

⁴⁶ Alexy, „Verfassungsrecht“, 9: „Warnungen wie diese haben nicht verhindern können, dass es unter dem Grundgesetz zu einer Expansion materieller Verfassungsgehalte kam.“

weist auch darauf hin, dass die Formel des Lüth-Urteils über die Ausstrahlung von Grundrechten später ergänzt wurde, und das Repertoire der Verfassungsgerichtsbarkeit wurde mit der Schutzfunktion der Grundrechte erweitert, die es neben dem Privatrecht ermöglicht hat, alle Rechtsbereiche zu durchdringen. Ebenso wurde die willkürliche Eindringungsmöglichkeit des Verfassungsgerichts von der Verallgemeinerung der „Gleichheit vor dem Gesetz“ zum „allgemeinen Gleichheitsrecht“, verbunden mit dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit, verschärft, wobei die Entscheidung über die Verhältnismäßigkeit immer in den Händen der Verfassungsrichter blieb.⁴⁷ Auf diese Weise könnten über den rein schützenden Charakter der Grundrechte hinaus die untersuchten Rechtsvorschriften und die Entscheidungen der ordentlichen Gerichte überprüft werden, und wenn ein ausreichender Schutz oder eine angemessene Verhältnismäßigkeit besteht, um positive Maßnahmen des Staates zu erfordern, können immer ohne Einschränkung von den Verfassungsrichtern bestimmt werden.

Alexy bemerkt auch, dass von diesen Erweiterungen die verfassungsgerichtliche Kontrolle jeder staatlichen Rechtsschöpfung und Rechtsanwendung ermöglicht werden – und das bedeutet die *direkte* Konstitutionalisierung des Staates und des Rechts –, aber darüber hinaus hat eine *indirekte* Konstitutionalisierung in Deutschland auch stattgefunden. Die deutschen Verfassungsrichter interpretierten nämlich aufgrund des Artikels 20 Absatz 3 des Grundgesetzes die Verpflichtung der Richter, an das Gesetz und Recht gebunden zu sein, dahingehend, dass eine gerichtliche Entscheidung, die einem einfachen Gesetz oder einer Verordnung widerspricht, aufgrund ihres Widerspruchs zu dem einfachen Recht auch eine Verfassungswidrigkeit impliziert. Auf diese Weise können die betroffenen Parteien auch in diesem Falle wegen einer Verfassungswidrigkeit eine

⁴⁷ Alexy, „Verfassungsrecht“, 10: „Die Trias von Wert oder Prinzip, Ausstrahlung und Abwägung war eingeführt worden, um den Grundrechten im Zivilrecht zur Geltung zu verhelfen. Heute wird dies mit Hilfe der in allen Rechtsgebieten einsetzbaren Figur des Rechtes auf Schutz präziser gefasst. Rechte auf Organisation und Verfahren und faktische positive Leistungen traten hinzu, und die Verstärkung des allgemeinen Gleichheitssatzes zum Maßstab einer an Verhältnismäßigkeitserfordernissen orientierten strengen Prüfung tat ein übriges.“

Verfassungsbeschwerde beim Verfassungsgericht einreichen. Mit dieser Auslegung wurde also das gesamte Rechtssystem der verfassungsgerichtlichen Prüfung unterzogen, und zwar entweder direkt (Ausstrahlung von Grundrechten, Schutzfunktion der Grundrechte, Einspruch gegen die Unverhältnismäßigkeit) oder indirekt in allen Rechtsbereichen.

Alexy listet dann bereitwillig die Kritik auf, die er bisher an dieser „Überkonstitutionalisierung“ geäußert hat, beginnend mit der Kritik an der „Tyrannei der Werte“ von *Carl Schmitt* und *Ernst Forsthoff*, die in den letzten Jahrzehnten von *Wolfgang Bockenförde* erneuert wurde, dann die Kritik von *Uwe Diederichsen* über die Superrevisionsinstanz von Verfassungsrichter bis zur Kritik an der Unterdrückung der parlamentarischen Demokratie und der Entstehung einer Juristokratie und fragt, ob sie als eine Überkonstitutionalisierung akzeptiert werden kann. Auf diese Frage ist seine Antwort verneinend. Nachdem wir die obigen Kritikpunkte gelesen haben, scheint dies überraschend, also müssen wir sehen, wie Alexy zu diesem Freispruch kam.

Er beginnt mit der Feststellung, dass alle diese Kritikpunkte behaupten, eine Überkonstitutionalisierung zu sein, aber wenn man ihnen folgt, würde dies zu einer Unterkonstitutionalisierung führen, die genauso problematisch wäre, wie die erstere. Somit gibt es vor dem Verfassungsgericht objektiv ein Spielfeld für die ordnungsgemäße Erfüllung seiner Aufgabe, und innerhalb dieses Spielfeldes kann es weder zu einer Über- noch zu einer Unterkonstitutionalisierung kommen. Und das kann nur durch eine Spielfelddogmatik sichergestellt werden.⁴⁸ Die Frage dieser Spielfelddogmatik ist, ob das deutsche Grundgesetz als Rahmen des Rechtssystems verstanden werden kann, wie Bockenförde in seiner Kritik an der Verfassungsgerichtsbarkeit festgestellt hat oder im Gegenteil als Grundlage des Rechtssystems. Alexy hält die Position von Bockenförde für zu starr und sagt, dass bei näherer

⁴⁸ Alexy, „Verfassungsrecht“, 13: „Die Steuerungskraft der angebotenen Kriterien ist entweder zu diffus, so dass zu viel offen bleibt, oder sie geht zu sehr in Richtung auf eine Unterkonstitutionalisierung, die ebenso zu vermeiden ist wie eine Überkonstitutionalisierung. Eine adäquate Konstitutionalisierung ist nur über den steinigen und tückischen Weg einer Spielraumdogmatik zu haben.“

Betrachtung beide gleich sind, und die Verfassung im Grunde die Grundlage und nicht nur der Rahmen der Rechtsordnung ist.⁴⁹ Mit dieser Entscheidung hat Alexy bereits implizit die Führung der Gesellschaft und die Kontrolle des gesamten Rechtssystems durch die Verfassungsrichter gebilligt, und daher kann seine Spielfelddogmatik nur ein Werkzeug für Verfassungsrichter sein. Es muss jedoch gesehen werden, dass im Gegensatz zur US-Verfassung, der ersten Verfassung der Welt, die Verfassungen der letzten Jahrzehnte in der Welt tatsächlich über die bloße Festlegung der inhaltlichen Fragen vom Recht und Staat hinausgegangen sind. Dies bedeutet natürlich auch, dass von den daneben institutionalisierten Verfassungsgerichten tatsächlich das ganze Gesetzgebungsprogramm und die zyklischen Veränderung demokratischer Regierungsmehrheiten und damit die Idee der Demokratie in Frage gestellt werden können, wies es von Kelsen, Carl Schmitt, Ernst Forsthoff und später Böckenförde behauptet wurde. Wenn wir dies ernst nehmen, sollten wir die inhaltliche Regelungsdichte der Verfassung irgendwie eng auslegen, um der Gesetzgebung der sich zyklisch verändernden Parlamentsmehrheit, die auf Millionen von Bürger beruht, Raum zu lassen. Aber Alexys theorietechnische Entscheidung, indem er Demokratie durch Spielfelddogmatik ersetzt, bestätigt die Rolle der Verfassungsrichter bei der Ausarbeitung und Konkretisierung der ganzen Verfassungsordnung.

Alexy bemüht sich, eine gewisse Einschränkung dieser Kontrolle und die bescheidene Rolle des Gesetzgebers unter der Verfassungsgerichtsbarkeit dadurch sicherzustellen, indem er versucht, die von der Verfassung hinterlassenen Spielfeld zwischen der Gesetzgebung und dem Verfassungsgericht zu verteilen. Das Spielfeld ist nur dort – behauptet er –, wo die Verfassung keine Befehle für eine bestimmte Richtung erteilt und sie in andere Richtungen auch kein Verbot behauptet. In diesen freien Bereichen gibt es ein Spielfeld für demokratische Gesetzgebung, und Verfassungsrichter können hier nur überprüfen, ob der Rahmen des Spielfelds eingehalten wurde. Doch als er auf das Spielfeld übergeht, wechselt Alexy unauffällig von der Bestimmung

⁴⁹ Alexy, „Verfassungsrecht“, 14: „Bei näherem Hinsehen zeigt sich jedoch, dass die Raumordnungsidee ohne weiteres mit der Grundordnungsidee kompatibel ist.“

der Verfassung zur *verfassungsgerichtlichen* Bestimmung und beginnt zu diskutieren, wie das Spielfeld von den Verfassungsrichtern bestimmt wird. Auf diese Weise wird es jedoch die Schwierigkeit umgegangen, allgemeine und normative extrem offene Grundrechte als „Befehl“ zu definieren, wie das durch das deutsche Grundgesetz garantierte „Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit“, oder das allgemeine Gleichsrecht und die „Unantastbarkeit der Menschenwürde“, welche Grundrechte von einer Reihe von europäischen Verfassungsgerichten übernommen wurden. Wenn wir dies jedoch in unsere Perspektive bringen, stellt sich heraus, dass Alexys Annahme, von den Verfassungsbestimmungen mit der Festlegung klarer Befehle und Verbote für die staatlichen Tätigkeit ein genaues Spielfeld gegeben werden, falsch ist. Dies wäre nur dann der Fall, wenn das Verfassungsgericht beispielsweise das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in einer restriktiven Auslegung klargestellt hätte, und die Unverletzlichkeit der Menschenwürde als Verbot der Erniedrigung genauer bestimmt hätte. Stattdessen haben die deutschen Verfassungsrichter ihre Bedeutung jedoch weit gefasst und unterwerfen damit alle staatlichen Vorschriften und gerichtlichen Urteile dem Ermessen des Verfassungsgerichts. Daher behauptet Alexy falsch, dass es innerhalb verfassungsrechtlicher Anordnungen und Verbote ohne verfassungsgerichtliche Kontrolle ein freies Spielfeld für die staatliche Gesetzgebung und die Rechtsanwendung der ordentlichen Gerichte gibt. Es ist daher fraglich, ob die Angst von Kelsen vor der uferlosen Verfassungsgerichtsbarkeit, die Alexy bereitwillig beschreibt, und die Kritik von Forsthoﬀ und Böckenförde im Lichte der realen deutschen Verfassungsgerichtspraxis als unbegründet abgelehnt werden kann.

Die deutschen Verfassungsrichter selbst haben bereits viele Formeln in Bezug auf das Spielfeld festgelegt – z.B. Formationsspielfeld, Urteils-spielfeld, Aktionsspielfeld, Entscheidungsspielfeld, Anpassungsspielfeld, Bewertungsspielfeld, Ermessens-spielfeld usw. – und bei der Überprüfung dieser sieht Alexy zwei Arten von konstitutionellen Spielfelder als unterschiedlich an. Die eine ist das *strukturelle* Spielfeld, das dadurch definiert werden kann, ob es in Bezug auf einen Bereich eine explizite

Handlungsanordnung oder ein Verbot einer bestimmten Richtung in dem Grundgesetz gibt. Die andere ist das *epistemische* Spielraum, dessen Grenzen nicht in dem Grundgesetz enthalten sind, aber in der Fähigkeit zu erkennen, wo die Grenzen des strukturellen Spielfeldes sind. Letzteres wird durch funktionale Abwägungen ermöglicht, und von diesen hebt Alexy drei Sorten hervor: den Zwecksetzungsspielraum, den Werkzeugauswahlspielraum und den Ermessensspielraum.⁵⁰ Im Zentrum steht dabei der Ermessensspielraum, bei dem es aus Sicht der deutschen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, die übrigens von den meisten europäischen Verfassungsgerichten übernommen wurde, immer geprüft werden soll, ob die betreffende Regelung für die Zielerreichung notwendig und geeignet war, und wenn ja, dann ob sie in einem angemessenen Verhältnis zu der ansonsten notwendigen Einschränkung stand. Eignung, Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit – dies sind die drei Schlüssel zur Spielfeld-dogmatik von Alexy. Obwohl wie wir gesehen haben, gibt es aufgrund der am weitesten interpretierten Grundrechte und des allgemeinen Gleichheitsgesetzes für die Gesetzgebung praktisch kein freies und unüberprüfbares Spielfeld. Wenn dieser Abwägungstest mit seinen drei Elementen doch richtig funktionieren könnte, würde die Demokratie ohnehin beschädigt, aber zumindest die an ihrer Stelle eingerichtete Juristokratie würde nur einen vorhersehbaren Rahmen bieten. Tatsache ist jedoch, dass diese Abwägungen sich nur mit einer so riesigen Informationsverarbeitung dem Niveau des gesetzbereitenden Ministerapparats nähern könnten, für die die Verfassungsrichter keine Mittel haben. Auf der anderen Seite könnten sie, selbst wenn es in einem Fall möglich wäre, nur durch ihre subjektive Werturteile über die Notwendigkeit und die Verhältnismäßigkeit entscheiden. Im Gegensatz dazu hat *Bernhard Schlink* recht, wenn er argumentiert, dass

⁵⁰ Alexy, „Verfassungsrecht“, 17: „Wenn man die Dinge zuspitzen will, kann man sagen, dass der epistemische Spielraum aus den Grenzen der Fähigkeit entsteht, die Grenzen der Verfassung zu erkennen. Beim strukturellen Spielraum spielen funktionsrechtliche Erwägungen oder formelle Prinzipien keine Rolle. Die Probleme der epistemischen Spielräume können demgegenüber ohne sie nicht gelöst werden.“

das Ergebnis des Abwägens nur das der Voreingenommenheit der Person ist, die es tut, und dass es weitgehend subjektiv ist.⁵¹

Alles in allem ist Alexys Analyse daher keineswegs überzeugend, und trotz der kritischen Warnungen von Kelsen und anderen ist es unerklärlich, die extrem starke Kontrolle der erweiterten deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit über Demokratie und Justiz als problemlos einzurichten. Darüber hinaus wurde dieses erweiterte deutsche Modell in einer Reihe von Ländern auf der ganzen Welt übernommen, und selbst die in Deutschland noch impliziten Vorsichtsmaßnahmen verworfen wurden. In Deutschland wurde noch zum Beispiel versucht, das Problem der generalistischen Verfassungsgerichtsbarkeit mit der Spannung der spezialisierten europäischen Juristenprofessionen dadurch zu lösen, dass jeder neue Verfassungsrichter immer in einen engeren Rechtsbereich gestellt wird, und auf diese Weise eine bestimmte Spezialisierung innerhalb des Verfassungsgerichts zustande kommt. Dies ist jedoch in anderen europäischen Verfassungsgerichten nicht der Fall, und auf diese Weise werden in der Anfangsphase zwangsläufig statt dem laien Verfassungsrichter die tatsächlichen Entscheidungsbefugnisse von den wissenschaftlichen Mitarbeiter der Richter ohne demokratische Legitimität und Unabhängigkeit übernommen. So wird das, was in der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit bereits verzerrt wurde, an anderen Stellen noch verschärft, so dass die Probleme der Analyse von Alexy anderswo noch größer sind.

1.2. Die Position von Philip Kunig

Kunigs Analyse beginnt mit der Analyse von Befürchtungen in Deutschland, die 1949 in Bezug auf die verfassungsgerichtliche Kontrolle der

⁵¹ Alexy, „Verfassungsrecht“, 20: „Diese elementare Struktur zeigt, was radikale Abwägungsskeptiker wie etwa Schlink bestreiten müssen, wenn sie sagen, dass in „den Prüfungen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne letztlich nur die Subjektivität der Prüfenden zur Geltung kommt und dass die Wertungs- und Abwägungsoperationen der Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinn letztlich nur dezisionistisch zu leisten sind.“

Fachgerichtsbarkeit auftauchen, und er weist darauf hin, dass diese Kontrolle damals von den meisten Schriften als ein legitimer Zwang gegen die ordentlichen Richter interpretiert wurde, sie von ihren Schlosstürmen zu holen.⁵² Aber später, als Folge der Tätigkeit expansiver deutscher Verfassungsrichter, lehnten sich sowohl Fachrichter als auch Rechtswissenschaftler gegen die Unterdrückung der Fachgerichtsbarkeit auf, und sie argumentierten, dass das in die traditionelle Dogmatik eingreifende Verfassungsgericht die Zusammenhänge dieser Dogmatik nicht wirklich verstehen kann, und andererseits hat diese Dogmatik eine edlere Tradition als die neu erschienene Verfassungsgerichtsbarkeit.⁵³ All dies deutete darauf hin, dass es hier nicht nur um den Zusammenprall von generalistischer Verfassungsgerichtsbarkeit und der spezialisierten Fachgerichtsbarkeit geht, sondern dass alle traditionellen Rechtszweige mit der expansiven Ausweitung der verfassungsgerichtlichen Kontrolle angegriffen wurden: „Jedenfalls gibt es einen Kompetenzkonflikt, der im Gewand des Streits um das rechte Verhältnis von Gerichtsbarkeiten auch die Züge eines Streits von Teildisziplinen der Rechtswissenschaft aufweist.“⁵⁴

Kunig befasst sich auch mit der Frage des Verhältnisses zwischen Rechtsstreitigkeiten in ordentlichen Gerichtsverfahren und in den späteren Verfassungsbeschwerdeverfahren vor den Verfassungsrichtern und wie es möglich ist, zwischen dem einfachen Recht und den Verfassungsprinzipien

⁵² Siehe den Artikel von Herbert Krüger aus 1949: „Es erweist sich (...) als notwendig, den tieferen Hemmnissen seelischer und sachlicher Art nachzuspüren, die die Zivilrichter zurückhalten (...) die alte Befürchtungen der Ziviljuristen, den festen Boden unter den Füßen zu verlieren (...), die Gerichte, die sich einmal aus dem zivilistischen Turm herauswagten,, (haben) von strengen Zensoren bittere Rüffel einstecken müssen.“ [Zitiert durch Philip Kunig, „Verfassungsrecht und einfaches Recht: Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit“, in Robert Alexy, Philip Kunig, Werner Heun, Georg Hermes, Wilfried Erbguth, Wolfram Höfling, Rudolf Streinz und Astrid Epiney, *Verfassungsrecht und einfaches Recht: Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit; Beiträge und Diskussionen auf der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Würzburg vom 3. bis 6. Oktober 2001* (Berlin – New York: de Gruyter, 2002), 35.]

⁵³ Kunig, „Verfassungsrecht“, 36: „Wie in anderen Konstellationen der Abschirmung des Eigenbereichs wird der fachliche Unverstand des Intervenienten behauptet.“

⁵⁴ Kunig, „Verfassungsrecht“, 37.

und Verfassungsbestimmungen in diesen beiden Verfahren zu unterscheiden. Es versteht sich allgemein, dass das Verfahren zur Entscheidung einer Verfassungsbeschwerde im Vergleich zu gewöhnlichen Gerichtsverfahren nur eine eingeeengte Untersuchung ist und nicht mehr den Inhalt der traditionellen Rechtszweige berührt, sondern nur den für Verfassungsbestimmungen relevanten Kontext. Er erinnert sich jedoch daran, dass es Rechtswissenschaftler gab, der diese Unterscheidung nur als „Lebenslüge“ qualifiziert und bestritten hatte. Kunig kehrt jedoch den Vorwurf um und sagt, dass das genaue Gegenteil der Fall ist: „Im Verfahren der Verfassungsbeschwerde ist der Verfassungsstreit die Fortsetzung des fachgerichtlichen Verfahrens im auf das Verfassungsrecht verengten Blickwinkel. Angesichts dessen müsste eine Rechtstheorie, welcher der Nachweis der Unmöglichkeit dieser Unterscheidung gelänge, die von der Verfassung vorausgesetzte Unterscheidbarkeit zwischen Verfassungsrecht und anderem Recht als Lebenslüge erscheinen. Die Verfassung zwänge gleichwohl zur Aufrechterhaltung dieser Lüge, allerdings erzwingt sie nicht das Bild von Stufenbau der Rechtsordnung. Es ist missverständlich, weil Stufen hartkantig aneinander stoßen und wir es hier mit gleitenden Skala zu tun haben.“⁵⁵

Aber in dieser Debatte geht eine von den Mitarbeitern des deutschen Verfassungsgerichts geschriebenen Monographie aus langjähriger Praxis deutscher Verfassungsbeschwerden jedoch auch davon aus, dass traditionelles Privatrecht, Strafrecht usw. von den Verfassungsbestimmungen bei der Erörterung und Entscheidung von verfassungsgerichtlichen Einzelfällen nicht wirklich unterschieden werden können.⁵⁶ Auf diese Weise, wenn auch die Bewertung „Lebenslüge“ vielleicht zu hart sein mag, aber trotzdem die Wahrheit sagt. Es ist natürlich auch möglich, dass diese Unteilbarkeit nur von den Deutschen und den nachfolgenden Verfassungsgerichten geschaffen wird, da der Umfang der Fragen der Verfassungsgerichtsbarkeit entgegen ihrer ursprünglichen Idee bereits erweitert wurde. Als zum

⁵⁵ Kunig, „Verfassungsrecht“, 40.

⁵⁶ Siehe: Matthias Jahn, Christoph Krehl, Georg-Friedrich Güntge und Markus Löffelman, *Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen* (Heidelberg: Müller, 2011).

Beispiel die deutschen Verfassungsrichter in ihrem Lüth-Urteil von 1958 die horizontale Wirkung der Grundrechte im Privatrecht akzeptierten, wurden sie natürlich in die Bestimmungen und dogmatischen Lösungen des Privatrechts eingegriffen. Lassen Sie mich als Ergebnis meiner Arbeit als Verfassungsrichter in Ungarn im neunten Jahr darauf hinweisen, dass ich diese expansionistische Erweiterungstendenz in den Diskussionen mehrmals beobachten konnte und die Untrennbarkeit kommt in dem Maße zustande, wenn ein gesamtes konstitutionelles Rechtszweig anstelle von bloßen Verfassungsgarantien geschaffen wurde. Dies liegt daran, dass aufgrund der grundlegenden strukturellen Umstände der Verfassungsgerichtsbarkeit keine Kontrolle mehr über diese Tätigkeit besteht, die gegen ihre weitere Expansion wirken könnte. Die Verfassungsrichter stützen sich daher nicht auf einen geschlossenen Katalog von Grundrechten und eine abgeleitete und festgelegte Reihe von Verfassungsgrundsätzen aus der Sicht der ihnen vorgelegten Anträge, sondern auf eine Haltung, die im Prinzip ständig verbreitet werden kann. Das Endergebnis ist dann die Verdoppelung des gesamten Rechtssystems und auf diese Weise entstehen die einzelnen konstitutionellen Rechtszweige über die traditionelle Rechtszweige.

1.3. Die Analysen von Matthias Ruffert

Ruffert betont, dass die Konstitutionalisierung des Rechts durch die Verfassungsgerichtsbarkeit eine andere Änderung im privatrechtlichen Teil des traditionellen Rechts, wo sie die private Autonomie einschränkt, als im öffentlich-rechtlichen Teil, wie dem Strafrecht und dem Finanzrecht, bedeutet, weil die private Autonomie in den letzteren Teilen nicht im Mittelpunkt steht⁵⁷ Wenn man diesem Befund die demokratische Komponente des Staates hinzufügt, fällt auf, dass von dieser Änderung die

⁵⁷ Matthias Ruffert, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts: Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2001), 4.

staatliche Verfügungsmacht über das Recht neu geordnet wurde, indem sie vom Gesetzgeber an die obersten Richter und die dahinter stehenden Rechtsprofessoren weitergegeben wird. Eine weitere Konsequenz im Privatrecht ist, dass diese modifizierte staatliche Verfügungsmacht nicht nur die demokratische Komponente zugunsten der Juristokratie beseitigt, sondern auch die Autonomie des Privatrechts einschränkt.

In der Analyse von Ruffert kann auch der in der deutschen Rechtsliteratur häufig zum Ausdruck gebrachte Grund für die Vorherrschaft der Verfassungsgerichte über die Gesetzgebung gefunden werden, dass dies eine Folge des übermäßigen Positivismus der frühen 1900er Jahre ist. Nach diesem Argument wurde von diesem Positivismus zwischen den beiden Weltkriegen die Entstehung des deutschen Nationalsozialismus ermöglicht, der im Zweiten Weltkrieg erst nach großem Leid besiegt werden konnte. Auf diese Weise war es das Ergebnis des Zeitgeistes und des damaligen Grundgesetzes während der amerikanischen Besetzung der Nachkriegszeit, dass die positivistische Gesetzgebung von der starken Verfassungsgerichtsbarkeit unterdrückt wurde. Diese „Schwärzung“ und negative Darstellung des Positivismus sollte meiner Meinung nach jedoch nicht nur deshalb in Frage gestellt werden, um die demokratische Komponente des Staates zu klären, sondern auch, weil die historische Forschung inzwischen zeigt, dass der Grund dieser Machtverteilung in dem Grundgesetz anderswo lag. Die zentral kontrollierte deutsche Verfassungsgebung von 1949 durch amerikanische Besatzungsbehörde wurde von der Angst vor der Demokratie der Millionen der deutschen Massen in erster Linie bestimmt und deshalb wurde diese Demokratie von einer so starken Verfassungsgerichts kontrolliert, dass es in der Welt damals beispiellos war.⁵⁸ Diese Angst vor der

⁵⁸ Siehe das relevante historische Material in Fußnote 12. Darüber hinaus dokumentierten die Historiker, dass von dem Oberbefehlshaber der US-Besatzungsbehörde, *General Lucius Clay*, die Vorbereitung des deutschen Grundgesetzes durch seine amerikanischen Juristen, darunter Professor *Karl Loewenstein*, der zuvor in die USA ausgewandert war und dann mit den Besatzern zurückkehrte, ausführlich überwacht wurde, und der wesentliche Inhalt des Grundgesetzes kommt von ihnen. Aus den Materialien der Historiker, *Barbara Fait* und *Hermann-Josef Rupieper* geht hervor, dass General Clay zwar die engste Kontrolle über diesen

Demokratie der deutschen Massen und der daraus resultierenden begrenzten Demokratie wurde dann in den öffentlichen Darstellungen verschleiert, und wurde stattdessen als Folge der „Sünde“ des Rechtspositivismus dargestellt. Theoretisch ist also die These haltbar, dass der Positivismus die logische Folge der politischen Demokratie im Bereich der Gesetzgebung ist, obwohl zusätzlich zu dem Gesetzestext die rechtsdogmatischen Formeln und Präzedenzfälle des Obersten Gerichtshofs erforderlich sind. Das amerikanische Besatzungsbehörde nach dem Zweiten Weltkrieg hatte eigentlich kein Problem mit dem Positivismus, sondern mit den Gefahren der Demokratie, die von den deutschen Massen verursacht werden konnten. Es ist auch wichtig, diese Tatsache zu klären, da dieses deutsche Verfassungsgerichtsmodell in den letzten Jahrzehnten in vielen Ländern Europas und auf anderen Kontinenten gefördert und übernommen wurde.⁵⁹ Aus diesem Grund soll die tendenziell eng gefasste Darstellung der Rolle der Grundrechte und der Verfassungsgerichtsbarkeit kritisiert werden und es soll gezeigt werden, dass es tatsächlich nicht darauf abzielte, den „bösen

Verfassungsprozess hatte, und dies aufgrund des Wortlauts seiner Anweisungen, um zu verhindern, dass von den Millionen der Deutschen bei den künftigen Parlamentswahlen ein Führer wie Hitler zurückgeholt werde. Außerdem betonte er in seinen Anweisungen auch, dass das Ausmaß der amerikanischen Beteiligung an dem Grundgesetz der Öffentlichkeit nicht bekannt werden dürfe. (Siehe meine vorherige Analyse – Pokol, „Der juristokratische Staat“, 86–87 – für Details.)

⁵⁹ Angesichts des Materials in der obigen Fußnote kann daher der Behauptung von *Michaela Hailbronner* nicht zugestimmt werden, dass die Verfasser des Grundgesetzes die restriktiven und die parlamentarischen Mehrheit unterdrückenden Wirkung des Verfassungsgerichts im Jahr 1949 keine Beachtung geschenkt habe: „Second, the framers paid little attention to the new Constitutional Court or indeed to rights review, the basis for the broad expansion of the Court’s powers until today. (...) To imagine that the German framers would have conceptualized a constitutional court with even roughly the authority and power of the current German Court hence misunderstands the spirit of time.“ [*Michaela Hailbronner, Tradition and Transformation: The Rise of German Constitutionalism* (New York: Oxford University Press, 2015), 2.] Der „Zeitgeist“, wenn wir das neu besiegte Deutschland und die von den Besatzern für sie ausgearbeitete Verfassung einbeziehen, macht diese beabsichtigte Kontrolle über das durch die Wahl von Millionen geschaffene Parlament sehr verständlich und nur, wenn wir sie ignorieren, wie Hailbronner, können wir zu ihrem Schluss kommen. Vor diesem Hintergrund kann man die traurige Ironie darin sehen, dass anstelle der Identifikation mit der deutschen Nation als Ersatzidentifikation in den 1980er Jahren der „Verfassungspatriotismus“ von einigen ansonsten berühmter deutscher Denker wie Habermas ausgesucht wurde.

Rechtspositivismus“ zu überwinden: „Sie ist das Ergebnis der Auffassung, daß für den Zusammenbruch des Rechtsstaates im Dritten Reich in erster Linie der überzogene (Gesetzes-)Positivismus verantwortlich war.“⁶⁰

Ruffert verweist in seiner Analyse der Rolle der Grundrechte auf Jürgen Schwabes Buch „Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte“ im Jahr 1971. Schwabe hat in seinem Buch die Grundrechte als verbindliche Programme für staatliche Gesetzgeber und Rechtsanwendungsorgane verstanden, um den Bürger in den durch die Grundrechten garantierten Aspekten zu schützen. Unter diesem Gesichtspunkt sah Schwabe also keinen Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht. Seiner Ansicht nach werden nicht die privaten Prozessparteien in den Rechtsstreitigkeiten von den Grundrechten betroffen, sondern der Richter, um die Grundrechte in privaten Streitigkeiten durchzusetzen. Dies konzentrierte sich nicht auf den Aspekt der Grundrechte des Einzelnen, sondern auf die Durchsetzungspflicht staatlicher Organe und beseitigte damit implizit die Betonung der ersteren, die in der Thematisierung der Grundrechte hervorgehoben wurde: „Gesetzgeber und Richter als Staatorgane griffen in die Grundrechte des betroffenen Grundrechtsträgers ein, wenn sie diese bei der Rechtsetzung und Rechtsprechung nicht hinreichend beachteten.“⁶¹ Dies wurde später von einigen theoretischen Gegnern als Rückkehr zum etatistischen Rechtsbegriff kritisiert, aber es wurde auch von einer Reihe von Anhängern verfolgt und modifiziert. Insgesamt lehnte die Mehrheit der Rechtsliteratur dies jedoch ab.

Ein weiteres und akzeptierteres Konzept für die Rolle der Grundrechte im Privatrecht lieferte eine Studie von Wilhelm Canaris aus dem Jahr 1983, von der die Verpflichtung des Staates für die Grundrechtsschutz hervorgehoben wurde. Canaris betonte, dass dies von den staatlichen Organen auch in privaten Rechtsstreitigkeiten getan werden sollten: „Der Grundgedanke besteht darin, dass der Staat durch Privatrechtsgesetzgebung, aber durch Zivilrechtssprechung die Grundrechte einzelner vor Übergriffen anderer Privater zu

⁶⁰ Ruffert, *Vorrang der Verfassung*, 11.

⁶¹ Ruffert, *Vorrang der Verfassung*, 17.

schützen habe. Da die grundrechtlichen Schutzpflichten im Gegensatz zu den Abwehrrechten kein bestimmtes staatlichen Handeln vorschreiben, bieten sie sich als flexible Begründung für die Grundrechtswirkung im Privatrecht an.⁶² Diese Formulierung in Bezug auf die Verpflichtung zum Grundrechtsschutz im Privatrecht wurde dann in der deutschen Rechtsliteratur allgemein anerkannt. Natürlich ist nicht klar, sagt Ruffert, warum dieses Konzept immer noch die indirekte Wirkung von Grundrechten bewahren sollte, weil daraus die direkte Wirkung folgen müsste. In jedem Fall wurde die anfängliche Abwehrfunktion der Grundrechte jetzt in mehrdimensionale Funktionen umgewandelt, in denen der Abwehrfunktion vorhanden ist, aber auch eine Schutzfunktion umfasst wird. In der Tat begann sich die Abwehrfunktion am Anfang der 90er Jahre zu intensivieren. Die Anwesenheit beider in der Begründung der deutschen Verfassungsrichter zeigt jedoch, dass die deutschen Verfassungsrichter in dem berühmten *Handelsvertreterbeschluss* über ihre Verpflichtung zur Auslegung des Privatrechts im Rahmen der Verfassungsschutzpflicht geschrieben haben. Ebenso wurde die Verpflichtung zum Schutz der Schwächeren in den ungleichen Situationen als die obligatorische Auslegungsrichtung des Verfassungsgerichts in vor ihnen liegenden privatrechtlichen Streitigkeiten festgelegt. Ruffert weist auch darauf hin, dass sich die Debatte lange Zeit nur auf das Eindringen von Grundrechten in das Privatrecht konzentrierte, später jedoch es begann, dieses Eindringen in Bezug auf das ganze Grundgesetz zu verallgemeinern, und in der veränderten Thematisierung ging es um das Verfassungsrecht versus einfaches Recht.⁶³

Anschließend geht er in seiner Analyse auf die Idee der „konkretisierten Verfassung“ ein. Die Verfassung hat Vorrang vor dem ordentlichen Recht,

⁶² Ruffert, *Vorrang der Verfassung*, 21.

⁶³ Obwohl von Ruffert dies nicht problematisiert wurde, ist darauf hinzuweisen, dass diese Erweiterung keineswegs selbstverständlich war, da Artikel 20 Absatz 3 des deutschen Grundgesetzes lediglich besagt, dass der Gesetzgeber unmittelbar an die Verfassungsordnung gebunden ist, und für die Staatsverwaltung und Justiz nur die direkten Auswirkungen der Grundrechte von dem Artikel 1 Absatz 3 des Grundgesetzes deklariert wurde. Die direkte Bindungswirkung von Richtern mit allen Normen des Grundgesetzes ist daher problematisch, weil von dieser Auslegung anstelle dem Parlament die Verfassungsrichter im Zentrum des Staates gestellt werden.

sie ist jedoch abstrakt und normativ sehr offen und deshalb muss sie konkretisiert werden, um Einzelfälle zu regeln. Die Frage ist daher, wer zu dieser Konkretisierung berechtigt ist, und wer schafft das konkretisierte Verfassungsrecht. Eine Antwort darauf war das Konzept der „Teilverfassungen“ am Ende der 70er Jahre, und nach diesem Konzept konnten die Teilverfassungen zwischen Verfassung und Gesetz in solcher Weise gestellt werden, dass von denen die einschlägigen Bestimmungen der Verfassung mit einigen wesentlichen Teilen der Gesetze verbunden wurden: „Eine Teilverfassung bündelt verfassungsrechtliche Vorgaben und verfassungsgeprägtes Gesetzesrecht in einem «gesellschaftsverfassungsrechtlichen» Subsystem. Auf diese Weise entstehen Wirtschafts-, Sozial- und Arbeitsverfassung, daneben Ämter- bzw. Dienstverfassung.“⁶⁴ Aber die deutschen Verfassungsrichter, die es im Lichte der Wirtschaftsverfassung geprüft hatten, lehnten es ab, ebenso wie die juristische Literatur auch, aber Ruffert hält es für theoretisch unterstützbar und lehrreich.

Ein anderes Konzept war für das Verhältnis zwischen Verfassung und Recht, wobei das erstere als Rahmen des Rechtssystem gefasst wurde. Dieses Konzept hätte dem gewöhnlichen Recht mehr Entscheidungsfreiheit als das der Konkretisierung gegeben werden und andererseits hätte die Verfassung eher entwertet werden als nur einen Rahmen. Wenn die Verfassung als bloßer Rahmen betrachtet würde, wäre dies nur ein Hindernis für die Gesetzgebungsfreiheit. Wenn jedoch die Grundrechte im Rahmen der Schutzpflicht betrachtet werden, können und müssen die Verfassungsrichter bei der Entscheidung über Einzelfälle auch prüfen, ob der Gesetzgeber seine Schutzpflicht in einem bestimmten Verhältnis erfüllt hat oder nicht, und daher können auch seine Unterlassungen und nicht nur seine Überschreitungen auf mögliche Grenzen überprüft werden.

Zusammenfassend Rufferts bisherige Betonung der Auswirkungen von Verfassungsgerichtsbarkeit kann behauptet werden, dass er aufgrund der Einstellung der deutschen Verfassungsrichter die Verfassung nicht

⁶⁴ Ruffert, *Vorrang der Verfassung*, 39.

als Rahmen für das Rechtssystem, sondern als Grundlage des Rechtssystems auffasst, die bereits die wichtigsten inhaltlichen Entscheidungen getroffen hat, und auf der Grundlage dieser Entscheidungen können die Verfassungsrichter bereits den Inhalt der Gesetze und ihre gerichtlichen Auslegungen prüfen. Wie Ernst Forsthoff einmal schrieb, enthält die Verfassung nach dieser Auffassung bereits das gesamte Rechtssystem auf den Punkt gebracht, und die Verfassungsrichter sind befugt, das gesamte Rechtssystem daraus zu extrahieren.⁶⁵ Nach dieser Auffassung bleiben die Verfassungsgarantien für die traditionellen Rechtszweige jedoch nicht in der Rolle der bloßen Schranken, sondern können nach Wunsch erweitert werden, und sie können sich also zu einem ganzen konstitutionellen Rechtszweig entwickeln.

Der obigen Debatte über die Unterscheidung zwischen der Verfassung als Rahmen oder Grundlage des Rechtssystems könnte kritisch hinzugefügt werden, dass nur im Lichte der tatsächlichen deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit gefolgert werden kann, dass aus der Auffassung der Verfassung als Grundlage des Rechts zwangsläufig die uneingeschränkte Eindringungsmöglichkeit der Verfassungsrichter folgt. Dem kann entgegengewirkt werden, dass wenn von den Verfassungsrichtern in ihrer Verfassungsauslegung die Demokratie als Teil eines demokratischen Rechtsstaats interpretiert wird, dann können sie ohne Sorge die als Grundlage des Rechts deklarierte Verfassung auch als Grundlage des Rechtssystems interpretieren. Es ist wichtig, dies hervorzuheben, da die ungarische Verfassung seinen Status als „Grundlage des ungarischen Rechtssystems“ (Artikel R) (1) ausdrücklich festlegt. Nach der obigen Kritik sollte dies nicht verhindern, dass die Verfassung nicht als die das gesamte Rechtssystem in wichtigsten Zügen schon beinhaltende Grundnorm verstanden werden sollte, die zunächst von Verfassungsrichtern ausgearbeitet werden muss, sondern nur als Rahmen, der vor allem von der demokratisch gewählten parlamentarischen Mehrheit in den Gesetzen konkretisiert werden soll.

⁶⁵ Siehe: Ernst Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft* (München: Beck, 1971), 144.

Rufferts Analyse enthält jedoch eine vorsichtige Kritik an dem Verfassungsgericht, das die etablierte Dogmatik des Privatrechts nicht respektiert, aber diese Kritik selbst zeigt die eigeneartigen Wertungen in der deutschen Rechtsliteratur. Es weist darauf hin, dass durch die Einbeziehung der ursprünglich im Privatrecht entwickelten Konzepte in den Text des Grundgesetzes (häufig in Form einer Erwähnung wie in Artikel 74 über die konkurrierende föderale und nationale Zuständigkeiten) verdoppelt werden und von den Verfassungsrichtern dann diesen Begriffen eine inkompatible Bedeutung gegeben werden. Dies war der Fall bei der Wahrnehmung des Mieterrechts als Eigentum im Jahr 1993, als das „Eigentum des Mieters“ durch Berufung auf den verfassungsmäßigen Schutz des Eigentums gegen die Eigentümer geschützt wurde.⁶⁶ Gegen dieses Eindringen und die Erosion traditioneller privatrechtlicher Dogmatik bemüht sich Ruffert, die Verfassungsrichter daran zu hindern, die Konzepte der Privatrechtsdogmatik über Jahrhunderte der Entwicklung hinweg zu modifizieren, und zu betonen, dass sie nicht nur das Ergebnis einmaliger gesetzgeberischer Entscheidungen sind. Darüber hinaus schützt er das Privatrecht gegen das Eindringen der Verfassungsrichter, indem er seine lebensnahe Natur hervorhebt.⁶⁷ Aber selbst dieses Eindringen wird von ihm durch die Tatsache gemildert, dass selbst wenn dieser verfassungsgerichtliche Eingriff

⁶⁶ Ruffert, *Vorrang der Verfassung*, 46: „Am 26 Mai 1993 entschied das Bundesverfassungsgericht: «Das Besitzrecht des Mieters an der gemieteten Wohnung ist Eigentum im Sinne von Art. 14. Abs. 1. Satz 1 GG.» Der Unterschied zwischen Besitz und Eigentum gehört zu den grundsätzlichen Differenzierungen innerhalb des Zivilrechtssystems des BGB. Die Einsicht, dass die Wohnung nicht dem Mieter gehört, ist nicht nur jedem Juristen geläufig, sondern prägt auch das Rechtsbewusstsein der Bevölkerung. (...) Die Kernfrage, die sich diesem Kontext stellt, geht darin, ob die Verfassungsbindung des Privatrechtsgesetzgebers sich auch auf der Ebene der fachgerichtlichen Interpretation fortsetzt, ob also das Verfassungsrecht insoweit die Auslegung einfachgesetzlichen Rechts determiniert.“

⁶⁷ Ruffert, *Vorrang der Verfassung*, 47: „Rechtsbegriffe und -institute des Zivilrechts sind zumeist nicht Ergebnis einer einzigen gesetzgeberischen Entscheidung, sondern lassen sich in ihrer Entstehung bis in das Römische Recht, dessen Rezeption und andere Phasen oder Quellen der Zivilrechtsbildung zurückverfolgen. Diese Tradition vermag in vielen Fällen eine dem jeweiligen Institut eigene Rationalität vermitteln, denn traditionelle Institutionenbildung führt dazu, dass über die zeitliche Evolution unsachgemäße Lösungen ausgeschieden und vorteilhafte Konzepte aufrechterhalten werden. (...) Hinzu kommt, dass die Entwicklung

in das Privatrecht bereits besteht, man trösten kann, weil der Geist der verfassungsgerichtlichen Konzepte selbst im Wesentlichen aus dem Privatrecht stammt und er zitiert vom Ende des 19. Jahrhunderts die berühmten Professoren des öffentlichen Rechts, *Carl Friedrich von Gerber* und *Paul Laband*, die eine systematische Bereinigung des öffentlichen Rechts von den privatrechtlichen Konzepten forderten.⁶⁸ Im weiteren Sinne trägt dieser Trost natürlich wenig dazu bei, Dogmatikern im Strafrecht und in anderen traditionellen Rechtsdisziplinen zu helfen. Abschließend sei darauf hingewiesen, dass die deutsche Verfassungsgrundlage zwar auf der Komponente der Demokratie innerhalb des rechtsstaatlichen Postulats eines demokratischen Staates beruht, dies jedoch bekommt keine Hervorhebung in dieser Analyse. Außerdem, wenn Ruffert die Verstöße gegen die Privatrechtssetzung und die privatrechtliche Rechtsprechung erörtert, betont er ausdrücklich nur die letztere als schutzwürdig.

2. Lehren aus der alternativen Thematisierung der Rechtsverdoppelung

Es muss gesehen werden, dass das Nebeneinander vom Verfassungsrecht und einfachen Recht in der deutschen Literatur, obwohl das im Wesentlichen eine Verdoppelung des Rechtssystems erklärt, dies nur implizit tut und infolgedessen keine weiteren Forschungslinien vorlegt, die im Falle der bewussten Thematisierung selbstverständlich wäre. Wie sind zum Beispiel die Probleme im Fall der konstitutionellen Rechtsbereiche, die im Fall des traditionellen, einfachen Rechts seit Jahrhunderten erforscht wurden? Schließlich können hier die meisten Fragen der Rechtstheorie aufgeworfen werden, die bereits in Bezug auf die traditionellen Rechtszweige untersucht wurden. Das bewusste Aufwerfen der Frage über

des Zivilrechts durch Privatrechtgesetzgebung und vor allem Zivilrechtsprechung eine besondere Nähe zu den Sachproblemen aufweist.“

⁶⁸ Ruffert, *Vorrang der Verfassung*, 50.

die Rechtsverdoppelung selbst ermöglicht es uns daher, eine Reihe von Aspekten der neuen konstitutionellen Rechtsbereiche mit den traditionellen Rechtszweigen zu vergleichen. Was ist zum Beispiel der Unterschied zwischen der Gerichtsbarkeit in Bezug auf das einfache Recht und die Verfassungsgerechtigkeit? Was kann sich aus der Konfrontation zwischen spezialisierter Gerichtsbarkeit des einfachen Rechts und der generalistischen Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa ergeben, wo seit Jahrhunderten nur die spezialisierte Gerichtsbarkeit existiert und sowieso das ganze Juristentum auch nur in gegenüber geschlossenen Juristenprofessionen spezialisiertes Fachwissen hat? Das bewusste Aufwerfen der Rechtsverdoppelung kann an sich etwas Neues bringen nicht nur im Vergleich zu der reichlich diskutierten, alternativen Thematisierung in Deutschland, sondern auch in Bezug auf den Rechtsbegriff, wenn parallel damit auch die Vielschichtigkeit des Rechts einbezogen wird. Dies führt zu einer Reihe von Vergleichen über die verschiedenen Relevanz von Text, Dogmatik und Fallrecht zwischen den neuen konstitutionellen Rechtsbereichen und den traditionellen Rechtsbereichen, und nicht nur eine diffuse Gegenüberstellung beider Rechte – Verfassungsrecht versus einfaches Recht, auftaucht. Somit kann die Bedeutung des hier diskutierten Verdoppelungskonzepts und die Neuheit der sich daraus ergebenden Fragen in Bezug auf das bei den Deutschen anzutreffende alternative Verdoppelungsthematisierung vernünftigerweise angegeben werden. Aber welche Aspekte können aus der alternativen Thematisierung entnommen werden, mit denen auch meine Theorie der Rechtsverdoppelung bereichert werden könnten? Unter einem Gesichtspunkt haben mich die obigen Analysen sicherlich inspiriert, und dies betrifft die Abgrenzung und Klärung des (traditionellen) Verfassungsrechts, der neuen konstitutionellen Rechtszweige und der traditionellen einfachen Rechtszweige.

Die erste Lektion ergab sich aus der Untersuchung der Beziehungen, die durch die Begriffe von „spezifischem Verfassungsrecht“ oder häufiger „konkretisiertem Verfassungsrecht“ gekennzeichnet sind. Das erste impliziert, dass ein spezifisches Verfassungsrecht die Grundrechte oder

Grundrechtsbündel, die in das deutsche Grundgesetz aufgenommen wurden, als Verfassungsgarantien in Bezug auf einen traditionellen Rechtszweig einschließt. Somit zerlegt dieser Begriff die Verfassung und trennt durch Abschneiden die Grundrechte der verschiedenen Rechtszweige als besondere Verfassungsrechte von dem traditionell als Staatsrecht bezeichneten Verfassungsteil, der größtenteils interne und wechselseitige Beziehungen zwischen Organen der Staatsmacht und Wahlrechten der Bürger umfasst. Natürlich müssen diese wenigen Grundrechtssätze in der Verfassung mit den in den Hunderten von Verfassungsgerichtsentscheidungen festgelegten Normen verstanden werden und sie enthalten daher gemeinsam den Inhalt des spezifischen Verfassungsrechts. Die mit diesem Konzept erfassten Beziehungen können somit in zwei Richtungen verfolgt werden. Zum einen trennt es das über das gesamte Rechtssystem erhobene Verfassungsrecht von innen heraus und es beinhaltet, obwohl es nur die Grundrechte ausdrücklich als spezifisches Verfassungsrecht bezeichnet, implizit als Gegenkonzept auch das Kernverfassungsrecht. Dabei unterscheidet es das traditionell als Staatsrecht bezeichnete Regulierungsmaterial und seinen konzeptuellen, dogmatischen Kontext von den spezifischen Verfassungsrechten, also von der Sektion Grundrechte. Andererseits geben die spezifischen Verfassungsrechte, die über das Kernverfassungsrecht hinausgehen, ein äußeres Signal, und in diesem Zusammenhang können sie als die konstitutionalisierten Versionen bestimmter traditioneller Rechtszweige aufgefasst werden. So wird das Sonderverfassungsrecht des Strafrechts gebräuchlich als „Verfassungsstrafrecht“ und die andere als „Privatverfassungsrecht“, „Arbeitsverfassungsrecht“, „Finanzverfassungsrecht“ usw. bezeichnet wurden benannt. Wenn man diesen Inhalt aufblöße Verfassungsgarantien der traditionellen Rechtszweige beschränkt, könnte man nicht wirklich von einer Verdoppelung des Rechtssystems sprechen, sondern lediglich von der Hinzufügung neuer Teile zu den traditionellen Rechtszweigen. Sie werden nur dann zu umfassenderen neuen konstitutionalisierten Rechtszweigen – im Wettbewerb mit der Dogmatik traditioneller Rechtszweige –, wenn sie durch eine radikale weitere Expansion über die ursprünglichen

Verfassungsgarantien hinausgehen. Dies geschah im Privatrecht, als die deutschen Verfassungsrichter in 1958 über die horizontale Wirkung der Grundrechte zwischen privaten Parteien entschieden und damit das gesamte Privatrecht unter ihre Kontrolle brachten, oder im Strafrecht, als einige Strafrechtsprofessoren versuchten, ein Strafverfassungsrecht zu etablieren, um mit Hilfe des Konzept von *Ultima Ratio* eine verfassungsrechtliche Grenze vor der Strafmacht des Staates zu setzen. Anstelle der früheren Empfehlungen *de lege ferenda* der Juristen begannen sie, als Inspektoren der Strafjustiz des Staates zu fungieren.

In Ungarn wird für diese Zusammenhänge den Namen des „konstitutionalisierten Privatrechts“, „konstitutionalisierten Strafrecht“ usw. benutzt und inhaltlich erinnern sie an den deutschen Begriff „konkretisiertes Verfassungsrecht“. Wir können aber ihm auch die Bedeutung geben, dass sie die Verfassungsbestimmungen gemeinsam mit den durch die Verfassungsgerichtsentscheidungen konkretisierten Normen bedeuten, also sie die spezialisierten und konkretisierten Verfassungsrechte sind. Wenn wir unter „verfassungsrechtlichem Strafrecht“, „privatem Verfassungsrecht“, „verfassungsrechtlichem Arbeitsrecht“ usw. nur die Hinzufügung der Verfassungsgarantien zu den traditionellen Rechtszweige verstehen, kann diese eingeschränkte Thematisierung als akzeptabel angesehen werden.

Zusammenfassend lässt sich das Problem der Verfassungsregulierung des gesamten Rechtssystems, die von der Verfassungsgerichtsbarkeit kontinuierlich konkretisiert wird, und die Beziehungen der Rechtszweige in folgender Weise darzustellen. (1) Zunächst scheint es angebracht, die konstitutionellen Regulierung des ganzen Rechtssystems und nicht als Verfassungsrecht zu bezeichnen, um ihre Bedeutung als einfacher Rechtszweig verwerfen zu können und im Gegensatz dazu als ein übergeordneter Teil des gesamten Rechtssystems betrachten zu können. (2) Historisch gesehen bezieht sich diese höhere konstitutionelle Regelung seit Ende des 18. Jahrhunderts auf der Organisation staatlicher Macht. Sie wurde von den Deutschen und später auch in Ungarn als Staatsrecht bezeichnet und sie hat seit Jahrzehnten den Namen des Verfassungsrechts in Ungarn. (3) Um

jedoch eine klare Unterscheidung zwischen Namen zu gewährleisten, erscheint es notwendig, diesen zentralen Teil des Verfassungsrechts (Kernverfassungsrecht) als das *Staatsmachtsrecht* zu bezeichnen, anstatt ihn einfach zum Staatsrecht zurückbenennen, da es seine Unterscheidung vom Verwaltungsrecht besser betont. (4) Andererseits kann das Staatsmachtrecht nicht als Ganzes in die Verfassung hineingenommen werden, obwohl diese Beziehungen normalerweise die Grundlagen ihrer Regulierung vollständiger in der Verfassung erhalten, da Gesetze, die ihre Verfassungsregeln konkretisieren (Wahlssystem, Gerichtssystem usw.), außerhalb der Verfassung liegen. (5) Es ist möglich, die spezifischen und konkretisierten Verfassungsrechte in dieses System aufzunehmen, die zusammen die Verfassungsgarantien jedes traditionellen Rechtszweigs, die relevanten Grundrechte und die sie spezifizierenden verfassungsgerichtlichen Entscheidungen enthalten und als Ergänzung zu den traditionellen Rechtszweigen aufgefasst werden können. In diesem engeren Sinne ergänzen und beschränken sie in einigen Aspekten die Dogmatik der traditionellen Rechtszweige, konkurrieren aber nicht mit ihnen. (6) So verstanden ist es möglich sie als Strafverfassungsrecht, privates Verfassungsrecht usw. zu benennen, wobei jedoch stets zu berücksichtigen ist, dass sie sich nur in komplementärem Sinne den traditionellen Rechtsgebieten anschließen, aber nicht als konkurrierende Verfassungsdogmatik dagegen aufgebaut werden darf.

Viertes Kapitel

Spezifisch-konkretisiertes Verfassungsrecht oder konstitutionelle Rechtszweigen



Im Folgenden werde ich näher auf das Verhältnis zwischen den Verfassungs-
garantien auf der Ebene einzelner Rechtszweige und dem internen Material
der Rechtszweige eingehen, wobei bereits einige Aspekte in den vorange-
gangenen Kapiteln behandelt wurden. Für jeden Rechtszweig betrachte ich
immer zuerst ausländische Analysen und Lösungen und dann die relevanten
ungarischen Studien. Am Ende des Kapitels versuche ich, den Grad der
konstitutionellen Durchdringung jedes Rechtszweigs in einer theoretischen
Synthese zusammenzufassen.

1. Konstitutionelles Privatrecht

Wie bereits in den einschlägigen Analysen der vorangegangenen Kapitel
gezeigt wurde, kann die Autonomie der dogmatischen Ordnung des Privat-
rechts durch die Eindringung der Grundrechte im unterschiedlichen Maße
beendet werden und das Privatrecht kann nur mit einem übergeordneten
System von konstitutionellen Überlegungen funktionieren. Die Verfassungs-
gerichtsbarkeit einiger Länder ist dabei geblieben, dass die Grundrechte
entsprechend ihrer historischen Existenz nur für den Schutz der privater
Parteien gegen den Staat funktionieren dürfen und die Beziehungen zwi-
schen privaten Parteien dem traditionellen Dogmatik und der Regulierung
des Privatrechts überlassen werden sollen. In vielen Ländern sind sie jedoch
darüber hinausgegangen, und die Grundrechte sind auch in die Regulierung
des Privatrechts eingedrungen, von der die Beziehungen zwischen privaten

Parteien geregelt wird. Die deutschen Verfassungsrichter waren wegweisend auch in diesen Bereich und sie beeinflussten die Verfassungsrichter anderer Länder. Sie haben eine Unterscheidung zwischen direkten und indirekten Einwirkung der Grundrechte entwickelt und abgelehnt die direkte Einwirkung, von der das Privatrecht zu stark beeinträchtigt würde, entschieden sie zugunsten der indirekten Einwirkung. Das bedeutet, dass die Priorität des Privatrechts bleibt, aber die relevante Grundrechte in seine Interpretation einbezogen werden muss. Die hier verwendete Argumentation geht jedoch darüber hinaus und in dem ersten Fall deklarierten sie, dass Grundrechte kulturelle Werte sind, die im gesamten Rechtssystem weitergegeben werden müssen, und später für die Rechtfertigung der Eindringung der Grundrechte auch die Schutzpflicht des Staates in dieser Hinsicht festgelegt wurde. Auf diese Weise sollen von den ordentlichen Gerichten immer richtig eingeschätzt werden, ob von den Regulierungen des einfachen Rechts der einschlägigen Grundrechtsschutzbereich nicht beschädigt werden und ob im Falle der Konflikt wie die Verhältnismäßigkeit beurteilt werden kann. Von diesen Verschiebungen wurden dann die nur indirekte Einwirkung der Grundrechte immer mehr illusorisch gemacht, und tatsächlich wurde die direkte Wirkung zustande gebracht.

In einem Artikel von *Wolfgang Lüke* aus dem Jahr 2017 wird diese Verschiebung hin zu einer direkten Wirkung dadurch beschrieben, dass die ursprüngliche indirekte Wirkung der Lüth-Regelung nur in Bezug auf die privatrechtlichen Haftungsregeln behauptet wurde, deren Verbote in vielerlei Hinsicht der verwaltungsrechtlichen Normen ähnlich sind. Das Urteil Lüth selbst hat dies durch Auswirkungen auf das Privatrecht betont.⁶⁹ Obwohl dies später in den 70er Jahren durch die Verpflichtung des

⁶⁹ Wolfgang Lüke, „Die Einwirkung der Grundrechte auf das Vertragsrecht des BGB“, *Ritsumeikan Law Review* 35 (2017), 158: „Beide Entscheidung befassten sich also mit der Fragen der Grundrechtsgeltung im deliktischen Bereich. Dies ist insofern Bedeutung, als er privatrechtlich kaum gestaltet wird. Hier erfüllt ein bestimmtes Geschehen, die Voraussetzungen eines gesetzlichen Haftungstatbestandes unabhängig von einem rechtsgeschäftlichen Willen. (...) Die hierin liegende Verhaltenssteuerung ist staatlichen Regeln im öffentlich-rechtlichen Verhältnis, die Gebote oder Verbote enthalten, ähnlich. Das Gericht

Gesetzgebers und der Justiz zum Schutz der Grundrechte erweitert wurde, wurde von dem Vorstoß der Grundrechte nach Lüke erst am Anfang der neunziger Jahre die privatrechtliche Vertragsfreiheit wirklich beeinflusst. Diese Verschiebung wurde von den deutschen Verfassungsrichtern in der sogenannten *Bürgerschaftsentscheidung* im Jahr 1993 zustande gebracht, in der die Praxis der Kreditaufnahme für ein Familiendarlehen überprüft wurde. Der Grund für diese Praxis war, dass Kreditnehmer ihr Vermögen häufig an ihre Familienangehörigen abschrieben und die Gläubigerbanken ungesichert ließen, wenn die Schuldner sich weigerten, ihre Forderungen vor Gericht zurückzuzahlen. In einigen Fällen waren die Familienmitglieder jedoch im Wesentlichen ohne jedes Einkommen und hätten sie doch Hunderttausende zurückzahlen müssen. Vor diesem Hintergrund entstand eine divergierende Entscheidungspraxis beim Bundesgerichtshof, und während sich eine seiner Kammern auf das Verhalten einer Bank konzentrierte, von der die offensichtliche Insolvenz des Bürgen nicht untersucht wurde, und deshalb gegen die Bank entschied, entschied die andere Kammer zugunsten der Bank und die Garantie erklärte für gültig und bindend aufgrund des freien Ermessen und der Vertragsfreiheit des Bürgers. Auf diese Weise wurde das Thema 1993 an die Verfassungsrichter verwiesen.

Es gab zwei Fälle, und in einem Fall war eine 21-jährige Tochter des Kreditnehmers die Bürgin die eine Kleinunternehmerin war, mit einem Mindestlohn, und sie musste 100 Millionen deutsche Mark für die Schulden ihres Vaters zahlen. In dem anderen Fall ging es um eine Frau, die zu Hause ein kleines Kind großzog, und kein eigenes Einkommen hatte. Sie war die Bürgin für das Darlehen ihres Ehemannes. Die Neuheit der Bürgerschaftsentscheidung der Verfassungsrichter bestand darin, dass von denen diese Bürgen als Verletzung des Rechts auf universelle Persönlichkeitsentwicklung in Artikel 2 Absatz 1 des deutschen Grundgesetzes und als Fremdbestimmung bewertet wurden. Auf diese Weise deklarierten sie, wenn sich eine Partei in einer sehr untergeordneten Position befindet und

stellt bereits in der Lüth-Entscheidung eine nahe Verwandtschaft mit der öffentlichen Recht fest und stützt auch hierauf seine Auffassung von der mittelbaren Drittwirkung.“

daher eine unverhältnismäßig belastende Verpflichtung eingegangen ist, bedeutet diese Situation bereits einen deutlichen Verlust der Autonomie. Neben der Feststellung der Verletzung des Grundrechts dieses Artikels haben die deutschen Verfassungsrichter zusätzlich Artikel 20 Absatz 1 und Artikel 28 Absatz 1 des deutschen Grundgesetzes einbezogen, in denen nicht nur die Rechtsstaatlichkeit, sondern auch die Sozialstaatlichkeit festgelegt ist.⁷⁰ Für diese grundrechtliche Auswirkung auf den innersten Teil des Privatrechts und die Revidierung der Vorrangstellung der privaten Autonomie wurde von der Bürgerschaftsentscheidung der Artikel 138 BGB hervorgehoben, der im Falle der Unmoral die Nichtigkeit des Vertrages deklariert. Es ist jedoch wichtig zu betonen, dass diese Entscheidung im Wesentlichen auf dem Selbstbestimmungsrecht beruhte, das sich von dem Grundrecht auf universelle Erweiterung der Persönlichkeit ableitete, einschließlich anderer Verfassungsartikel als Bestätigung, und von Artikel 138 BGB dieses Argument nur mit dem Privatrecht verschmolzen wurde, aber nicht als Entscheidungsgrundlage gesehen werden kann.

Von dieser endgültigen Eindringung der Grundrechte in das Privatrecht in Deutschland wird schon die direkte Wirkung der Grundrechte erreicht, obwohl dies nicht ausdrücklich angegeben wird, und im gesamten Rechtssystem ist nur die Auslegung der Normen des traditionellen Rechts mit Hilfe der Grundrechte, also die indirekte Wirkung, obligatorisch. Aus anderen Gründen ist eine solche direkte Grundrechtseindringung bereits bei Italienern zu finden. Auch hier wurde lange Zeit nur die indirekte Wirkung der Grundrechte anerkannt, und die Verlagerung auf direkte Wirkung begann erst 1994 und wurde von der *Corte di Casazione*, dem höchsten ordentlichen Gericht Italiens, durchgeführt. Grundlage hierfür war die Verknüpfung der

⁷⁰ Lüke, „Die Einwirkung der Grundrechte“, 161: „Grundlage für eine solche Korrektur sei die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie (Art. 2. Abs. 1 GG) und das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, Art 28 Abs.1 GG). (...) Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Beschluss eine wesentliche Begrenzung der Privatautonomie festgestellt. Bei aller Vertragsfreiheit dürften Verträge nicht Mittel zur Fremdbestimmung sein. Eine solche liegt nach seiner Auffassung vor, wenn eine Partei ein so starkes Übergewicht hat, dass sie den Vertragsinhalt einseitig bestimmen kann.“

Grundrechtsausübung mit dem Solidaritätsprinzip nach Artikel 2 der italienischen Verfassung und auch hier wurde die Unterordnung der schwächeren Partei zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses und der unverhältnismäßige Vorteil der anderen Partei als Grundrechtsverletzung bewertet. Auch hier wurde die Erklärung der Verfassungswidrigkeit in das privatrechtliche System durch ein Zwischenglied eingeführt, indem sie mit Hilfe der allgemeinen Klausel des italienischen Zivilgesetzbuchs über das Erfordernis von Treu und Glauben deklariert wurde.⁷¹

Werfen wir einen Blick auf die Analyse von *High Collins*, dem Professor von Oxford, aus dem Jahr 2018, die bei der Erörterung der Wirkung der Grundrechte zwischen privaten Parteien berücksichtigt werden muss, da versucht wird, zusätzlich zu den vergleichenden Analyse auch eine umfassende rechtstheoretische Begründung zu liefern.⁷² Collins geht auf die deutsche Debatte über die horizontale Wirkung der Grundrechte ein, einschließlich der Unterschiede zwischen indirekten und direkten Auswirkungen, und weist darauf hin, dass aufgrund der Unterzeichnung der Straßburger Menschenrechtskonvention in einigen Fällen die Auswirkungen der grundlegenden Menschenrechte als innerstaatliches Recht auch in Großbritannien anerkannt wurden. Er zitiert als Beispiel den Fall von *McDonald v. McDonald* in 2117, als eine junge Frau mit eingeschränkter Mobilität und geistiger Behinderung in einer von ihren Eltern gekauften

⁷¹ Maria Vittoria Onufrio, „The Constitutionalization of Contract Law in the Irish, the German and the Italian Systems: Is Horizontal Indirect Effect Like Direct Effect?“, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho* 4 (2007), 7: „In fact, as established by the Italian Corte di Cassazione, the contracting parties infringe the duty of good faith, when they infringe the duty of solidarity provided by art. 2 of the Constitution, which when applied in the field of contract law, requires that every contracting party, if possible and not contrary to his/her own interest, has to preserve the interest of counterparty, (...) As a result in this case, as well as in the German case illustrated above, the constitutional values played a leading role in fact, the court determined the outcome of the dispute by balancing the clashing fundamental principles and values, which were the contractual autonomy and the solidarity, whereas the role of clause of good faith seemed to be limited to transpose the outcome of this balance into the realm of contract law.“

⁷² Siehe: Hugh Collins, „Private Law, Fundamental Rights and the Rule of Law“, *West Virginia Law Review* 121, Nr. 1 (2018), 1–25.

Wohnung lebte und den vereinbarten Lohn aus ihrem staatlichen Zuschuss bezahlte. Aufgrund der Hypothek auf die Wohnung wurde jedoch eine Bank zum neuen Eigentümer nach der Finanzkrise von 2008 und sie beendete den Mietvertrag. Dann wurde die junge Frau vom neuen Eigentümer aufgefordert, auszuziehen. Ihre Anwalt argumentierte jedoch gemäß Artikel 8 EMRK, dass das Recht des Mieters auf die Wohnung durch ihr Recht auf Heim gegen das Recht des Eigentümers geschützt ist: „Jeder hat das Recht auf Schutz seiner Privatsphäre, seiner Familie, seines Heims und seiner Korrespondenz. „ (Artikel 8 Absatz 1) Da es sich um eine private Beziehung handelte, war das Eigentumsrecht der Bank zwar gemäß der Menschenrechtskonvention geschützt, aber der englische Oberste Gerichtshof akzeptierte, dass der Streit zwischen den privaten Parteien zwei Grundrechte enthielt, und sie setzen sich nicht nur vertikal in der Beziehung zwischen dem Staat und privaten Parteien durch. Infolgedessen akzeptierte er, dass der Streit durch die Berücksichtigung der widersprüchlichen Grundrechte der beiden Parteien in solchen Streitigkeiten beigelegt werden sollte: „The Supreme Court of the United Kingdom agreed that her eviction by the bank interfered with her right to home and that the private law of landlord and tenant should be aligned with that requirement in Article 8. (...) provided the bank followed the procedures set out in legislation for the eviction and conformed to any requirement in the lease, a proper balance would be struck between the right to a home and the right to property.“⁷³ Nach dieser Überlegung haben sich die obersten Richter zugunsten der Bank entschieden, aber die Auswirkungen der Grundrechte zwischen privaten Parteien und die Verpflichtung zur Anwendung des Privatrechts in Verbindung mit Grundrechten sind für die britischen Richter in diesem Fall deutlich sichtbar.

Collins weist darauf hin, dass in den Vereinigten Staaten seit 1948 eine eingeschränktere Anerkennung der privatrechtlichen Auswirkungen der konstitutionellen Grundrechte festgestellt wurde. Hier ging es um

⁷³ Collins, „Private Law“, 7.

Shelley v. Kramer-Fall, als der Schwarze *Shelley* ein Haus in St. Louis für ihre Familie kaufte, deren ursprünglicher Eigentümer zusammen mit anderen Nachbarn zuvor einen gegenseitigen Vertrag geschlossen hatten, um ihr Eigentum zu begrenzen, in dem sie sich verpflichteten, ihr Haus nicht den Schwarzen zu verkaufen. Auf dieser Grundlage beanstandete einer seiner Nachbarn, *Kramer*, den Kaufvertrag vor Gericht, um den Einzug des neuen schwarzen Eigentümers zu verhindern, und forderte die Erklärung der Nichtigkeit seines Eigentums auf der Grundlage des Nachbarschaftsvertrags. Das örtliche Gericht tat es, aber der Fall erreichte die obersten Bundesrichter, und die Richter des Obersten Gerichtshofs entschieden, dass die staatlichen Gerichte die Streitigkeiten vor ihnen immer im Lichte der relevanten konstitutionellen Grundrechte prüfen sollten, und wenn eine privatrechtlich sonst einwandfreie Transaktion einem Grundrecht widerspricht, dann kann von den Gerichten nicht bestätigt werden. Mit dieser Lösung wurde eine geringfügige Version der horizontalen Wirkung der Grundrechte in das US-Rechtssystem eingeführt, die zu einem Aspekt von der *state action-doctrine* wurde, die zuvor versucht hatte, die horizontale Wirkung auszuschließen.⁷⁴ In gleicher Weise war die 1964 im Bereich der Verleumdung zwischen privaten Parteien geschaffene Formel eine Anerkennung dieses Einflusses. Im Fall von *New York Times v. Sullivan* wurde deklariert, dass die private Haftung zugunsten der Grundrechte in den Hintergrund tritt, wenn der Verleumder die Falschheit seiner Behauptung nicht kannte und er in dieser Hinsicht auch nicht fahrlässig war. Da dieses Grundrecht sogar falsche Ansprüche privater Parteien innerhalb dieser Grenzen schützt,

⁷⁴ Siehe zu der Analyse dieser Doktrin den Artikel von Jud Mathews [Jud Mathews, „State Action Doctrine and the Logic of Constitutional Containment“, *University of Illinois Law Review* 2 (2017), 655–679.] Das *state action doctrine* tauchte in einer Entscheidung in 1883 auf, von der *Civil Rights Act* als verfassungswidrig deklariert wurde, weil US-Supreme Court die Grundrechte in den privaten Verhältnissen nicht akzeptiert hatte: „The state action rule inaugurated a policy of constitutional containment, erecting a *cordon sanitaire* that kept constitutional rights out of the private law.“ (Seite 664.) Dies wurde einigermaßen in 1948 in der Entscheidung von *Shelley v Kramer* modifiziert, aber die allgemeine horizontale Wirkung der Grundrechte wurde auch in dieser Entscheidung nicht angenommen.

kann das Gericht wegen der *state action doctrine* nicht entscheiden, anderweitig privatrechtlich geschuldeten Schadenersatz zu gewähren.⁷⁵

Collins beschreibt die Kritik und Befürchtungen dieser Entwicklungen in der angloamerikanischen Rechtsliteratur, beginnend mit der Tatsache, dass die Auswirkungen der Grundrechte die privatrechtlichen Doktrinen untergraben, die sich aus vielen Generationen von Rechtswissen und Rechtsprechung herauskristallisiert haben, im Gegensatz zu den neuen Grundrechtslehren. Es wurde jedoch auch kritisiert, dass die Wirkung von Grundrechten, die sehr offen und kaum normativ sind, im Gegensatz zu fallnahen und genaueren Regeln des Privatrechts zu einer starken Verschlechterung der Rechtssicherheit führt. Nachdem diese Kritik jedoch von ihm präsentiert wurde, bestätigt er, dass wenn von den Grundrechten die Anordnung des traditionellen Rechts nur korrigiert, aber nicht beseitigt werden, kann diese Veränderung als eine Verbesserung betrachtet werden: „I shall argue that the constitutionalization of private law forms part of a broader movement to reconceive the foundation of the legal system not in terms of a closed system of rules but rather as a coherent body of individual rights.“⁷⁶

Die rechtstheoretische Grundlage von Collins bei dieser Bewertung ist ein modifizierter Begriff des Rechtssystems, der das Rechtssystem nicht als ein System von Regeln, sondern als ein System individueller Rechte betrachtet, das Collins aus Dworkins in den 1980er Jahren etablierter Rechtstheorie übernimmt. Dworkins gesamte theoretische Tätigkeit war ab Anfang der 1960er Jahre gegen den Rechtsbegriff als Regelsystem, und er sprach sich zunächst gegen Harts Rechtstheorie im Lichte allgemeiner Rechtsgrundsätze aus, dann ab Mitte der 1970er Jahre aufgrund der konstitutionellen Grundrechte. Von Dworkin wurde als Zusammenfassung seiner Rechtstheorie in den 1980er Jahren zwei gegensätzliche Versionen der Rechtsstaatlichkeit formuliert, wobei eine das Recht als ein in den Kodizes enthaltenes Regelsystem und die andere als ein System individueller Rechte auffasste. Das erste ist, dass öffentliche Maßnahmen zwar in der Regel nicht

⁷⁵ Collins, „Private Law“, 6.

⁷⁶ Collins, „Private Law“, 3.

gegen eine Person gerichtet sein dürfen, der Staat dies jedoch nach seinen eigenen Regeln tun kann, wenn die allgemeinen Regeln des allgemeinen Rechts dies zulassen. Im Gegensatz dazu basiert ein anderes von Dworkin vertretenes Konzept auf der Meinung, dass die Bürger vor der staatlichen Regulierung politische und moralische Rechte haben und dass die positiven staatlichen Regeln, die vom Staat geschaffen und von seinen Richtern angewendet werden, diese bereits respektieren müssen. Während die Richter in ihren Entscheidungen in bestimmten Fällen bestimmte Gesetzbücher anwenden müssen, die positive gesetzliche Regeln und Gesetze enthalten, müssen sie diese immer so interpretieren, dass die Grundrechte des Einzelnen nicht verletzt werden. Wenn die Regeln im Einzelfall keine solche Auslegung zulassen (dies sind „schwierige Fälle“, *hard cases*), muss der Richter die Regel aufheben und somit eine Entscheidung in Übereinstimmung mit den Grundrechten treffen.⁷⁷ Collins betrachtet die Grundrechte, die in das Privatrecht eingedrungen sind, dass sie trotz aller Nachteile dieser Entwicklung im Allgemeinen auf die Verbesserung des Rechtssystems abzielt. Zum Abschluss der Darstellung der Position von Collins muss jedoch geprüft werden, inwieweit diese Analyse akzeptiert werden kann und welche Seiten möglicherweise verdeckt wurden, um seine positive Bewertung ermöglichen zu können.

Meiner Ansicht nach können zwei wichtige Verdeckungen aufgedeckt werden, wenn wir uns der früheren Analyse nähern. Zum einen geht er problemlos davon aus, dass die Bürger Rechte haben, die bei Verletzung dazu führen können, dass der Richter die staatlichen Regeln beiseite schiebt. Dabei berücksichtigt er jedoch nicht, dass die konstitutionelle Grundrechte meistens normativ leer und damit offen sind, und um Verletzungen festzustellen, müssen die Richter mit mehrfacher Konkretisierung und

⁷⁷ Collins, „Private Law“, 24: „The rights conception of the Rule of Law requires judges to enforce the law according to its plain meaning because those transparent rules usually express an accurate public conception of individual rights. But there will be cases, known as hard cases, where it will be necessary to depart from existing rules of law, even though those rules contain prima facie evidence of what rights people have, in order to uphold the true rights of citizens properly and accurately.“

Interpretation der Grundrechte den normativen Inhalt selbst erstellen. Und mit mehreren Konkretisierungsschritten kann es an jedem Punkt in eine Reihe von Richtungen variieren, und sie können zu einer Reihe gegensätzlicher Grundrechte führen, einschließlich solches, dem das geltende Recht entspricht. Während Dworkin und Collins die Grundrechte des Einzelnen als befehlend darstellen, handelt es sich in Wirklichkeit um fast leere Erklärungen vor einer gerichtlichen Auslegung, und der Konflikt zwischen staatlichen Regeln und den Grundrechten entsteht größtenteils durch schrittweise Ausgestaltung in der gerichtlichen Konzeptualisierung. Mit anderen Worten, die umstrittenen staatlichen Rechtsvorschriften greifen nicht in die Grundrechte selbst ein, sondern in das vom Richter gewählte konkretisierte Grundrechtskonzept. Durch die Beseitigung dieser Unklarheit kann jedoch gesagt werden, dass meistens nicht das Grundrecht und die gesetzliche Rechtsvorschrift des Staates in Konflikt steht, sondern von diesen Rechtsvorschriften nur die vom Richter geschaffene Grundrechtsauslegung beeinträchtigt wird. An dieser Stelle könnte man sich jedoch fragen, warum die Konkretisierung der Grundrechte der Justiz edler wäre als eine gesetzgeberische Regelung?!

Hier öffnet sich die Möglichkeit, um auf eine andere Verdeckung hinzuweisen. Immerhin beziehen sich Dworkin und Collins nur auf das Regelbuch des Rechts kontrastierend mit dem Konzept der individuellen Rechts, betonen aber nicht, dass in dem letzten Jahrhundert in der westlichen Ländern die Gesetzgebungsbefugnis in auf politischer Demokratie basierenden staatlichen Systemen durch mehrheitliche parlamentarische Gesetze ausgeübt wird, die auf der Wahl von Millionen von Bürgern beruhen und bei Änderungen der Ansichten von Millionen Menschen zyklisch zu Gesetzesänderungen führen. Wenn wir also diese Unklarheit beseitigen, kann es gesehen werden, dass die Ablehnung der Regelbuchversion von Rechtsstaatlichkeit auch den Verzicht auf demokratiebasierten Staatsaufbau bedeutet.

Sobald die Verdeckungen beseitigt und die Zusammenhänge besser verstanden wurden, bleibt die Frage, inwieweit von einer zusätzlichen neuen Rechtsformierung über den Gesetzgebungsprozess – im Wesentlichen von

der Verfassungsgerichtsbarkeit und der Höchstgerichte – die politischen und rechtlichen Willensbildung des Staates verändert wird. Von dieser Veränderung wird zwar eine Reihe von Änderungen in jedem Land verursacht, ich glaube jedoch, dass eine gemeinsame Änderung hervorgehoben werden kann. Das heißt, über der Willensbildung der Gesetzgebung auf der Ebene der Millionen von Bürger eine neue Rechtsformierungsstruktur entsteht, die von den höchsten Richtern und Verfassungsrichtern und von der intellektuellen Elite und der dahinter stehenden Wirtschaftselite bestimmt wird. Während der demokratischen Gesetzgebungsprozesse in der Ausarbeitung von Regeln auf den ministerienspezifischen Bürokratien beruhen und in dieser bürokratischen Gesetzvorbereitung auch die Interessen der Interessengruppen eingebaut werden, wird von der neuen Rechtsformierungsstruktur des Verfassungsgerichts und der Höchstgerichte eine weitere Korrektur und Ergänzung zu dem Recht gegeben. Auf diese Weise funktioniert das Recht und der Staat anders, als wenn sie nur von der Demokratie bestimmt würden. Die neue Rechtsformierungsstruktur über der Gesetzgebung kann bewertet werden, dass auf diese Weise die demokratische Rechtsformierung als evolutionäres Gut bleibt, aber zusätzlich mit der Überformierung von einer intellektuellen und wirtschaftlichen Elite mit Hilfe der Verfassungsgerichtsbarkeit existiert. Die Legitimierung dieser Rechtskorrektur wird dann von der individuell rechtsbasierten Version der Rechtsstaatlichkeit in der Dworkinschen Theorie geleistet.

In Bezug auf die ungarischen Standpunkte zur Konstitutionalisierung des Privatrechts erinnere ich mich nur an die Vorbehalte, die bereits in früheren Analysen in den Positionen von László Székely, Barna Lenkovics und teilweise Attila Menyhárd gesehen wurden und die Konstitutionalisierung positiv wertende Standpunkt von Fruzsina Gárdos-Orosz. Letzteres kann zwar nicht ausreichend für seine gründliche und umsichtige Bearbeitung gelobt werden, aber ich glaube, dass der bejahende Standpunkt schon in dem Ausgangspunkt ihrer Analyse als Kritik angeführt werden können, weil von dem die Analyse des Autors trotz ihrer Gründlichkeit einseitig gemacht wird.

Daher kann bei der Aushandlung des Privatrechts von Gárdos-Orosz erste Kritik schon in Bezug auf die „Öffentlichrechtlichung“ des Privatrecht geäußert werden. Ab Beginn des 20. Jahrhunderts bedeutete dieser Prozess einen staatlichen Eingriff in die bisher uneingeschränkte Vertragsfreiheit, sowohl als Belastung des Eigentums als auch als Einschränkung bestimmter Aspekte der Vertragsfreiheit und insbesondere langfristiger Arbeitsverträge, die zu der Absonderung des Arbeitsrecht von dem Privatrecht führte. Dies war das Ergebnis langjähriger politischer Kämpfe und parlamentarischer Gesetzgebungskämpfe und am Ende wurde das abgesonderte Arbeitsrecht zustande gebracht. Später, mit dem Aufkommen des Verfassungsgerichtsbarkeit, gab es natürlich an einigen Orten, einschließlich der Deutschen, zusätzlich zum parlamentarischen Gesetzgebungsprozess einen Schritt hin zu einer teilweisen Öffentlichrechtlichung des Privatrechts, aber dies war nur eine Alternative zur Verschiebung durch gesetzgeberischen Weg. Im Gegensatz dazu ist die Öffentlichrechtlichung in der jetzt kritisierten Monographie implizit gleichbedeutend mit der Konstitutionalisierung des Privatrechts.⁷⁸ Es wird jedoch verborgen, dass die Öffentlichrechtlichung in diesem Bereich überhaupt nicht verlangt hat, dass dies durch die Konstitutionalisierung erfolgt, wie im vorherigen Kapitel in der Analyse des amerikanischen Autors Ian Holloway erörtert.

Ich sehe auch die Anerkennung des horizontalen Effekts in der Analyse von Gárdos-Orosz im Fall der amerikanischen *state action-doctrine* einseitig hervorgehoben. Wie ich bereits in einem Zitat aus der Studie von *Jud Mathews* erwähnt habe, sollte diese Doktrin ursprünglich die Auswirkungen von Verfassungsgrundrechte zwischen privaten Parteien ausschließen und spielte in der Entscheidung *Shelley v. Kramer* von 1948 nur eine Rolle in dieser Richtung. Es hielt es jedoch für durchaus legitim, von den Anforderungen der Grundrechte in den Beziehungen zwischen privaten Parteien abzuweichen, und untersagte nur deren gerichtliche Durchsetzung. Es ist also keineswegs eine Version der deutschen, indirekten, horizontalen

⁷⁸ Siehe: Gárdos-Orosz, *Alkotmányos polgári jog*, 33–34.

Wirkung, geschweige denn eine direkte Wirkung. Dieses „Minus“ ist jedoch in den Analysen des Bandes nicht sichtbar, und im Gegensatz zum Deutschen wird die minimale Anerkennung seines Einflusses auf das Privatrecht hier nicht hervorgehoben, so dass es nur als Beispiel für einen weltweiten Trend zur Konstitutionalisierung des Privatrechts erscheint.⁷⁹

Der Band kann aber auch dafür kritisiert werden, dass er die Position von Uwe Diederichsen, eines der größten Kritiker der Konstitutionalisierung des Privatrechts durch die deutschen Verfassungsrichter, in solcher Weise darstellt, dass Diederichsen anstelle der indirekten Grundrechtswirkung die direkte Wirkung bevorzugt.⁸⁰ Diederichsens Kritik an dieser Entwicklung wird daher beseitigt, und wie beim gesamten Band muss das Fehlen einer regelmäßigen Diskussion der Kritiken dieser Entwicklung in der Literatur aller betroffenen Länder behauptet werden.⁸¹ Die Position des Autors ist in diesem Bereich jedoch zurückhaltender als beispielsweise die von *Tamás Lábady*, ungarischer Professor und ehemaliger Verfassungsrichter, der die direkte Wirkung der Grundrechte unterstützte, weil er nur die Anerkennung der indirekten Wirkung befürwortet.

Mein Standpunkt in dieser Hinsicht liegt in meinen parallelen und abweichenden Meinungen, die ich als Verfassungsrichter den Entscheidungen des ungarischen Verfassungsgerichts beigefügt habe. Ich kann es zusammenfassen, dass obwohl ich nicht einmal die indirekte Auswirkung der Grundrechte im Privatrecht anerkenne, tritt die öffentliche

⁷⁹ Gárdos-Orosz, *Alkotmányos polgári jog*, 41–45.

⁸⁰ „Diederichsen macht ferner geltend, dass der indirekte horizontale Effekt durch die Einführung des neuen Ansatzes durch das Bundesverfassungsgericht aufgehoben worden sei, da die neue Fälle zeigen, dass der Inhalt der Verträge auf der Grundlage der Bestimmungen des Grundgesetzes beurteilt werden müssen.“ (Gárdos-Orosz, *Alkotmányos polgári jog*, 60).

⁸¹ Gegen den kritisierten Autor sollte die Studie von András Téglási zitiert werden, von der Diederichsens kritische Haltung gegenüber der Konstitutionalisierung des Privatrechts am deutlichsten hervorgehoben wird: „Diederichsen weist darauf hin, dass diese Funktionsänderung des Verfassungsgerichts dazu führt, die Bestimmungen des BGB und die dafür zustande gebrachten gerichtlichen Auslegungen beiseite schieben zu müssen.“ (Téglási, „Az alapjogok hatása“, 149.) Für eine ausführliche Analyse von Diederichsens Kritik siehe: Molnár András, Téglási András und Tóth J Zoltán, „A magánjogi és az alapjogi érvelések együttlélése“, *Jogelméleti Szemle* 2 (2012), 88–117.

Angelegenheit in den privaten Rechtsstreit auf, dann rechtfertigt es meines Erachtens auch die Einbeziehung des einschlägigen Grundrechts in die Entscheidung des Falls. Aus meiner Sicht ergibt sich auch aus der Auslegung des Erfordernisses nach Artikel 28 der ungarischen Verfassung, dass die Richter die geltenden gesetzlichen Bestimmungen gemäß der Verfassung so auslegen müssen, dass die Einbeziehung von Grundrechten in die Auslegung nur in Fällen vom Staat gegenüber den Privatpersonen eingeschränkt wird. Die Einbeziehung einschlägiger Verfassungserklärungen aus den Grundbestandteil der Verfassung („Alapvetés“) ist meiner Meinung nach jedoch auch nach Artikel 28 in den Beziehungen zwischen privaten Parteien möglich. Dies erfordert jedoch in allen Fällen besondere Überlegungen und kann erst nach regelmäßigen Debatten in dem Entscheidungsgremium des Verfassungsgerichts beantwortet werden, die leider bisher nur in sehr wenigem Masse geschehen sind.

2. Konstitutionelles Arbeitsrecht

Eine Studie von *Judy Fudge*, der englischen Professorin aus dem Jahr 2015 zeigt deutlich die Motivationen auf, von denen die Arbeitsrechtsanwälte, Arbeitgeberverbände, und Gewerkschaften bei der Wahl des richtigen Wegs zur Weiterentwicklung der Regulierung der Arbeitsverhältnisse bewegt werden, um die vorteilhafteste Position im Bereich des Arbeitskampfes erreichen zu können. Die erste Phase der Änderung des Arbeitsrechts hat aufgrund ihrer Analyse erstmals in den 1970er Jahren stattgefunden. Dann, nach dem goldenen Zeitalter der friedlichen Zusammenarbeit der Arbeitgeberverbände und der Gewerkschaften, hat die Privatisierung und der Rückzug des Staates aus der Wirtschaft parallel zur Vollendung der Organisationsrolle der Marktwirtschaft angefangen. Auf diese Weise wurde die Grundlagen des bisherigen Arbeitsrechts zerstört und seine Wiedereingliederung in das Privatrecht hat angefangen. Damit wurde das besondere Problem der abhängigen und untergeordneten Arbeitnehmergruppen aus

der Regelung des Rechts gestrichen. Zu dieser Zeit wurde die Vertrags- und Unternehmensfreiheit, die am besten durch den dogmatischen Rahmen des Privatrechts angegangen werden konnte, zum Hauptaspekt, aber die Abhängigkeit und ungleiche Position des Arbeitnehmers von der anderen Vertragsseite, dem Arbeitgeber, wurde beseitigt. Die arbeitsrechtlichen Verwehrstellen, gewerkschaftlich organisierte Gewerkschaften in Europa, begannen Mitte der neunziger Jahre – in Kanada seit Ende der achtziger Jahre – einen neuen Kurs einzuschlagen, der auf ihren konstitutionellen Grundrechten beruhte, zu kämpfen. So hat sich in den letzten dreißig Jahren das Arbeitsrecht hier verdoppelt und parallel zum traditionellen gesetzgeberischen Arbeitsrecht wurde ein konstitutionalisiertes Arbeitsrecht zustande gebracht.

In Kanada hat die Grundrechtecharta von 1982 das gesamte Rechtssystem revolutioniert und es dem Obersten Gerichtshof ermöglicht, eine starke Kontrolle sowohl über die parlamentarische Gesetzgebung als auch über das traditionelle Recht auszuüben. In den ersten Jahren nach der Wende konnten die Gewerkschaften sich jedoch in ihrer Kämpfe gegen die ungünstigen arbeitsrechtlichen Regelung nicht auf die Unterstützung der obersten Richter verlassen. Dies konnte beobachtet werden, als die arbeitsrechtlichen Vorschriften Mitte der 1980er Jahre Streiks im öffentlichen Dienst untersagten, um Ansprüche geltend zu machen – die stärkste Waffe, mit der die Arbeitnehmer dabei vorgehen – und parallel mit der obligatorischen Schlichtung solcher Vereinbarungen die Möglichkeit des Streiks beseitigt wurden. Die Gewerkschaften versuchten, dies aufgrund der Vereinigungsfreiheit für verfassungswidrig zu erklären, aber die obersten Richter waren keine Partner in ihrer Klage von 1987.⁸² Im Zentrum der

⁸² Von den sechs Richtern des Obersten Gerichtshofs von Kanada, die über diese Fragen entschieden hatten, waren drei der Ansicht, dass Tarifverträge nicht unter den Schutz des Grundrechts auf Vereinigungsfreiheit fallen, vier der Ansicht, dass Streikaktionen nicht geschützt seien und nur zwei blieben in der Minderheit, die die Position der Gewerkschaft zu diesen Themen übernommen haben. [Judy Fudge, „Constitutionalizing Labour Rights in Canada and Europe: Freedom of Association, Collective Bargaining, and Strikes“, *Current Legal Problems* 68, Nr. 1 (2015), 11.]

Argumentationsstrategie der Gewerkschaftsanwälte stand die Notwendigkeit, die kanadische Charta der Grundrechte im Lichte der einschlägigen internationalen Rechtsnormen auszulegen, was, wie wir sehen werden, eine der Hauptstrategien für die Konstitutionalisierung des traditionellen Rechts war. Die meisten Richter des Gremiums lehnten dies ab, und nur ein abweichender Richter, Vorsitzender *Brian Dickson*, nutzte das Völkerrecht, um seinen Widerspruch zu unterstützen. Obwohl er bei der Auslegung der Charta der Grundrechte nicht behauptete, an das Völkerrecht gebunden zu sein, interpretierte er die Charta so, dass sie den Grundrechten das Schutzniveau verleihen sollte, das die internationale Menschenrechtskonvention bietet. In seiner abweichenden Meinung verwies er auf die Entscheidungen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO), die sowohl das Recht auf Tarifverhandlungen als auch das Streikrecht als Teil des Vereinigungsrechts anerkannten. Nach der Ersetzung der Richter reiften die Früchte der Bemühungen der kanadischen Gewerkschaften im Jahr 2001, und die neue Mehrheit der Richter, basierend auf Dicksons früherem Widerspruch, stützte diese Entscheidung auf das Grundrecht. Seitdem werden die Arbeitsverträge von der konstitutionalisierten Version des Arbeitsrecht in Kanada getrennt von dem Privatrechtverträge geschützt.⁸³ Sowohl das Recht der Arbeitnehmer auf freie Gewerkschaften als auch das Streikrecht und der Status der durch Tarifverträge geschützten Grundrechte wurden von kanadischen Richtern in den Jahren nach dem Jahrtausendwechsel schrittweise übernommen und beziehen nun die Position der ILO-Gremien in ihre Auslegung der Grundrechte ein.

In Europa begann die Ära der monetaristischen Veränderung in den frühen 1980er Jahren wie in Nordamerika, und hier wurde das frühere goldene Zeitalter des Arbeitsrechts und das friedliche Verhältnis zwischen

⁸³ Fudge, „Constitutionalizing Labour Rights in Canada and Europe“, 17: „Although he failed to attract sufficient support to lift his views out of their dissenting status, Dickson C.J. approach to Canada’s commitments under international law has, more recently proven to be a magnetic guide. Its pull was first felt in 2001 when the Supreme Court of Canada invoked Dickson C.J.’s dissent as the inspiration for relying on international labour law and human rights for the interpretation of freedom of association in the labour context.“

Kapital und Arbeit durch eine Verlagerung der privaten Vertragsfreiheit auf Arbeitsvertrag ersetzt. Nach Fudges Analyse hat hier auf der Ebene der Obersten Gerichte für europäische Integration einerseits das stattgefunden, was in Kanada gesehen wurde, andererseits aber zwischen den beiden Obersten Gerichten (dem Menschenrechtsgericht in Strasbourg und dem Gericht in Luxemburg) in dieser Hinsicht eine Opposition zustande kam.

Vor dem Hintergrund der monetaristischen Vermarktung versuchten die europäischen Gewerkschaftsverbände und die dahinter stehenden sozialen Gruppen bereits 1989, den für sie nachteiligen Änderungen ihrer innerstaatlichen Rechtssysteme entgegenzuwirken, und versuchten auf europäischer Ebene, die Arbeitnehmerrechte neben der EMRK zu standardisieren. Sie haben den Europarat überzeugt, eine deklaratorische „Charta der Grundrechte der Arbeitnehmer“ (Charter of Fundamental Social Rights of Workers) zu verabschieden. Dies war zwar nur eine Empfehlung, diente jedoch als Grundlage für die Legitimität des Kampfes für die Aufnahme in eine spätere, umfassendere Charta der Grundrechte und wurde in Artikel 28 als Recht auf Tarifverhandlungen und Maßnahmen aufgenommen. (Im weiteren Sinne enthalten die Artikel 27 bis 32 die Grundrechte für die Einzelheiten des Arbeitsverhältnisses in dieser Charta.) Nach den vorliegenden Fällen sind die luxemburgischen Richter jedoch zu dem Schluss gekommen, dass die Freiheiten innerhalb der EU (in Bezug auf Preis, Kapital, Arbeit und Freizügigkeit von Dienstleistungen in der gesamten EU) einen Vorrang vor dem Grundrecht auf Tarifverhandlungen von Arbeitnehmern in jedem Mitgliedstaat haben. (Siehe die Entscheidungen von *Viking* und *Laval*), und diese Position wurde auch später nicht aufgegeben. Im Gegensatz dazu hat der EGMR in Straßburg die gleiche Umkehrung vorgenommen, die zuvor von den Obersten Richtern in Kanada vorgenommen worden war, und ihre früheren negativen Ansichten in ihrer Entscheidung von 2008 *Demir und Baykara gegen die Türkei* aufgegeben trafen die Richter in Strasbourg die Entscheidung zugunsten der Gewerkschaften. In Bezug auf ihre Entscheidung hat der EGMR in Strasbourg neben der Menschenrechtskonvention,

die IAO-Konvention und das Recht auf Tarifverhandlungen der EU-Grundrechtecharta auch eingezogen, und es wurde ausgesagt, dass diese einen Vorteil gegenüber der wirtschaftlichen Vertragsfreiheit haben. Die Europäische Kommission für soziale Rechte (ECSR), die Mitte der neunziger Jahre zusammen mit der Sozialcharta eingerichtet wurde, hilft ebenfalls in diese Richtung, sie kann jedoch nur als Empfehlungen ihre Entscheidungen treffen. Die gewerkschaftsfreundliche Haltung dieser Kommission und des EGMR ist daher vergebens, da von der Konfrontation des luxemburgischen Gerichts mit den europäischen Gewerkschaftsverbände dies geschwächt wird. Die ECSR-Entscheidungen zugunsten der Gewerkschaften können von den betroffenen EU-Mitgliedstaaten unter Bezugnahme auf die Entscheidungen von Luxembourg *Viking und Laval* rückgängig gemacht werden. Auf dieser Grundlage lehnte die schwedische Regierung nach einer erfolgreichen Entscheidung von ECSR zugunsten der schwedischen Gewerkschaften auch die Umstrukturierung ihrer internen Arbeitsgesetze ab.⁸⁴

Eine Hinwendung zum Schutz der Grundrechte in den USA, im Vereinigten Königreich und in Deutschland vor ungünstigen arbeitsrechtlichen Vorschriften kann aus der Studie von *Ian Holloway* erkannt werden. In den Vereinigten Staaten wurde die Situation der Konstitutionalisierung in diesem Bereich von dem *Lochner-Urteil* von 1905 ungünstig berührt, soweit von dieser Entscheidung die Trennung der Arbeitsverträge von der privaten Vertragsfreiheit als verfassungswidrig verhindert wurde. Über dreißig Jahre

⁸⁴ Fudge, „Constitutionalizing Labour Rights“, 25: „The discrepancy between the robust normative stance of the ECSR and its weak enforcement powers is captured in the Swedish government’s response to the ECSR’s finding that it had violated the labour rights guaranteed by the European Charter of Social Rights. Swedish unions brought a claim under collective complaint procedure that the recent amendments to Swedish law in response to the Laval decision violated the right to strike protected in the ESC. Not only did the ECSR decision contain an extensive review of ILO standards, it went further than the ILO’s CEARC in its willingness to be explicit in subjecting a Member States’ legislative response to a judgement of the CJEU to scrutiny for compliance with the ESC. (...) The Swedish government responded by complaining that the ECSR’s decision creates an unnecessary tension between the obligation of EU Member States to respond to EU law and the obligation to respect the Charter.“

lang folgten eine Reihe von Urteilen, in denen eine ähnliche Verfassungswidrigkeit erklärt wurde – beispielsweise eine gesetzliche Bestimmung in den Mitgliedstaaten zur Festsetzung des Mindestlohns für Frauen oder ein Bundesgesetz zum Verbot von Arbeitsverträgen zur Sanktionierung der Gewerkschaftsmitgliedschaft. Nur im Zusammenhang mit den öffentlich-rechtlichen „Bürgerkriegs“-Ereignissen der New-Deal-Gesetzgebung kam es zu einer Veränderung. Dabei erklärten die unter politischem Druck stehenden Bundesrichter die Gesetze als verfassungsmäßig, die den Arbeitnehmerschutz schufen und es ermöglichten, das Arbeitsrecht vom Privatrecht abzuschneiden.⁸⁵ In den Vereinigten Staaten standen spätere Änderungen des Arbeitsrechts zum Schutz der Arbeitnehmer weiterhin im Vordergrund der politischen Bereiche und folglich der gesetzlichen Bestimmungen, die nicht von der Konstitutionalisierung dieses Sektors getrieben wurden. Selbst wenn oberste Richter in ihre Arbeitsverhältnisse eingreifen, indem sie Entscheidungen auf der Grundlage der konstitutionellen Grundrechte treffen, schützen sie die individuellen Grundrechte einzelner Arbeitnehmer und nicht ihr Recht auf Organisation. Als Beispiel zitiert Holloway die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs von 1987 (Rankin v. McPherson, 483, US 378 (1987), in der der Bundesgerichtshof die Entlassung eines Arbeitnehmers in der Sheriff's Office aufgrund seiner Meinungsfreiheit für verfassungswidrig erklärte. Die Entlassung beruhte auf einer Bemerkung des Arbeitnehmers in seinem Arbeitsplatz nach der erfolglosen Ermordung von Präsident Reagan, in der er seine Hoffnung zum Ausdruck brachte, dass die nächste erfolgreich sein würde.⁸⁶ Das Büro des

⁸⁵ Präsident Roosevelts Auftritt gegen die Richter des Obersten Gerichtshofs im Fall der sechs 70-jährigen Richter, von denen die Gesetze von *New Deal* konsequent für verfassungswidrig erklärt wurden, bedeutete die Erhöhung der Gesamtzahl der Richter mit zusätzlich ernannten Richter, um die Entscheidungsmehrheit des Obersten Gerichtshofs zu seinen Gunsten zu umkehren. Dies war die Essenz des Plans, der als „court packing“ bekannt wurde, und obwohl er schließlich wegen des Todes des Senators, der diesen Plan im Senat organisierte, zum Stillstand kam, haben die Richter des Obersten Gerichtshofs ihre frühere Positionen schrittweise geändert. (Holloway, „The Constitutionalization of Employment Rights“, 118–120.)

⁸⁶ „It they go for him again, I hope they get him.“ (Zitiert von Holloway, „The Constitutionalization of Employment Rights“, 137.)

Sheriffs fand dies unvereinbar mit der Arbeit dort, aber die obersten Richter sagten, dass diese Meinungsäußerung immer noch unter dem Schutz des Grundrechts über freie Meinungsäußerung stand. Im Widerspruch zu dieser amerikanischen Entscheidung hat das Bundesarbeitsgericht in Deutschland, das ansonsten als führend in der Konstitutionalisierung des Arbeitsrechts von Aktivisten anerkannt ist, entschieden, dass die Entlassung eines Arbeitnehmers, der an seinem Arbeitsplatz politische Broschüren verteilt, verfassungsmäßig ist. Das Argument lautete, dass die friedliche Atmosphäre innerhalb dem Arbeitsplatz einen Vorrang vor dem Meinungsäußerung hat. Holloway sieht darin die Unterschiede zwischen amerikanischen und deutschen sowie allgemein kontinental-europäischen Gesellschaften. Während Kontinentaleuropäer seit Jahren die staatsförmige Bildung zwischenmenschlicher Beziehungen und Konflikte akzeptieren, überlässt die englische und amerikanische kulturelle Atmosphäre die Konfliktlösung dem Kampf innerhalb kleiner Gemeinschaften. Das amerikanische Arbeitsrecht legt daher weniger inhaltliche Regeln für Arbeitsverhältnisse fest, sondern es wird versucht, spezielle Verfahren für die Durchführung fairer Verhandlungen bei kollektiven Entscheidungen festzulegen: „Thus, to the extent that people advocate the constitutionalization of American labor law as the first step in the democratization of the workplace, they should not expect a German-style result. Indeed, one could argue that the typical American workplace *already* represents a model of America-style democracy with its emphasis on individual employment contracts and the prevailing notion of «every person for herself»“.⁸⁷ Anstelle der materiellen arbeitsrechtlichen Regeln der kontinentaleuropäischen Staaten ist das angloamerikanische Arbeitsrecht hauptsächlich ein Arbeitsrecht der individuellen Bestimmung und kollektiven Entscheidungsfindung bei der Arbeit, und sofern es in Richtung auf der Konstitutionalisierung weitergeht, folgt es hier der gleichen Logik.

⁸⁷ Holloway, „The Constitutionalization of Employment Rights“, 137.

Daniel J. Galvins Studie über amerikanische Arbeitsbeziehungen aus dem Jahr 2019 bietet einen aktuelleren Status, so schauen wir uns das an. In seiner Beschreibung ist das Federal Employment Relations Act von 1935, von dem das Tarifverhandlungssystem gewerkschaftlich organisierter Arbeitnehmer zum Kernstück des amerikanischen Arbeitsrechts gemacht wurde, konnte in Kraft bleiben, weil von Präsident Roosevelt die Opposition der obersten Richter erfolgreich gebrochen hatte. Dieses System wurde durch ein Streikgesetz untermauert, und wegen des Erfolgs der Gewerkschaften hat ihre Mitgliedzahl in den frühen 1950er Jahren mehr als fünfzig Prozent aller Arbeitnehmer ausgemacht. Das Niveau der Löhne, Arbeitszeiten, Überstunden und anderen Arbeitsbedingungen, die sie in Tarifverhandlungen ausgehandelt haben, hat dank der hohen Gewerkschaftsrate tiefgreifende Auswirkungen auf die Masse der amerikanischen Arbeitnehmer. Dies begann sich in den 1970er Jahren zu ändern, als der Export von Kapital in Niedriglohnländer und die Organisation der Produktion in globalen Produktionsketten begannen und die Unterdrückung der Gewerkschaftsorganisation in diesen Ländern niedrige Löhne und für die Arbeitgeber günstige Arbeitszeiten, Überstunden usw. garantierte. Vor diesem Hintergrund sind gewerkschaftsorientierte Tarifverträge in den letzten Jahrzehnten in den USA allmählich zurückgegangen und wurden zunehmend durch individuelle Arbeitsvereinbarungen ersetzt, von denen eine obligatorische Schiedsgerichtsbarkeit zur Lösung von Problemen und Streitigkeiten am Arbeitsplatz erfordert wurden, und das Streikrecht ausgeschlossen wurde. Zum Zeitpunkt der Einrichtung dieses Systems war der Anteil der Gewerkschaftsmitglieder an allen Arbeitnehmern bis 2018 auf zehn Prozent und im privaten Sektor auf fünf Prozent gesunken.⁸⁸ Damit verschwanden die Grundlagen des Arbeitsrechts von 1935, weil das Arbeitsrecht in gewerkschaftszentrierten Tarifverträgen schwerelos wurde. Die Schaffung einer breiteren Basis der Regelungen der Arbeitsbeziehungen unter den Namen von *employment law* neben dem alten *labor law* durch die

⁸⁸ Daniel J Galvin, „From Labor Law to Employment Law: The Changing Politics of Workers’ Rights“, *Studies in American Political Development* 33, Nr. 1 (2019), 50–53.

Arbeitsschutzaktivisten und Arbeitsrechtsanwälten ist eine neue Kampf-taktik in den letzten Jahren, einschließlich der Organisation des Kampfes für die Grundrechte vor Gericht.⁸⁹ In dieser Beschreibung von Galvin wird das traditionelle amerikanische kollektive Arbeitsrecht, das einst in der gesetzgeberischen Kongress erkämpft wurde, durch eine neue Regelungsschicht verdoppelt, die auch die Konstitutionalisierung beinhaltet wird. Wie wir gesehen haben, zielte die Konstitutionalisierung in ihrem frühen Jahr (in 1905) in Amerika genau darauf ab, die Trennung des Arbeitsrechts vom Privatrecht zu verhindern. Roosevelt hat diese Konstitutionalisierung zurückgedrängt, um die Entwicklung des gesetzgeberischen Arbeitsrechts zu ermöglichen. Jetzt ist die Situation umgekehrt, und von der Konstitutionalisierung das Wiederaufleben privatisierter Arbeitsverhältnisse versucht wird. Wir haben gesehen, dass *Ian Holloway* in den frühen 90er Jahren ein Pessimist auf diesem Gebiet war und er mehr auf den Erfolg der Gesetzgebung gehofft hatte. Aber eine von Galvin zitierte Studie über eine SCOTUS-Entscheidung von 2018 zeigt erneut, dass die Grundrechtsgläubige im Bereich des Arbeitsrechts Illusionen nachjagen. Die Mehrheit der obersten Bundesrichter fand in dieser Entscheidung die Praxis, eine obligatorische Schlichtungsklausel in einzelne Arbeitsverträge einzufügen, nicht verfassungswidrig, wie ihre Kritiker sagten, das System der *forced arbitration* wurde bestätigt.⁹⁰

⁸⁹ Galvin, „From Labor Law to Employment Law“, 53: „Although the terms «labor law» and «employment law» are sometimes used interchangeably, legal scholar draw an important distinction between the two: whereas labor law focuses on collective bargaining, unionization, and other issues, that may arise between groups of workers and their employer, employment law covers all other laws, regulations, and policies regarding individual workers’ rights and the relationship between the employer and the individual employee. By establishing minimum workplace standards (like the minimum wage, enforced through regulation) and individual rights and protection (like workers’ privacy rights, which may be vindicated in court) employment law uses the alternative delivery mechanisms of regulation and litigation to achieve many of the same objectives labor law seeks through collective bargaining: namely boosting wages and regulating the terms and conditions of employment.“

⁹⁰ Siehe: Ceilidh Gao, „What’s Next for Forced Arbitration? Where We Go after SCOTUS Decision in Epic Systems?“ *NELP: National Employment Law Project*, 5 Juni 2018. (Zitiert von Galvin, „From Labor Law to Employment Law“, 52.)

Wenn wir jedoch die Veränderungen in der US-Politik berücksichtigen, die seit der Wahl von *Donald Trump* zum Präsident in den letzten Jahren stattgefunden haben, können wir uns mit der Frage der Wiedereingliederung des Arbeitsrechts in das Privatrecht von einer neuen Seite befassen. Das größte Problem in der US-amerikanischen Arbeiterwelt war der Anstieg der Massenarbeitslosigkeit, vor allem in den Reihen der Industriearbeiter, weil das Kapital ab Ende der 1970er Jahre allmählich in asiatische Niedriglohnländer abgewandert. Auf diese Weise wurde die Frage der Löhne, Arbeitszeit oder Überstunden im Vergleich zu der enormen Arbeitslosigkeit zweitrangig. Trump hat dies in seiner Präsidentschaftskampagne erkannt und die erzwungene Rückführung von produktivem Kapital als einen seiner Programmpunkte identifiziert, die er nach dem Gewinn der Präsidentschaft weitgehend erreicht hat und die Arbeitslosigkeit erheblich senken konnte. Während nicht erwartet wird, dass eine Zurückdrängung der Privatrechtlichung im Bereich der Arbeitsbeziehungen im Kongress ins Visier genommen würde und auch von den Trumps zwei Ernennungen zum Obersten Richter nicht eine gewerkschaftsfreundlichen Mehrheit von SCOTUS erstellt wurde, konnten die Millionen von Arbeitern (und Angestellten) mit Hilfe des Drucks der politischen Demokratie erzwingen, die Arbeitswelt Amerikas zu ihrem Vorteil zu verändern.

Diese Erkenntnis kann in Europa angewendet werden, und als modifizierte Version des Trump-Beispiels kann in diesem Bereich die Regulierung der ungarischen Arbeitsverhältnisse nach 2010 demonstriert werden. Während der gesamten Arbeitsregulierung hat die Regierungspolitik von Orbán stets dazu beigetragen, dem produktiven Kapital und den multinationalen Unternehmen flexiblere Arbeitskräfte zur Verfügung zu stellen und die Schaffung von Bedingungen, die dem Kapital förderlich sind, immer im Zentrum gestellt wurde, strebte sie grundlegend nach der Reduzierung der Arbeitslosigkeit. Während die Opposition im Parlament unter dem Label „Sklavengesetz“ kämpfte, um diese Änderungen im Arbeitsrecht zu verhindern, fühlte sich die überwiegende Mehrheit der Arbeitnehmer Berichten zufolge nicht so nachteilig. Ebenso ist es für das Verfassungsgericht in

Ungarn nicht typisch, die Konstitutionalisierung der arbeitsrechtlichen Fragen mit Hilfe der Normen von internationaler Abkommen zu intensivieren. Im Gegensatz dazu wurde z. B. im Jahr 2018 von den italienischen Verfassungsrichtern die innerstaatlichen Rechtsvorschriften wiederholt aufgehoben, indem sie die Bestimmungen der italienischen Verfassung mit Hilfe der Ad-hoc-Entscheidungen des ECSR (European Committee of Social Rights) interpretierten. Es ist wahr, dass sie in der Begründung stets betonten, dass diese Konvention nicht ausdrücklich vom italienischen Staat unterzeichnet wurde und daher nur eine Inspiration für sie war und nicht bindend ist: „Even though the Committee decisions are considered authoritative rather than binding. (...) Although ILO convention no.158. is inapplicable in Italy because the State has not signed it, the Court refers to it, by emphasizing that Article 24 ESC is inspired by that convention.“ (Summary, Constitutional Court of Italy, Judgment No.194/2018, Sept. 2018.)⁹¹

In Bezug auf die Analyse der Konstitutionalisierung des Arbeitsrechts in Ungarn sollte in erster Linie die Monographie von *György Kiss* zu diesem Thema berücksichtigt werden. Ebenso wie in Bezug auf die Konstitutionalisierung des Privatrechts konnte die Gründlichkeit, aber auch die Befangenheit vom Buch von *Gárdos-Orosz* betont werden, können diese Eigenschaften auch hier hervorgehoben werden. Sein Konzept des Arbeitsrechts und der Konstitutionalisierung kann zusammengefasst werden, dass von *Kiss* die Integration des Arbeitsrechts in das Privatrecht und seine Grundsätze unterstützt wird, und gemeinsam mit der Konstitutionalisierung des Privatrechts und aufgrund der privatrechtlichen Grundrechten die Konstitutionalisierung des Arbeitsrechts als wünschenswert dargestellt wurde.⁹² Eine Verzweigung dieses Konzepts besteht darin, dass *Kiss* eine Aversion gegen das gewerkschaftszentriertes kollektives Arbeitsrecht hat,

⁹¹ Siehe International Labor Rights Case Law, brill.com/ilarc.

⁹² Unter den verschiedenen Formulierungen, die in diese Richtung weisen, kann die folgende zitiert werden: „Unter dem Gesichtspunkt der Durchsetzung der Grundrechte im Arbeitsrecht bin ich der Ansicht, dass der Ausgangspunkt darin besteht, dass das Arbeitsrecht Teil des Privatrechts ist und sein Inhalt von den Grundsätzen des Privatrechts geprägt ist.“ [*Kiss György, Alapjogok kollíziója a munkajogban* (Pécs: Justis, 2010), 41.]

und er lieber das individuelle Arbeitsrecht bevorzugt, das als Verwahrer der privaten Autonomie angesehen wird.⁹³ Er erkennt zwar die Ungleichheit des abhängigen Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber an, sieht jedoch weniger Unterstützung bei der Bekämpfung dieses Problems durch Tarifverhandlungen der Gewerkschaften, da er der Ansicht ist, dass solche Organisationen meistens in ihrem eigenen Interesse anstelle der Interesse der Arbeitnehmer handeln.

Diese Akzente machen deutlich, dass von György Kiss die Verbesserung untergeordneter Arbeitnehmerpositionen mit Hilfe der Grundrechte und Gerichte bevorzugt wird. Aufgrund der schwachen Gewerkschaftssektoren der mittel- und osteuropäischen Länder, die sich nach dem Zerfall des sowjetischen Reiches in das westliche Weltsystem integrierten und seitdem darum kämpfen, Kapital zu beschaffen, scheint diese Strategie rational. Anstelle von Gewerkschaftskämpfen und parlamentarischen Kämpfen stützt sich diese Strategie auf die Verfassungsgerichtsbarkeit und die Rechtsprofessoren hinter sich, um die Unterordnung der Arbeitnehmer auszugleichen und zu korrigieren. Wenn also in diesem Bereich größere Erfolgchancen bestehen, kann dies für Aktivisten der Arbeitnehmerverbände als rational angesehen werden. Es ist jedoch wahr, dass es aus einem breiteren Blickwinkel den Fokus von der staatlichen Demokratie auf die juristokratische Machtordnung verlagert, und wegen der

⁹³ Zu den anderen Formulierungen, die dies ebenfalls betreffen, siehe: „Das heutige Arbeitsrecht ist ohne den Zusammenhang zwischen individuellem und kollektivem Arbeitsrecht nicht denkbar. Diese Korrelation bedeutet, dass beide auf demselben Prinzip beruhen müssen – dem Prinzip der privaten Autonomie – und folglich das kollektive Arbeitsrecht nicht über die Möglichkeiten der Selbstbestimmung bei der Bestimmung individueller Beziehungen hinausgehen darf und auch nicht unabhängig von ihnen werden kann. Es besteht jedoch eine ständige Gefahr, und es kann eine Situation entstehen, in der die Macht einer privatrechtlichen Gemeinschaft die Selbstbestimmung der Personen beeinflusst, aus denen sie besteht und das trägt schon die Besonderheiten des öffentlichen Rechts.“ (Kiss, *Alapjogok kollíziója*, 35.) Oder auf die gleiche Weise kritisiert er die Gewerkschaftsinteressen, die im Widerspruch zu Arbeitnehmerinteressen stehen: „Es kann gezeigt werden, dass diese kollektiven Interessen in einigen Fällen genau gegen individuelle Interessen verstoßen. Diese Interessen sind in anderen Beziehungen auf derselben Seite, solange sie alle Mitarbeiterinteressen haben.“ (Kiss, *Alapjogok kollíziója*, 10, Fußnote 52.)

Anforderungen einer konsequenten Denkweise muss es auch in anderen Rechtsbereichen erfordert werden und dieser Weg statt der Demokratie zu der Juristokratie führt. Ganz zu schweigen davon, dass dieser Weg auch die dogmatische Ordnung der traditionellen Rechtszweige untergräbt und die Verfassungsgerichtsbarkeit bzw. die neuen dogmatischen Lösungen des konstitutionalisierten Rechtsbereichs es ihnen nicht mehr erlauben, sich durchzusetzen. (Wie wir es bereits früher in der Kritik von Uwe Diederichsen gesehen haben.)

Unter einem engeren Gesichtspunkt lohnt es sich jedoch diese Strategie nur zu unterstützen, wenn das juristische und verfassungsrechtliche Umfeld es hoffnungsvoll macht, und es ist auch aufgrund der Monographie von Kiss zu sehen, dass diese Situation in Ungarn nicht existiert. Schon in den frühen neunziger Jahren gab es dieses Umfeld in der Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn überhaupt nicht und sowohl die ordentlichen Gerichte als auch waren die Verfassungsrichter den Arbeitnehmerrechten feindlich gesinnt. Diese Situation änderte sich auch seitdem nicht, und aufgrund des immer noch unterentwickelten institutionellen Hintergrunds der Gewerkschaften ist die Zahl der arbeitsrechtlicher Verfassungsbeschwerden in Ungarn sehr klein. Daher kann diese Monographie nur als unterstützende Behandlung von Grundrechtsfragen und Verfassungsgerichtsbarkeit in allgemeiner Hinsicht und weniger als Analyse der aktuellen Probleme der Arbeitnehmer bewertet werden. Im weiteren Sinne bringt die Wertschätzung des Autors jedoch die Aussicht mit sich, statt der Demokratie die Juristokratie und die Auflösung der traditionellen Rechtsdogmatik zu fördern, die von der Monographie überhaupt nicht erkannt wird.

Nach einer allgemeinen Kritik kann man auch den Ausgangspunkt des Grundrechtsverständnisses der Monographie von Kiss kritisieren, da er sie als historisch von der Menschenwürde abgeleitet ansieht.⁹⁴ Dies ist überhaupt nicht richtig, da die Menschenrechte zuerst durch die US-Verfassung in konstitutionelle Grundrechte umgewandelt wurden und dann sie nur als der

⁹⁴ Siehe zum Beispiel: „Es ist unbestritten, dass die Geburt der Idee der Grundrechte mit der Anerkennung der Menschenwürde verbunden war.“ (Kiss, *Alapjogok kollíziója*, 41.)

engen sektoralen Freiheiten angewendet wurden. In der Tat konzentrierte sich Kants Rechtsphilosophie auf die verallgemeinerte Formel der Menschenwürde, aber sie hatte keinerlei Auswirkungen auf die amerikanische Verfassungsgerichtsbarkeit. Der kantianische abstrakte Universalismus war dem amerikanischen Rechtsdenken völlig fremd, das das englische pragmatische Rechtsdenken fortsetzte. Hier haben Fall-zu-Fall-Entscheidungen und enge, kasuistische Formulierungen Fortschritte bei der Definition der individuellen Grundrechte gemacht, und mit umfassenden philosophischen Schlussfolgerungen wurden keine Fortschritte erzielt. Nur 150 Jahre später enthielt das deutsche Grundgesetz kaum definierbare und leere normative Formeln, wie die Unverletzlichkeit der Menschenwürde und „das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit“, und dies war nicht unabhängig von den Juristen der USA, von denen nach dem Zweiten Weltkrieg in dem besetzten Deutschland über der demokratischen politischen Willensbildung von Millionen von Deutschen ein Verfassungsgericht mit willkürlich leicht erweiterbaren Formeln der Grundrechte eingerichtet wurde. Es ist auch wichtig, auf die historisch fehlerhaften Analyse der Grundlagen der Grundrechte hinzuweisen, da später mit der Verbreitung der Verfassungsgerichtsbarkeit die deutsche Version in einer Reihe von Ländern zum dominierenden Modell wurde, so dass seine tatsächliche Entwicklung und das ehrliche Verständnis der Motivationen des deutschen Modells für die ganze moderne Verfassungsgerichtsbarkeit entscheidend sind.

Während wir der Position von György Kiss in Bezug auf die Konstitutionalisierung der traditionellen Rechtzweige nicht zustimmen können, weil sie dies voll und ganz unterstützt, kann seine Darstellung der amerikanischen *state action doctrine* als angemessen angesehen werden. Wie wir in der Analyse des Buchs von Fruzsina Gárdos-Orosz gesehen haben, hat sie die *state action doctrine* zur Unterstützung ihrer positiven Haltung zu horizontalen Auswirkungen leicht „verbogen“, während György Kiss deutlich zeigt, dass diese Doktrin nicht das Niveau der indirekten horizontalen Auswirkungen von Grundrechten erreicht, weil es irgendwie eine staatliche Beteiligung an den Grundrechten erfordert, und daher nicht als Modell

für den gewünschten stärkeren horizontalen Effekt dienen kann: „Daraus folgt, dass die *state action doctrine* das Ergebnis eines Kompromisses für das Überleben der amerikanischen Union war, aber meiner Ansicht nach ist es keineswegs ein Modell für die Entwicklung des europäischen Rechts.“⁹⁵

3. Konstitutionelles Strafrecht

Bei der Konstitutionalisierung des Strafrechts muss zwischen der bloßen verfassungsmäßigen Förderung strafrechtlicher Grundsätze und der Konstitutionalisierung des vollständigen Strafrechts unterschieden werden. Letzteres kann geistig durch die Förderung einer Reihe von Positionen in der Strafrechtstheorie als ausschließlich verfassungsgemäß dargestellt werden und die ihnen entgegenstehenden strafrechtlichen Tatbestände als verfassungswidrig einzustufen. Wenn diese Bestrebung dann eine Mehrheit im Verfassungsgericht eines bestimmten Landes erhalten kann, wird es möglich sein, die gesetzgebende Mehrheit zu umgehen, um sie dazu zu bringen, das Strafrecht in bestimmter Richtung zu gestalten. Auf diesem Weg hat sich insbesondere der Oberste Gerichtshof von Kanada als Partner bei der erweiterten Konstitutionalisierung des Strafrechts erwiesen. Daher sollte dieser Abschnitt nach der Analyse der Konstitutionalisierung in bescheidenerem Umfang, der allgemein ist, mit Kanada beginnen. Dann sollte die Analyse mit den Deutschen fortgesetzt werden, die auch auf diesem Gebiet vorbildlich waren, obwohl darauf hingewiesen werden muss, dass eine verstärkte Konstitutionalisierung weniger in den Entscheidungen der deutschen Verfassungsrichter als in den intellektuellen Produkten aktivistischer Strafrechtsprofessoren zu finden ist. Da sie jedoch in einer Reihe europäischer Länder, einschließlich in Ungarn, in strafrechtlichen Kreisen einflussreich sind, lohnt es sich, einen genaueren Blick darauf zu werfen. Abschließend schließe ich diesen Abschnitt mit der Untersuchung

⁹⁵ Kiss, *Alapjogok kollíziója*, 138.

der Konstitutionalisierungsbestrebungen, die in der ungarischen Strafrechtswissenschaft entstanden sind.

In den meisten Ländern, wo die Verfassungsgerichtsbarkeit existiert, bedeutet die Konstitutionalisierung des Strafrechts, dass die in der Strafrechtstheorie traditionell entwickelten Garantien auf das Niveau der Verfassungsgarantien angehoben wurden. Die Erhaltung dieser erhobenen Garantien werden von den Verfassungsrichtern sowohl auf der Ebene der Gesetzgebung als auch der gerichtlichen Rechtsanwendung kontrolliert. Die wichtigsten davon sind die Grundsätze von *nullum crimen sine lege* und *nulla poena sine lege*, und sie stellen sicher, dass nur Handlungen, die zum Zeitpunkt ihrer Ausübung von dem Gesetz als Straftat bewertet werden, strafbar werden können und nur mit damals vorgeschriebener Strafe gestraft würden. Im weiteren Sinne stellen diese Schutzmaßnahmen ein Verbot der Rückwirkung im gesamten Rechtssystem dar, aber die Schwere der strafrechtlichen Sanktionen in diesem Bereich hat auch zu einem strengeren Garantie-system geführt. Auf diese Weise ergibt sich das *Verbot der Analogie* im Strafrecht aus diesen Grundsätzen, da es im Kontext einer modernen Welt, die nach Vorhersehbarkeit strebt, unerträglich wäre, wenn nur eine Strafverfolgung unter Verwendung einer Analogie zu dem Schluss käme, dass eine zuvor von ihm begangene Handlung ein Verbrechen war. Dies führt zum *Verbot des Gewohnheitsrechts* in diesem Bereich auch, wenn es zu einer Erweiterung der Strafbarkeit verwendet wird, die der rein grammatikalischen Bedeutung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmung widerspricht.⁹⁶ Während sowohl Analogie, als auch Gewohnheitsrecht heutzutage in den meisten Rechtszweigen verwendeten Rechtstechniken sind, sind sie aufgrund der Schwere der strafrechtlichen Sanktionen nicht möglich. Diese Grundsätze, die in Verfassungsgarantien umgewandelt wurden, erfordern auch die genaue Definition der strafrechtlichen Tatbestände, deren Fehlen in anderen Rechtsbereichen nicht

⁹⁶ Siehe: Nagy Ferenc, „A büntetőjogi legalitás elvéről és alkotmányossági megítéléséről“, in Homoki-Nagy Mária (Hrsg.), *Ünnepi kötet dr. Czúcz Ottó egyetemi tanár 70. születésnapjára* (Szeged: SZTE ÁJK, 2016), 486.

verfassungswidrig ist.⁹⁷ Ein weiteres solches zum Verfassungsgarantie erhobenes Strafrechtsprinzip ist die *Unschuldsvermutung*, nach der nur Personen, die durch eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung für schuldig befunden wurden, als schuldig angesehen, und bestraft werden können. Das gleiche Prinzip gilt für das Recht auf Verteidigung, von dem das zur Verfassungsgarantie erhobene Recht auf Verteidigung des Verdächtigen garantiert wird.

Die Frage ist, wenn diese Verfassungsgarantien lediglich Wiederholungen der bereits bestehenden strafrechtlichen Garantien sind, was für eine Bereicherung mit dieser Wiederholung zu der bisherigen rechtlichen Situation beigetragen wird? Die Antwort darauf könnte sein, dass diese Schutzmaßnahmen nicht nur Schutz vor der Strafverfolgung und ihrer möglichen falschen gerichtlichen Auslegung des Rechts bieten können, sondern auch vor gesetzlichen Bestimmungen, die durch verschiedene kurzfristige politische Erwägungen geschaffen wurden. Auf diese Weise sind diese Schutzmaßnahmen nicht nur bei der gerichtlichen Anwendung des Gesetzes wirksam, sondern auch auf der Ebene des gesamten Rechtssystems.

Sie bilden daher für die meisten Länder den Rahmen der Konstitutionalisierung des Strafrechts, und die Verfassungsbeschwerden und verfassungsgerichtlichen Entscheidungen in diesem Bereich machen einen wesentlichen Teil der Fälle aus. Darüber hinaus gab es jedoch, wie ich bereits angedeutet habe, in einigen Ländern eine umfassendere Konstitutionalisierung dieses Rechtsbereichs, die entweder auf der Ebene der Verfassungsgerichtsbarkeit selbst oder nur auf der Ebene der Strafrechtslehre stattgefunden hat. Schauen wir uns diese unten an.

Die Konstitutionalisierung des kanadischen Strafrechts ging weit über die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs der USA hinaus, die ursprünglich als Vorbild für die kanadischen Charta der Grundrechte

⁹⁷ In dem deutschen Strafrecht scheint Claus Roxins Auffassung akzeptiert zu sein: „wenn und soweit sich ihr ein klarer gesetzgeberischer Schutzzweck entnehmen lässt und der Wortlaut einer beliebigen Ausdehnung der Interpretation immerhin noch Grenzen setzt.“ (Zitiert von Luís Greco, „Das Bestimmtheitsgebot als Verbot gesetzgeberisch in Kauf genommener teleologischer Reduktionen. Zugleich: Zur Verfassungsmäßigkeit vom §§ 217 und 89a 2 Nr. 1 StGB“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 11 (2018), 475.)

angesehen wurde. Hier wurde von dem meist aktivistischen *Warren-Court* selbst nur die Konstitutionalisierung bestimmter Punkte des Strafverfahrens als Ziel in den 1960er Jahren erklärt, dessen Großteil später zurückgezogen wurde, diese Konstitutionalisierung jedoch im Hinblick auf das materielle Strafrechts nicht einmal auftauchte.⁹⁸ Die Befürworter dieser erweiterten Konstitutionalisierung in den USA begannen erst 2003 zu hoffen, als das Gesetz des Staates Texas über die sexuelle Aberration von der Mehrheit der *US Federal Supreme Court* im Falle von *Lawrence v. Texas* für verfassungswidrig erklärt wurde, da von dem Gesetz das Selbstbestimmungsrecht des Individuums verletzt wurde. Im weiteren Sinne wurde von dieser Entscheidung jedoch keine Doktrin über die möglichen Einschränkungen der staatlichen Strafbarkeit festgelegt.

Das wurde von Kanadas oberste Richter aber gemacht, und zu diesem Zweck wurde von den Richtern das liberale Schadensprinzip von John Stuart Mill und das Verhältnismäßigkeitsprinzip kombiniert, um der staatlichen Strafbarkeit verfassungsrechtliche Grenzen zu setzen. Demnach kann nur die Handlung bestraft werden, die einer anderen Person Schaden zufügt. Auf diese Weise kann der Selbstschaden, den die Person sich

⁹⁸ Markus Dubber, „Criminal Justice in America: Constitutionalization Without Foundation“, in John T Parry und L Song Richardson (Hrsg.), *The Constitution and the Future of Criminal Justice in America* (New York: Cambridge University Press, 2013), 36: „It is true that American constitutional law (federal and state) has shown little interest in this question of what can be made a crime in the first place, and instead has concerned itself with procedural matters, especially during the Warren Court years (1953–1969), though that concern has dissipated greatly since then, as subsequent Courts have been engaged in a concerted effort to cut back on what came to be seen as the Warren Court’s expansive view of constitutional criminal procedure, to the point where protective constitutional norms are so limited in scope and, even if applicable, are so riddled with exceptions as to raise the question whether the Court still insists on procedural safeguards in criminal prosecution.“ Entgegen Dubbers Bestrebungen, die sich auf die Erweiterung der Konstitutionalisierung des Strafrechts richten, und deshalb seine negative Einschätzung des Obersten Gerichtshofs, weisen die Herausgeber des Bandes in der Einleitung darauf hin, dass die Mehrheit des Obersten Gerichtshofs kein Kongressgesetz zuließ, um *Miranda v. Arizona-Doctrin* abzuschaffen: „For instance, to the surprise of many, the Court struck down Congress’s attempt to overrule *Miranda v. Arizona*, the landmark doctrine requiring police to inform suspects of their rights to counsel and to remain silent before a custodial interrogation.“ (Dubber, „Criminal Justice in America“, 12.)

selbst zufügt, wegen der Selbstbestimmungsfreiheit nicht bestraft werden. Schieben wir es jetzt beiseite, dass von Mills ganzem theoretischem Fundament die menschliche Gemeinschaft nur als Zusammenleben autonomer Individuen vor Auge aufgefasst wird, und deshalb die Schäden für die Gemeinschaft, möglicherweise die allmähliche Zerstörung der Grundlagen der Gemeinschaft durch einzelne Aktivitäten, von dieser Theorie nicht thematisiert werden können. In jedem Fall eignet sich diese liberale Begründung für die Konstitutionalisierung des gesamten materiellen Strafrechts, wenn die Entscheidungsmehrheit eines Verfassungsgerichts dazu neigt, es in ein Verfassungsprinzip aufzunehmen. Zu diesem Zweck wurde in Kanada Artikel 7 der Grundrechtecharta von 1982 verwendet, von dem der Schutz der Freiheit und der Sicherheit des Lebens von Personen deklariert wird, und der Freiheitsentzug nur in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Gerechtigkeit angeordnet werden soll.⁹⁹ Dieser Grundsatz des Schadens wurde von den kanadischen Obersten Richtern mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Verbindung gebracht und als Grundsatz der grundlegenden Gerechtigkeit wurde manchmal auf die verfassungsrechtliche Überprüfung bestimmter strafrechtlichen Tatbestände angewendet. Obwohl in ihrer Entscheidung von 2003 in Falle der Überprüfung einer gesetzlichen Bestimmung zur Bestrafung des Besitzes einer Droge die Aufnahme dieses Grundsatzes in Artikel 7 verweigert wurde; waren sie aber in ihrer Entscheidung von 2012 bereits geneigt, ihr einen verfassungsmäßigen Status zu verleihen.¹⁰⁰

In Verbindung auch mit anderen Standards ist das Prinzip der Schädigung in der Konstitutionalisierung des materiellen Strafrechts in Kanada von Bedeutung. Ein Beispiel für die gemeinsame Verwendung ist die Beurteilung zusammen mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit,

⁹⁹ „Everyone had the right to life, liberty and security of person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.“ (Artikel 7.)

¹⁰⁰ Benjamin L Berger, „Constitutional Principles in Substantive Criminal Law“, *Osgoode Legal Studies Research Paper Series* Nr. 54 (2014), 23: „In *R. v. Ipeelee* (2012) 1 SCR 433, at para. 36, the Supreme Court stated that „proportionality in sentencing should be aptly be described as a principle of fundamental justice s. 7. of the Charter.“

ein anderes Beispiel ist die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der betreffenden Straftat auf der Grundlage der Gleichheit. Auf dieser Grundlage wurde die Verfassungsmäßigkeit des Tatbestandes der Polygamie befürwortet, da von der Verfassungswidrigkeit dieses Tatbestandes das Recht der Frauen auf Gleichstellung mit Männern zum Nachteil der Frauen beeinträchtigt werden würde.¹⁰¹ Das gleiche Argument wurde in der Verfassungswidrigkeit des Tatbestandes der ärztlichen Sterbehilfe bei schwerbehinderten Menschen angewendet, da sie von kanadischen Richtern als Verstoß gegen das Recht schwerbehinderter Menschen auf Selbstverleugnung angesehen wurde.¹⁰²

Als die führende Rechtswissenschaft in Europa hatten die deutsche Professoren schon in dem zweiten Hälfte von 1800er Jahren bereits ein hohes Niveau auf dem Gebiet der Strafrechtstheorie und bei der Analyse der möglichen Einschränkungen der staatlichen Strafmacht erreicht. Unter diesen haben die konzeptionellen Innovationen von *Rudolf von Jhering* große Folgen gehabt. Es lohnt sich, mit ihm zu beginnen. Sein Ausgangspunkt ist, dass die Bestrafungsmittel so weit vermieden werden sollten, wie das Recht selbst nur dort angewendet werden sollte, wo ohne es keinen Zweck erreicht werden kann. Tatsächlich verringern strafrechtliche Instrumente auch die Vitalität der Gesellschaft wegen der Bestrafungskosten, und weil der Täter von der Reproduktion der Gesellschaft ausgeschlossen ist. Aber wenn der durch die Tat verursachte Schaden ein Niveau der Lebensbedingungen der Gesellschaft überschreitet, kann dem Staat als Vertreter der Kollektivität der Gesellschaft im weiteren Sinne nichts im Wege stehen, eine solche Tat zum Verbrechen zu erklären. Jhering protestierte scharf

¹⁰¹ Berger, „Constitutional Principles“, 15: „Similarly, a decision upholding the constitutionality of the crime of polygamy leaned heavily on the practice’s potentially harmful effects on women. Equality, arguably the basal norm of modern rights constitutionalism, conditions the analysis of harm.“

¹⁰² Berger, „Constitutional Principles“, 16: „The principal rationale for the invalidation of the criminal bar on assisted suicide in Canada was the discriminatory effect that such a crime had on the severely disabled. Thus, in a variety of ways, the transfer of philosophical debates about the limits of criminal law into a constitutional idiom has been a greater role for equality on giving substantive shape to the criminal law.“

gegen die rechtswissenschaftlichen Kategorisierungen, die die strafrechtliche Pönalisierung aus bestimmten Bereichen mit dem Argument ausschließen wollten, dass es sich um Bereiche des Privatrechts handelte, und dass dort nur privatrechtliche Sanktionen möglich sind. Was strafrechtlich geschützt werden muss, ist eine rein politische Frage, und wenn also eine Lebensbedingung in einer Gesellschaft als wichtig angesehen wird und das Privatrecht sie nicht angemessen schützen kann, muss das Strafrecht handeln.¹⁰³ Ein Aspekt von Jherings Analyse ist daher die Beseitigung von Hindernisse für staatliche Strafmaßnahmen und die Unterordnung des Strafrechts unter die freie Gesetzgebung des Staats. Anstatt die etablierte Strafrechtslehre anzuwenden, versucht Jhering konzeptionell, solche rechtsbegriffliche Differenzierungen zu schaffen, von denen der Gesamtzweck des Rechts (die Bereitstellung sozialer Lebensbedingungen) aus strafrechtlicher Sicht konkretisiert werden können. Letztendlich wird von Jhering immer das Funktionieren der Gesellschaft im weitesten Sinne analysiert, und deshalb bewertet er immer alle rechtlichen Lösungen aus diesem Gesichtspunkt. Selbst wenn es um den innersten Aspekt der Individuen geht, wie z. B. um das Verbot der Abtreibung des Fötus, wird es von Jhering damit erklärt, dass das Leben der Nachkommen die Bereitstellung einer wesentlichen Lebensbedingung für die Gesellschaft als Ganzes bedeutet. Das ungeborene Kind ist also nicht nur ein Teil des Körpers der Mutter, der noch getrennt werden muss, sondern eine Garantie für die Lebensbedingungen der Gesellschaft.¹⁰⁴ Es gibt also ein soziales System von Zielen hinter den gesetzlichen Bestimmungen, von dem der Umfang der individuellen Rechte bestimmt werden. Diese Ziele sind immer die Lebensbedingungen einer Gesellschaft, und daher sind individuelle Rechte und rechtliche Institutionen letztendlich auch die Voraussetzungen für diese Gesellschaft. Um einige der Nachwirkungen von Jherings Rechtstheorie zu verstehen, sollte

¹⁰³ Rudolph von Jhering, *Der Zweck im Recht* (Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1893), 487.

¹⁰⁴ Jhering, *Der Zweck im Recht*, 517: „Schon bevor das Kind geboren, streckt die Gesellschaft ihr Hand darnach aus, es schützend und begehrend. «Das Kind, das Du im Leibe trägst – ruft das Gesetz der Mutter zu – gehört nicht Dir allein, sondern auch der Gesellschaft, wehe Dir, wenn Du in ihre Rechte eingreifst.»“

betont werden, dass während er in seinem Werk *Zweck des Rechts* immer betonte, die Richter an das Gesetz verbinden zu müssen, schuf jedoch implizit die doppelte theoretische Dimension des Unterschieds zwischen den oberflächlichen Bestimmungen der gesetzlichen Vorschriften und ihren zugrunde liegenden Zwecken, die sich nachträglich die Richter vom Gesetz entfernten. Nach Jhering begann *Franz von Liszt*, die vom *nullum crimen sine lege* Prinzip geforderte strenge Tatbestandgebundenheit als rein formale Legalität herunterzuspielen und sich dann auf die materielle Rechtswidrigkeit zu konzentrieren. Obwohl Liszt auch das erstere betonte, konnte es später von denjenigen beiseite geschoben werden, von denen diese Idee weitergeführt wurde. Auf dieser Grundlage akzeptiert der Reichsgerichtshof im Jahre 1927, dass es möglich sei, aufgrund der Prüfung von Rechtsgut über den gesetzlichen Tatbestand hinauszugehen.

Durch viele Vermittlungen nach Jhering, aber im Gegensatz zu seinen Absichten, wurde von Claus Roxin in den letzten Jahrzehnten mit Hilfe des Rechtsguts der Gedanke der materiellen Grundlage hinter rein formaler strafrechtlichen Legalität weitergeführt. Roxin fügt die Rechtsgut-Kategorie nicht zur materiellen Ausweitung der Rechtswidrigkeit hinzu, sondern er stellt die materielle Rechtswidrigkeit neben die bloße formelle Rechtswidrigkeit der tatbestandmäßigen Handlung.¹⁰⁵ Die Funktion der materiellen Rechtswidrigkeit besteht darin, um zu beschreiben, was von dem Staat als Straftat eingestuft werden kann. Der Rechtsgutsgedanke ist ihr so zugeordnet, dass der Gesetzgeber nur zum Schutz eines Rechtsguts eine Straftat begründen kann und in Ermangelung dessen ist es nicht erlaubt, einen strafrechtlichen Tatbestand zu schaffen. Es gibt solche Meinung, sagt er, dass das Konzept des Rechtsguts im 19. Jahrhundert dazu diente, rein moralische Sünden vom Strafrecht auszuschließen, aber Roxin bestreitet es und er gibt nur zu, dass von dem Rechtsgutsgedanke in den letzten Jahrzehnten

¹⁰⁵ Claus Roxin, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Band I: *Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre* (München: Beck, 1994), 10: „Der materielle Verbrechensbegriff ist also dem Strafgesetzbuch vorgelagert und liefert dem Gesetzgeber einen kriminalpolitischen Maßstab dafür, was er bestrafen darf und was er straflos lassen soll.“

wirklich eine solche Funktion erfüllt wird. Zum Beispiel argumentierten bei der Bestrafung von Homosexualität oder Sodomie, die bis 1969 Verbrechen in Deutschland waren, diejenigen, die es abschaffen wollten, dass diese als bloße Verstöße gegen moralische Vorstellungen keinen rechtlichen Schutzgegenstand hätten und lediglich „allgemeine Konzepte“ seien: „Es fehlt bei ihnen an einer «realen Verletzungskausalität», sie können daher nach dieser Lehre nur als Verstöße gegen «Allgemeinbegriffe,» wie die Moral, nicht aber als Rechtsgüterverletzungen verstanden werden.“¹⁰⁶

In den frühen 1900er Jahren versuchten einige Benutzer der Kategorie des Rechtsguts, eine andere Einschränkung des Gesetzgebers zu schaffen, indem sie der Rechtsgut als vorstaatlich betrachteten, unabhängig von staatlichen Vorschriften. Auf diese Weise deklarierten sie die Verbote und Vorschriften, die allein vom Staat geschaffen wurden, als ohne Rechtsgutcharakter zu existieren, und sie wollten diese aus dem strafrechtlichen Schutz ausschließen und fanden sie nur als Ordnungswidrigkeit geeignet zu sanktionieren: „weil der Gegenstand des Verbotes oder Gebotes durch den Staat überhaupt erst geschaffen worden also nicht vorgegeben und insofern kein Rechtsgut ist.“¹⁰⁷ Roxin weist darauf hin, dass dies problematisch ist, da viele strafrechtliche Verbote allgemeine Konzepte wie „Staat“, „Strafverfolgung“, „Geldwert“ usw. schützen und niemand Einwände gegen ihre strafrechtliche Verteidigung erhebt. Mit anderen Worten, dieses Konzept ist lediglich ein Vorwand und eine Suche nach Rechtfertigung für die Änderung und den Ausschluss des Strafrechts von bestimmten Themen. Roxin ist aber auch nicht mit der Umkehrung einverstanden, die das Konzept des Rechtsguts einschränkt und lediglich für Klassifizierung der Gruppen von strafrechtlichen Regeln betrachtet.¹⁰⁸ Die Lösung, so argumentiert er,

¹⁰⁶ Roxin, *Strafrecht*, 11.

¹⁰⁷ Roxin, *Strafrecht*, 12.

¹⁰⁸ Roxin, *Strafrecht*, 13: „Solche Überlegungen könnten auf den Standpunkt des sog. «Methodischen» Rechtsgutsbegriffe führen, der unter einem Rechtsgut nur eine zusammenfassende Denkform für den Sinn und Zweck der einzelnen «Strafrechtssätze» (Grünhut, 1930) eine «Abkürzung der Zweckgedankens» damit «die ratio legis» der einzelnen Tatbestände versteht. Damit wäre, aber die Bedeutung des Rechtsgutsbegriffs für den materiellen

könnte darin bestehen, die Rechtsgüter als konstitutionelle Schranken vor dem staatlichen Strafmacht zu betrachten: „Der richtige Ansatz liegt in der Erkenntnis, dass die einzige dem Strafgesetzgeber vorgegebene Beschränkung in den Prinzipien der Verfassung liegt.“¹⁰⁹ Von Roxin wurde damit die Bedeutung der Kategorie des Rechtsguts erhoben, da die Rechtsgüter somit nicht nur als intellektuelle Schöpfung der Rechtswissenschaft, sondern als verfassungsrechtliche Verpflichtung gegenüber dem Urheber des Strafrechts erscheinen würde.

Der Begriff des Rechtsguts ist nach Roxin in den letzten Jahren für einige deutsche Autoren zu einem Instrument für die Konstitutionalisierung des gesamten Strafrechts geworden und unter ihnen ist *Winfried Hassemer* ein gemäßigter und *Bernd Schünemann* ein radikaler Vertreter. Hassemer beschreibt die duale Natur des Rechtsguts, und er hebt einerseits seine systemimmanente Funktion, andererseits die systemkritische kriminalpolitische Funktion hervor. Die klare Trennung der beiden und die Einstufung seiner eigenen Analyse als kriminalpolitische Position ist sicherlich zu begrüßen, da eine der größten Verwirrungen bei der Analyse des Rechtsguts sowohl in Deutschland, als auch in Ungarn darin besteht, dass diese Analyse meistens ohne Differenzierung dargestellt wird, als ob es immer um Rechtsdogmatik ginge. In Hassemers Analyse wird jedoch zu Recht darauf hingewiesen, dass nur der systematisierende Klassifizierungsaspekt der Rechtsgutskategorien zu der Rechtsdogmatik gehört, und die kritischen Analysen des Gesetzgeber, von denen die politischen Werte in dem Strafrecht eingezogen werden, bedeutet das Feld der rechtspolitischen Kämpfe. Obwohl es eines der Erfolgsinstrumente auf dem Gebiet der Rechtspolitik sein mag, diesen Charakter zu tarnen und als neutral-unwiderlegbares rechtsdogmatisches Argument im Recht darzustellen, kann es den neutralen Rechtsanalysten nicht täuschen. Nun, Hassemer tut dies nicht und deklariert seine Analyse des Rechtsguts als

Verbrechenslehre gänzlich preisgegeben; denn da der Gesetzgeber natürlich mit jeder Vorschrift irgendeinen Zweck verfolgt, wäre *eo ipso* ein Rechtsgut immer gegeben.“

¹⁰⁹ Roxin, *Strafrecht*, 14.

eine kriminalpolitische Annäherung. Sie nimmt die Natur des Rechtsguts als Analogie zu den Grundrechten der Verfassung wahr, und es schränkt den Staat bei der Formulierung der strafrechtlichen Tatbestände ebenso ein wie die Grundrechte. Um dies zu unterstützen, betont er das in Artikel 2 des deutschen Grundgesetzes verankerte „Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit“ und stellt es in den Mittelpunkt des gesamten Rechtssystems, basierend auf der These der allgemeinen Handlungsfreiheit, die von der Verfassungsrichter früher schon deklariert wurde.¹¹⁰ Infolgedessen bemüht sich Hassemer, das vollständige Strafrecht auf der Grundlage der Grundrechte aufzubauen, und stellt, wenn ein erkennbares Rechtsgut aus den Grundrechten abgeleitet werden kann, das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit vor die Prüfung der strafrechtlichen Regelung.¹¹¹ Obwohl von den klassischen liberalen Rechtskonzepten und strafrechtlichen Konzepten meistens nur die übermäßigen strafrechtlichen Regulierung kritisiert werden, weist Hassemer darauf hin, dass in jüngerer Zeit das Erfordernis einer niedrigeren Schwelle, d. h. der verfassungsrechtlich obligatorischen Kriminalisierung einer Handlung in einer deutschen verfassungsgerichtlichen Entscheidung auch auftauchte. Auf diese Weise kann der konstitutionalisierte Rechtsgutsgedanke zusätzlich zu ihrer Rolle als Barriere auch als Forderung für die Kriminalisierung einer Handlung fungieren: Hassemer selbst kritisiert dies, und das Beispiel, das er gibt, zeigt den Grund dafür. In einer Periode

¹¹⁰ Winfried Hassemer, „Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?“, in Roland Hefendehl, Andrew Hirsch und Wolfgang Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatische Glasperlenspiel?* (Baden-Baden: Nomos, 2003), 60: „Jedes strafrechtliche Gebot oder Verbot ist ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit. (...) Das Rechtsgut trägt den Kern einer Rechtfertigung eines Handlungsverbots. Ein strafrechtliches Handlungsverbot – in Form einer Strafdrohung gegenüber einem bestimmten Verhalten – lässt sich nicht rechtfertigen, wenn es sich nicht darauf berufen kann, einen anerkannten Zweck angemessen zu verfolgen.“

¹¹¹ Hassemer, „Darf es Straftaten geben“ 59: „Wenn man den strafrechtlichen Begriff und die Konzeption des Rechtsguts in die verfassungsrechtliche Diskussion über das Strafrecht und seine Grenze einpassen will, so müssen zwei Konzepte aus dem Verfassungsrecht und der Wissenschaft vom Verfassungsrecht im Vordergrund stehen: das Übermaß- und Untermaßverbot. Beide sind Umstände, die Traditionen des Strafrechts, in deren Mitte das Rechtsgut steht, verfassungsrechtlich zu rekonstruieren.“

des deutschen Verfassungsgerichts, in der es von einer nicht liberalen Mehrheit dominiert wurde, hat das deutsche Verfassungsgericht ein striktes Abtreibungsverbot verhängt und sogar den Gesetzgeber aufgefordert, die Abtreibung zu pönalisieren, um das Ungeborene zu schützen: „Es ist vom Bundesverfassungsgerichtshof gegenüber den Strafgesetzgeber insbesondere in Entscheidungen zum Abtreibungsverbot aktiviert worden; vgl. zur «Schutzpflicht» für das ungeborene menschliche Leben BVerfGE 88, 203.“¹¹² Hassemer weist darauf hin, dass die Verschiebung der verfassungsgerichtlichen Mehrheit zwischen den politischen Welten später zu einer neuen Entscheidung führte, von der die Abtreibung jetzt rechtfertigt wurde, und stattdessen der Gesetzgeber aufgefordert wurde, Gesetze zu erlassen, damit eine Verpflichtung einer obligatorischen Beratung vor der Abtreibung zu institutionalisieren.

Diese Komplikationen veranschaulichen die Probleme bei der Verknüpfung der Strafrechtsdogmatik mit den konstitutionellen Grundrechten und die notwendigen Änderungen der daraus resultierenden kriminalpolitischen Anforderungen. Da sich die Mehrheit der Verfassungsrichter, die an christlichen und katholischen Werten festhalten, auch nach der Ersetzung eines Richters zu einer liberaleren und liberaleren Mehrheit hinbewegen kann, und in dieser Situation kann das gesamte konstitutionalisierte Strafrecht geändert werden. Was als Verfassungserfordernis früher vorgeschrieben wurde, kann jetzt gelöscht werden und beginnt alles von vorne. Der Versuch, ein „materielles“ Strafrecht über das Konzept des formellen strafrechtlichen Legalität zu konstruieren, ist ein hoffnungsloses Unterfangen auf der Ebene der Strafrechtsdogmatik, da was von der Wahl zwischen politischer Werte abhängt, kann nicht von logischen und neutralen Argumente gerechtfertigt werden.

Dies wird durch *Bernd Schünemanns* Analyse des Rechtsguts deutlich, von dem durch die Verknüpfung von Rechtsguts mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen auch einige bisher als heilig geltende Strafrechtsprinzipien

¹¹² Hassemer, „Darf es Straftaten geben“, 62.

beiseite geschoben wird.¹¹³ Nämlich, Schönemanns konstitutionalisiertes Strafrecht funktioniert nicht nur in verfassungsgerichtlichen Entscheidungen eingebunden und von diesen abhängig, sondern können von jedem Strafrichter auch gegenüber dem bloßen Wortlaut des Gesetzes aufgrund diesem konstitutionalisierten Strafrecht entschieden werden. Der Grund für diese theoretische Position kann besser verstanden werden, wenn es herausgehoben wird, dass von Schönemann die Entscheidung der deutschen Verfassungsrichter dafür kritisiert wird, weil sie die Pönalisierung von Cannabiskonsum aufgrund mangelndem Rechtsgut nicht als verfassungswidrig erklärte, sondern es dem Gesetzgeber übergeben wurde, zu entscheiden, was dagegen zu tun ist.¹¹⁴ Wenn den Verfassungsrichtern nicht vertraut werden kann, wird der Strafrichter die Angelegenheit selbst aufgrund des konstitutionalisierten Strafrechts entscheiden – wir können Schönemanns These ableiten, und Hassemer ist bisher nicht gegangen.

Diese Ansichten gehören jedoch nur einer Gruppe deutscher Strafrechtsprofessoren, und wenn ihr Erfolg in der Gemeinschaft der internationalen Strafrechtswissenschaftler – einschließlich in Ungarn – weitere Überlegungen verdient hat, ist es wichtig zu betonen, dass sie von dem deutschen Verfassungsgericht selbst nicht in seine Rechtsprechung aufgenommen wurde. Bei der Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde in Bezug auf den strafrechtlichen Tatbestand des Inzests im Jahr 2008 haben die deutschen Verfassungsrichter klargestellt, dass sie im engen Rahmen der verfassungsrechtlichen Strafverfolgung bleiben und das Konzept der erweiterten

¹¹³ Schönemann, „Das Rechtsgüterschutzprinzip“, 134: „Indem sie gegenüber dem bloßen Wortlaut des Gesetzes eine allgemeinere Dimension erschließt und damit die Grundprinzipien des Strafrechts für die Interpretation fruchtbar macht, bildet sie deren «Fluchtpunkt» und bringt den liberalen Grundgedanken, der eine verfassungsrechtliche Dimension repräsentiert, unmittelbar in die Gesetzesauslegung ein, ohne sogleich mit der Kalamität belastet zu sein, die Verfassungswidrigkeit einer Entscheidung des Gesetzgebers begründen zu müssen.“

¹¹⁴ Schönemann, „Das Rechtsgüterschutzprinzip“, 145: „Bedauerlicherweise hat das BVerfG das Gegenteil getan: Es hat bereits auf der analytischen Ebene die kritische Potenz des Rechtsgüterschutzprinzip verschmäht, es hat die spezifische Schwelle für den Einsatz des Strafrechts eingeebnet, und es hat damit im Ergebnis die Strafrechtstheorie auf ein vorauflärerisches Niveau zurückgeschraubt.“

strafrechtlichen Konstitutionalisierung nicht akzeptieren würden. Obwohl das Strafrecht im System der rechtlichen Sanktionen eine *ultima ratio* Natur hat, wurde die Prüfung dieser Frage im Einzelfall den *de-lege-ferenda* Vorschlägen der Strafrechtswissenschaft überlassen und als Grundlage für die verfassungsgerichtlichen Überprüfung abgelehnt wurde. Ebenso wurde die gesetzliche Regelung von Strafsachen aufgrund der Rechtsgüter als ein gutes Instrument der Kriminalpolitik und der Strafrechtsdogmatik eingestuft, sie wurde jedoch nicht als geeignet angesehen, um sie als verfassungsgerichtlicher Maßstab zu benutzen und damit zu einer vollständigen Konstitutionalisierung des Strafrechts zu gelangen.¹¹⁵ Bettina Noltenius, von der die Entscheidung kritisch diskutiert wird, weist lediglich mit Befriedigung darauf hin, dass der einzige abweichende Verfassungsrichter, *Winfried Hassemer*, nicht zufällig aus dem Beruf der Strafrechtswissenschaft kam.

Wenn wir uns ungarischen Autoren zuwenden, müssen wir mit den Analysen von *Zsolt Szomora* beginnen, weil er sich am offensten verpflichtet hat, dieser Linie der deutschen Strafrechtswissenschaft zu folgen. Dann kann ein ausführlicher Überblick der relevanten verfassungsgerichtlichen Entscheidungen aus der neu veröffentlichten Doktorarbeit von *Erzsébet Amberg* gewonnen werden. Im Hinblick auf die letztere Studie kann behauptet werden, dass das ungarische Verfassungsgericht im Gegensatz zu der deutschen Entscheidung von 2008, hat aufgrund der Ultima-Ratio-Prinzip bis 2011 18 Mal entschieden, und in acht Fällen wurde die Verfassungswidrigkeit der strafrechtlichen Regelung deklariert.¹¹⁶

¹¹⁵ Bettina Noltenius, „Grenzenloser Spielraum des Gesetzgebers im Strafrecht? Kritische Bemerkungen zur Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 26. Februar 2008“, *Zeitschrift für das Juristische Studium* 1 (2009), 15–21. „Das Bundesverfassungsgericht hat lediglich darüber zu wachen, dass die Strafvorschrift materiell in Einklang mit den Bestimmungen der Verfassung steht und den ungeschriebenen Verfassungsgrundsätzen sowie Grundentscheidungen des Grundgesetzes entspricht. Strafnormen unterliegen von Verfassung wegen keiner darüber hinausgehenden strengeren Anforderungen hinsichtlich der mit ihnen (*von Gesetzgeber, Anm. der Verf.*) verfolgten Zwecke. Insbesondere lassen sich solche nicht aus der strafrechtlichen Rechtsgutstheorie ableiten. (Rn. 38f).“ (Zitiert von Noltenius, „Grenzenloser Spielraum“, 17.)

¹¹⁶ Siehe: Amberg Erzsébet, *A büntetőjogi felelősség helye és ultima ratio szerepe a felelősségi alakzatok rendszerében* (Doktorarbeit) (Pécs: PTE ÁJK Doktori Iskolája, 2019), 92–98.

Szomora analysiert in seiner Dissertation die Tatbestände der Sexualkriminalität aufgrund der individualistischen Sichtweise der Gesellschaft, die im Falle der deutschen Autoren bereits gesehen werden konnte. Diese Sichtweise sieht die Gesellschaft als eine Gruppe frei vereinigter Individuen, in der die gesetzliche Regelungen und damit die Einschränkungen für Individuen nicht auf Gemeinschaftstraditionen und moralischen Normen aufgebaut werden können. Auf diese Weise betont er nachdrücklich, dass die Pönalisierung der moralisch verwerflichsten Inzest daher nicht als verfassungsgemäß angesehen werden kann. Weil die genetische Schädigung der daraus abgeleiteten Nachkommen nur auf unsicheren Expertenmeinungen beruht, wurde von Szomora daher vorgeschlagen, diese Pönalisierung als Verstoß gegen die sexuelle Selbstbestimmung zu erklären.¹¹⁷ Ganz allgemein ist er der Ansicht, dass die strafrechtlichen Tatbestände nur dann legitim und zulässig sind, wenn sie dem Grundsatz des *Ultima Ratio* entsprechen und von einem Rechtsgut unterstützt werden.¹¹⁸ Der Mangel an dieser Rechtfertigung bedeutet die Verfassungswidrigkeit der strafrechtlichen Regelungen des Staates, weil von denen die sexuelle Selbstbestimmung als Grundrecht verletzt werden: „Das Recht auf Sexualität ist jedoch weit aus wichtiger als der Eingriff des Staates, und die Anerkennung dieses Grundrechts hat wegen des Verbots von Diskriminierung zwangsläufig mitgebracht, dass Homosexualität, außerehelicher Sex oder einfache Prostitution nicht strafbar sind.“¹¹⁹ Zusammenfassend scheint Zsolt Szomora dem erweiterten konstitutionalisierten strafrechtlichen Ansatz der deutschen

¹¹⁷ „Es muss betont werden, dass die Abschaffung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei erwachsenen Blutsverwandten gerechtfertigt ist, weil sie das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung so einschränkt, dass weder eine genetische Begründung noch ein genetischer oder familiärer Schutz gegeben werden kann.“ [Szomora Zsolt, *A nemi bűncselekmények egyes dogmatikai alapkérdéseiről* (Doktorarbeit) (Szeged: SZTE ÁJK Doktori Iskólája), 2008, 258.]

¹¹⁸ „Die Aufhebung des strafrechtlichen Verbots bedeutet, dass strafrechtliche Eingriffe in eine bestimmte soziale Situation nicht legitim, unangemessen, unnötig oder unverhältnismäßig oder mit dem Grundsatz des *Ultima Ratio* unvereinbar sind und nicht durch rechtliche Schutz eines Rechtsguts gerechtfertigt sind.“ (Szomora, *A nemi bűncselekmények*, 258).

¹¹⁹ Szomora, *A nemi bűncselekmények*, 126. Es ist anzumerken, dass der Teil des Autors Dissertation über sexuelle Selbstbestimmung auch 2017 in der Ausgabe der Zeitschrift *Fundamentum* (Heft. 3–4.) veröffentlicht wurde und darin von ihm die rechtliche Nebenwirkung

Literatur zu folgen und er verwendet alle Argumente, um den Rahmen des Strafrechts abzugrenzen. Er verzichtet jedoch, zumindest in seinen hier analysierten Schriften, darauf, um die Verfassungswidrigkeit dieser ungarischen strafrechtlichen Regelungen zu fordern, die in Deutschland eine ganze Bewegung ins Leben gerufen hat, um dies zu erreichen.

Aus der oben erwähnten Sammlung von Erzsébet Amberg geht hervor, dass von der Mehrheit der ungarischen Verfassungsrichter als Beispiel den deutschen Verfassungsrichters im Bereich des Strafrechts bis 2011 nicht nur gefolgt wurde, sondern während ihre deutsche Kollegen sich dem Strafrechtsprofessoren in Bezug auf die erweiterten Konstitutionalisierung des Strafrechts widersetzen, ist das ungarische Verfassungsgericht weit über die strafrechtlicher Verfassungsgarantien hinausgegangen und durch die Umwandlung des Ultima-Ratio-Prinzips in einen verfassungsrechtlichen Maßstab mehrmals auf die Prüfung strafrechtlicher Tatsachen zurückgegriffen hat. So führten seine Entscheidungen *11/1992 (III. 5.)* und *42/1993 (VI. 30.)* eine Verfassungsprüfung in Bezug auf die strafrechtliche Verjährungsfrist durch, und einer der Gründe war die Ultima-Ratio-Natur des Strafrechts. Mit dem Beschluss *58/1997 (XI. 5.)* wurde eine Bestimmung zur strafrechtlichen Sanktionierung des Missbrauchs des Vereinigungsrechts auf der Grundlage des Ultima-Ratio-Prinzips abgeschafft. Mit der Entscheidung *13/2000 (V. 2.)* wurde die Regel zur Bestrafung von Verstößen gegen das nationale Emblem aufgrund des Fehlens des Rechtsguts aufgehoben. Die Entscheidung *18/2000 (VI. 6.)* erklärte den Tatbestand über die Gerüchteverbreitung für verfassungswidrig und aufgrund des Ultima-Ratio-Prinzips aufhob. Dieser Grundsatz spielte eine Rolle aber auch in der Entscheidung *18/2004 (V. 25.)*, von der die Aufhebung des strafrechtlichen Tatbestands über die Volksverhetzung deklariert wurde. Die Entscheidung *41/2007 (VI. 20.)* erläuterte auf der Grundlage eines Antrags, von dem das Fehlen der strafrechtlichen Sanktionierung in Bezug auf die schwerwiegender Diskriminierung angegriffen wurde, die

der positiven Seite etwas enger gefasst wurde als den strafrechtlichen Schutz der negativen Seite der sexuellen Selbstbestimmung.

verfassungsrechtlichen Grenzen der strafrechtlichen Macht des Staates aufgrund des Ultima-Ratio-Prinzips, und schließlich die Entscheidung 13/2014 (IV. 18) stützte das Argument auch auf das Ultima-Ratio-Prinzip in einem Diffamierungsfall und hob eine gerichtliche Entscheidung auf.

Aus den oben genannten verfassungsgerichtlichen Entscheidungen geht es weiter hervor, dass die erweiterte verfassungsrechtliche Strafrechtskontrolle in Ungarn im Gegensatz zu dem deutschen Verfassungsgericht nicht nur der Tätigkeit der rechtspolitizierenden Strafrechtsprofessoren überlassen wurde, sondern auch sie wurde von der Mehrheit der Verfassungsrichter selbst verwirklicht. Diese Situation hörte mit der schrittweisen Änderung der verfassungsgerichtlichen Mehrheit 2015 in Ungarn auf, obwohl die Auswirkungen des alten Fallrechts der früheren Mehrheit in dieser Hinsicht gelegentlich noch große Debatten in den Sitzungen des Verfassungsgerichts über die Rückkehr zur alten Linie oder deren Verwerfung auslösen. Die Hauptlinie besteht jedoch zunehmend darin, die Konstitutionalisierung des Strafrechts auf die Durchsetzung der in Verfassung enthaltenen strafrechtlichen Garantien zu beschränken und nicht das konstitutionalisierte Strafrecht als Doppelung des traditionellen Strafrechts zustande zu bringen.

Abschließend möchte ich darauf hinweisen, dass trotz der früheren „Weltmeisterschaft“ des konstitutionalisierten Strafrechts in Ungarn neben einigen Kritikern, wie z. B. *Imre A. Wiener*, theoretisch die Beziehung zwischen den beiden unterschiedlichen strafrechtlichen Ansätzen nicht angesprochen wurde. (Wie zum Beispiel haben die Deutschen die Dualität von einfachem Recht und Verfassungsrecht irgendwie thematisiert, zumindest im Hinblick auf das Privatrecht.) Ausnahmsweise kann jedoch in einem kürzlich erschienenen Aufsatz von *Imre Németh* eine derartige Analyse aufgedeckt werden.¹²⁰ Die ziemlich vage Beschreibung von Németh behauptet im Grunde genommen die Verdoppelung des Strafrechts, die ich auf der Ebene des gesamten Rechtssystems umfassender darstellen möchte.

¹²⁰ Németh Imre, „A büntetőjog paradigmaváltása a 21. század hajnalán“, in Kóczy T László (Hrsg.): *Új Nemzeti Kiválóság Program 2017/2018 tanulmánykötet* (Győr: SZE, 2018), 334.

4. Konstitutionelles Finanzrecht

Wenn man sich in der Welt nach der Einstellung zur der Konstitutionalisierung des Finanzrechts umschaut, lohnt es sich, mindestens ein Beispiel in den Vereinigten Staaten und in Deutschland zu betrachten und dann die inländischen Überlegungen zu untersuchen. Beide ausländischen Beispiele werden Aspekte darstellen, die in der Zukunft auch in Ungarn auftreten können, obwohl hier noch nicht Gegenstand verfassungsgerichtlicher Entscheidung waren.

Die Konstitutionalisierung einer US-Finanzrechtsfrage wurde in den letzten Jahren von mehreren US-amerikanischen Autoren gefordert, die versucht haben, die Bemühungen um Kapitalbeschaffung im Wettbewerb zwischen Mitgliedstaaten und Großstädten mit Hilfe der Steueranreize, Vermögenversicherungen, und Kapitalersätze durch die Richtern des Obersten Gerichtshofs als verfassungswidrig erklären zu lassen.¹²¹ Denn auf diese Weise wird fast ein Drittel der Haushalte der Städte und der Mitgliedstaaten in die Taschen großer multinationaler Unternehmen und Kapitalbesitzer gesteckt, wodurch das Budget zum Nachteil der lokalen Kleinunternehmen und der Ärmsten ausgeht und für andere Zwecke (Bildung, Umwelt usw.) nicht ausreicht. Darüber hinaus werden von der Kreditaufnahme zu diesem Zweck die Großstädten und die Mitgliedstaaten verschuldet. Um dem entgegenzuwirken und diese rechtliche Option für Erklärung der Verfassungswidrigkeit zu belegen, bemühen sich die Autoren um eine geänderte Auslegung der Handelsklausel (*commerce clause*) in der US-Verfassung: „First, the dormant commerce clause doctrine should be interpreted to restrict state and local government subsidies that allow nationally (or globally) organized business to extract unequal government support from more dispersed and localized economic interests (...) Though government offer these subsidies to attract vital local economic development, these subsidies largely operate as a race to the bottom that

¹²¹ Martha T McCluskey, „Constitutional Economic Justice: Structural Power for «We the People», *Yale Law & Policy Review* 35, Nr. 1 (2016), 271–296.

tends to undermine meaningful and sustainable growth while increasing inequality and austerity for small businesses and middle or lower income residents.“¹²² Diese Klausel wurde in die amerikanische Bundesverfassung aufgenommen, damit die eigennützigen wirtschaftlichen Interessen der Mitgliedstaaten den im Bundesstaat vereinten großen Wirtschaftsraum nicht verzerren und trotz des Wettbewerbs als einheitlicher Wirtschaftsraum fungieren zu können. Aber was wirklich passiert ist, ist, dass die riesigen Unternehmen in vielen Mitgliedstaaten durch ihr Kapital und ihre bezahlten Lobbyisten einen großen Teil der politischen und Medienelite in den Mitgliedstaaten und in den Ballungsräumen beeinflussen können und so zum Nachteil der lokalen Unternehmen Haushaltsgelder verdienen: „The interstate «subsidy wars» instead tend to operate like taxes or import duties extracted from individual farmers, workers, and entrepreneurs to support businesses able to use nationalized market power to exclude or exploit localized suppliers and workers.“¹²³

Lokale politische Gruppen mit lokalen Interessen nahmen in den Jahren nach dem Jahrtausendwende verfassungsrechtliche Argumente auf, um ihre systemische Nachteile im Stadt- und Staatshaushalt zu bekämpfen, und eine Gruppe von ihnen wandte sich einem verfassungsrechtlichen Argument zu, das zuvor von einem Rechtsprofessor im Namen der Steuerzahler verfasst worden war. Die Stadt Toledo, Ohio, stellte *Damler Chrysler-Automobilen* Subventionen in Höhe von 280 Millionen US-Dollar zur Verfügung, und das wurde von diesen lokalen Unternehmer in Frage gestellt, weil nicht genügend Geld für Bildung im Stadtbudget blieb.¹²⁴ In einem Urteil des Obersten Bundesgerichts von 2006 wurde der Fall jedoch für unzulässig erklärt, da es ein zu allgemeines Argument war, um die Verfassungsmäßigkeit in Frage zu stellen. Darüber hinaus erklärten die Bundesrichter, dass sie

¹²² McCluskey, „Constitutional Economic Justice“, 279.

¹²³ McCluskey, „Constitutional Economic Justice“, 280–281.

¹²⁴ McCluskey, „Constitutional Economic Justice“, 282: „Drawing on Professor Enrich’s doctrinal analysis, a group of taxpayer plaintiffs used the dormant commerce clause to challenge 280 million dollar in tax incentives for an auto manufacturer to relocate to Toledo, Ohio.“

sich nicht in die Politik der öffentlichen Finanzen einmischen wollen und dies dem Ermessen der politischen Partei überlassen würde: „The Court justified this narrow standing interpretation in part with structural reasoning that courts should refrain from interfering with state policymakers’ discretion over fiscal matters, and that this judicial respect for political discretion should preclude any assumption about the effect on fiscal policy of hundreds of millions in tax incentives.“¹²⁵ Die Konstitutionalisierung dieses Themas und die Umkehrung der fiskalpolitischen Kämpfe der Mitgliedstaaten und Ballungsräume in den USA sind bisher also gescheitert.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass im Rahmen der autonomen Haushaltsmacht der Großstadtgemeinden in Ungarn das Recht auf Kreditaufnahme (Artikel 34 Absatz 5 der Verfassung) im Falle einer kommunalen Führung mit politisch entgegengesetzter Mehrheit in Bezug auf die Regierung in der Zukunft zu verfassungsrechtlichen Kämpfen führen kann. Die jüngste Änderung der Verfassung hat es Verwaltungsbehörden und staatlichen Stellen ermöglicht, durch Verfassungsbeschwerden einen Rechtsbehelf einzulegen. Von dieser neuen Möglichkeit kann neben dem Auftreten von Universitätsjuristen für die Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts auch die Konstitutionalisierung des Finanzrechts im Zentrum gestellt werden.

Als Beispiel der erweiterten Konstitutionalisierung des Finanzrechts in Deutschland ist der Fall der für die Länder der Eurozone eingerichtete EUBankenaufsicht untersucht werden, welche Bankaufsicht von den deutschen Verfassungsrichtern überprüft wurde. (Es soll erwähnt werden, dass der engere Weg, d. h. die Überprüfung entlang der finanziellen Verfassungsgarantien in den Artikeln 105-115 des deutschen Grundgesetzes geregelt wird.) In diesem Fall wurde von der Verfassungsbeschwerde die verfassungsrechtliche Prüfung der Grundfrage der deutschen Finanzpolitik auf der Grundlage eines Verstoßes gegen das allgemeine Wahlrecht beantragt. Das kann auch zeigen, dass von der Verfassungsgerichtsbarkeit die Überprüfung aufgrund der entferntesten Verfassungsbestimmungen und der

¹²⁵ McCluskey, „Constitutional Economic Justice“, 282.

normativ leeren Grundrechten durchgeführt werden kann und als Folge wird ein Fallrecht zustande gebracht, von dem dieser Rechtszweig künftig immer mehr konstitutionalisiert wird. In diesem Fall wurde die 114 größten Banken in den Ländern der Eurozone der direkten Aufsicht der Europäischen Zentralbank (einschließlich der 19 größten Deutschen) unterstellt, und die internen Bankenaufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten konnten nur untergeordnet funktionieren. Gemäß einer EU-Verordnung und einer Richtlinie, die für den Betrieb dieses Systems erlassen wurde, können die Banken, die sich in einer Notlage befinden, bei Problemen, die während ihrer laufenden Bankenaufsicht festgestellt wurden, automatisch ihre wichtigste Befugnisse und Kontrolle über ihr Vermögen entzogen werden. Dies wurde durch eine Verfassungsbeschwerde des Finanzrechtsprofessors *Markus Kerber* mit der Begründung angefochten, dass dies die deutsche Souveränität und die verfassungsmäßige Identität in unangemessener Weise untergräbt und dass die EU-Verträge keine Ermächtigungsbestimmungen enthalten und ohne Änderung der EU-Verträge diese Aufsicht nicht hätten zustande gebracht werden können. Also, das ist ein Fall von *ultra vires*. In Ermangelung eines Änderungsverfahrens konnten sich die demokratisch legitimierten Parlamente der Mitgliedstaaten nicht an der Entscheidung beteiligen, die entgegen dem in Artikel 38 Absatz 1 des deutschen Grundgesetzes festgelegten Grundsatz der Demokratie verfassungswidrig ist. Die Verfassungsbeschwerde des Professors, der die früheren verfassungsgerichtlichen normativen Argumente kannte, die bereits von deutschen Verfassungsrichtern zum Schutz des allgemeinen Wahlrechts vor dem Entleeren von Inhalten im Rahmen der EU-Delegation vorgebracht wurden, hatte ein solides Fundament. Auf diese Weise wurde vom ganzen Europa die Überprüfung der Aufsicht mit Besorgnis verfolgt, da das gesamte System für bankrotte Banken größtenteils auf dem Geld von Deutschland basiert war. In ihrer Entscheidung im Sommer 2019 fanden die deutschen Verfassungsrichter jedoch alles in Ordnung und wurde die Bankaufsicht als verfassungsgemäß deklariert, obwohl von der Bankaufsicht der Rest der finanziellen Autonomie der Mitgliedstaaten der Eurozone entzogen wurde.

Wenn wir uns den ungarischen Überlegungen zur Konstitutionalisierung des Finanzrechts zuwenden, sollten wir mit der Frage von *Ernő Várnay* beginnen, der sagt, dass es eine wichtige Frage ist, ob die sozialen und wirtschaftlichen Rechte in der Verfassung als staatliche Ziele oder ausdrücklich als Grundrechte definiert werden. Diese Unterscheidung ist von größter Bedeutung, da ein Haushalt, von dem die sozialen Grundrechte nicht garantiert werden können, durch Entscheidungen des Verfassungsgerichts dauerhaft angepasst werden kann, wodurch eine stabile Regierungsführung unmöglich wird. Auf diese Weise würde sich das konstitutionalisierte Finanzrecht über das gesetzgeberische Finanzrecht allmählich aus den Normen entwickeln, die sich aus den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen ergeben, und so würde die wirtschaftspolitische Steuerung durch Demokratie von einer juristokratischen Steuerung ersetzt. Es sollte betont werden, dass das Recht auf Arbeit und das Recht auf soziale Sicherung in der neuen Verfassung von Ungarn modifiziert wurden, und jetzt nur als staatliche Ziele festgelegt werden. Auf diese Weise wurde die mögliche Konstitutionalisierung des Finanzrechts eingeschränkt. Gleiches gilt jedoch dafür, dass von der neuen Verfassung die verfassungsgerichtliche Überprüfung des Haushaltrechts für die Dauer der Reduzierung der Staatsverschuldung auf ein bestimmtes niedrigeres Niveau beseitigt wurde, und damit die Konstitutionalisierung des zentralen Teils des Finanzrechts für viele Jahre gestoppt hat. So kann man *Ernő Várnays* Position während des Prozesses der Verfassungsplanung von 1996 zustimmen, die aus diesem Grund den Wortlaut des Verfassungstextes als bloßes Staatsziel vorschlug: „Aus heutiger Sicht der Verfassungsordnung bedeutet dies, dass von der neuen Verfassung keine konkrete soziale Grundrechte gegeben werden darf, und sie muss offen bleiben in Bezug auf die Verpflichtungen des Staates.“¹²⁶

¹²⁶ Várnay Ernő, „Adalékok az alkotmányos pénzügyi jogi kérdésekhez“, *Acta Universitatis Szegediensis: Acta Juridica et Politica* 47 (1996), 189. Várnay unterscheidet zwei Arten von verfassungsrechtlicher Verpflichtung wie folgt: „Staatliche Aufgaben können auf zwei Arten festgelegt werden. In einem Fall wird es offen sein, wenn die Verpflichtung kein spezifisches Recht der Bürger oder ihrer Organisationen hat. (...) In dem anderen Fall schafft die Verpflichtung auch Eigentumsrechte (soziale Sicherheit, Sozialleistungen als subjektive Rechte).“

Als die mächtigste Konstitutionalisierung des Finanzrechts können die Entscheidungen über das sogenannte „Bokros-csomag“ für die wirtschaftliche Stabilisierung 1995 in Ungarn bewertet werden. Diese Entscheidungen haben 40 Milliarden Forint von diesem Stabilisierungspaket weggenommen und das Hauptargument für die Aufhebung war der Grundsatz der Rechtssicherheit, der von den Verfassungsrichtern aus der Rechtsstaatlichkeit abgeleitet wurde, und dann die Kategorie der „erworbenen Rechte“, die durch weitere Ableitung geschaffen wurde. Es verbot die rückwirkende Kürzung der langfristigen Leistungen, insbesondere der Mutterschaftsleistungen und des Kindergeldsystems, ohne dass dies prinzipiell begründet wurden, so dass dies später nur gelegentlich von den Verfassungsrichtern entschieden werden konnte. Infolge dieser Unsicherheit hätte der Gesetzgeber nicht wissen können, wann er mit den so festgelegten Verboten in Konflikt geraten würde. So erlaubte die Entscheidung 43/1995 (VI. 30.) keine Verringerung der erworbenen Rechte für Kinder, die schon geboren waren, oder nach der Entscheidung innerhalb von 300 Tagen geboren wurden, erklärte das langfristige Mutterschafts- und Unterhaltssystem jedoch als verfassungsgemäß, aber mit der unentschlossenen Bedingung, dass „vor allem, wenn es kein Versicherungselement hat“. In der Begründung wurde die verfassungsrechtliche Rolle der „erworbenen Rechte“ für das gesamte Rechtssystem noch umfassender dargelegt, es war jedoch noch unsicherer, wann die künftige Gesetzgebung im Falle einer Einschränkung oder eines Entzugs des erworbenen Rechts aufgehoben werden würde. Die Begründung der Entscheidung lautet: „Die erworbenen Rechte sind die Gebote der Rechtsstaatlichkeit, aber keine ausnahmslose Regel. Ausnahme können jedoch nur von Fall zu Fall beurteilt werden. Es ist Sache des Verfassungsgerichts, zu entscheiden, ob die Bedingungen für eine außergewöhnliche Intervention erfüllt sind.“ (Begründung, II: Teil)

Das komplexe System von Kriterien, mit der von dem Verfassungsgericht die Prüfung der Steuer- und Sozialversicherungsgesetze beabsichtigt wurde, zeigt sich im Rest der Begründung: „Die Verfassungsmäßigkeit einzelner Entzüge hängt jedoch auch von der Einhaltung anderer

verfassungsrechtlicher Grundsätze und Rechte ab, d.h., ob sie nicht gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit, das Verbot der Diskriminierung sind und im Fall einer Dienstleistung, die ein Versicherungselement umfasst, sie nicht im Widerspruch zum Schutz des Eigentums stehen.“ (Begründung Teil II.) Da von den ungarischen Verfassungsrichter der Geltungsbereich bestimmter Grundrechte und die Anforderungen aus bestimmten Verfassungsgrundsätzen schon früher sehr stark erweitert wurden, konnte der Gesetzgeber nicht am geringsten sicher sein, wann seine Gesetze für verfassungswidrig deklariert werden, und was zu tun ist, um es zu vermeiden. Ich darf nicht übertreiben, wenn ich sage, dass dieser hohe und unsichere Standard der konstitutionellen Intervention in späteren Jahren nicht zu einer Explosion geführt hat, nur weil die Amtszeit des Sólyom-Court vorbei war, und die nachfolgende Mehrheit der von János Németh angeführten Verfassungsrichter bereits von dieser tiefgreifenden Intervention zurückgetreten war. Von diesem Rückzug wurde das Rechtssystem als Ganzes insbesondere aber das Finanzrecht berührt. Die Erinnerung daran könnte jedoch der Grund der Verfassungsänderung gewesen sein, die in der Zeit von der Orbán-Regierung im Jahr 2010 eine Prüfungsbeschränkung des Haushaltsgesetzes vor die Verfassungsrichter gestellt wurde und diese Beschränkung auch in der neuen Verfassung verblieb. Es ist nicht möglich, laufende Staatsangelegenheiten mit der Möglichkeit einer Einmischung des Verfassungsgerichts zu führen, die auf der oben beschriebenen unsicheren normativen Grundlage beruht.

Die Analyse soll mit der Studien von István Simon fortgesetzt werden, von denen die heutige Lage der Konstitutionalisierung des Finanzrechts in Ungarn dargestellt wird Seine Studien werfen die verfassungsrechtlichen Fragen mehrerer finanzrechtlichen Regelungen auf, die zu Streitigkeiten vor dem Verfassungsgericht führen können. In einer dieser Studien wird aufgeworfen, dass während Artikel 32 Absatz 1 der Verfassung vorsieht, dass die Arten und Sätze der lokalen Steuern von den lokalen Selbstverwaltungen zu bestimmen sind, wird von dem Artikel 29 Absatz 1 des Gesetz CXCV (Stabilitätsgesetz) dies bereits dahingehend geändert, dass die lokalen

Steuern nur gesetzlich festgelegt werden können.¹²⁷ Es ist unbestritten, dass der Begriff „innerhalb des Gesetzes“ der Auslegung überlassen bleibt, aber der Weg und das Ergebnis der Auslegung berühren die wichtigsten Machtfragen zwischen den beiden beteiligten Parteien. Dies ist beispielsweise ein Fall, indem es zu einem Streit zwischen der von der Opposition geführten Hauptstadtregierung und der parlamentarischen Mehrheit in diesem Bereich kommt, verbunden mit der Tatsache, dass von jeder lokalen Selbstverwaltung aufgrund der letzten Verfassungsänderung schon eine Verfassungsbeschwerde beim Verfassungsgericht einreichen kann. Es sollte noch bemerkt werden, dass es bei den lokalen Steuern keine Begrenzung für die Kontrolle des Haushaltsrechts durch Verfassungsrichter gibt, sondern nur den zentralen Haushalt.

Simons Studie wirft ein Problem zwischen dem Artikel 36 Absatz 6 der Verfassung und dem Artikel 7 des Stabilitätsgesetzes auf. In der Tat ermöglicht dieser Absatz der Verfassung die Ignorierung der obligatorischen Reduzierung der Staatsverschuldung zum Bruttoinlandsprodukt im Haushaltsplan des folgenden Jahres ausnahmsweise, wenn sich die „Volkswirtschaft in einem dauerhaften und erheblichen Rückgang befindet“. Im Gegensatz dazu wird von dem Artikel 7 des Stabilitätsgesetzes dies so geändert, dass diese Ignorierung auch möglich ist, wenn nur der reale Wert des jährlichen Bruttoprodukts fällt. Das heißt, z. B. wenn die Bruttoproduktion der Volkswirtschaft überhaupt nicht im Rückgang ist, sondern nur an Volumen verliert, kann dies bereits die Konsequenz des „dauerhaften und erheblichen Niedergangs“ der Verfassung auslösen, der theoretisch vor dem Verfassungsgericht in Frage gestellt werden kann.¹²⁸ (Aus Gründen der Klarheit sollte angemerkt werden, dass eine Verfassungsbeschwerde zu diesem Zweck aufgrund der oben genannten

¹²⁷ Simon István, „Az Alaptörvény hatása az adójogra, különös tekintettel a magánszemélyek adózásában bekövetkezett változásokra“, *MTA Law Working Papers* Nr. 14 (2018), 7.

¹²⁸ Simon, „A magyar pénzügyi alkotmányjog átalakulása“. „Im Zusammenhang mit der Aufhebung von Steuer garantien halte ich diese Lösung jedoch nicht für richtig“ (Simon, „Az Alaptörvény hatása“, 10). Die gleiche Idee wird in einer späteren Studie geäußert: „Demnach kann bereits ein extrem kleiner und kurzfristiger Rückfall die Bremse lösen.“ (Ibid. 15.)

Beschränkung in Bezug auf die Prüfung des Haushaltsgesetzes, die den Verfassungsrichtern auferlegt wurde, wahrscheinlich zu keiner verfassungsgerichtlichen Entscheidung führen könnte.)

Eine Bemerkung von *István Simon* bezieht sich auf die Verdoppelung des Finanzrechts, die das zentrale Thema meiner Analyse ist, und meiner Meinung nach zu Unrecht: „Das ungarische Finanzverfassungsrecht ist zweistufig und es umfasst neben der Verfassung auch die entsprechenden Finanzgesetze (...), die von einer qualifizierten Mehrheit der Abgeordneten verabschiedet werden.“¹²⁹ Im Gegenteil, es kann argumentiert werden, dass das „Finanzverfassungsrecht“ nicht zweistufig sein kann und dass von dem nur die Normen der Verfassung beinhaltet werden kann. Alle anderen Gesetzgebungsakte, die es konkretisieren, gehören zum traditionellen Rechtszweig, in diesem Fall zum Finanzrecht. Die Verfassungsgarantien des Finanzrechts sind in Ungarn in erster Linie Artikel 36-44 und Artikel N) und O) der Verfassung beinhaltet. Aufgrund dieses Fehlers ist es wichtig, das Problem des ursprünglich als „Staatsrecht“ bezeichneten und in Verfassungsrecht umbenannten Rechtszweig zu klären. Die originelle Regelung der Verfassung, von der die Organe der Staatsmacht reguliert wurden, wurde mit den Grundrechten und anderen neuen Regelungsgegenständen in den letzten Jahrzehnten erweitert, und gemeinsam mit den tausenden der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen erstreckte sich die Verfassung auf das ganze Rechtssystem. Auf diese Weise blieb die Verfassungsregelung nicht mehr erst ein Rechtszweig, sondern duplizierte sie das ganze Rechtssystem, aber von der bloßen Umbenennung von „Staatsrecht“ in „Verfassungsrecht“ konnte diese Änderung der Art der Verfassungsregelung nicht erfasst werden. Eines meiner Ziele in dem jetzigen Beitrag ist es, dies mit einer Analyse der Verdoppelung des gesamten Rechtssystems zu überdenken. Infolgedessen werden einige traditionelle Rechtszweige verdoppelt, und in diesem Fall wird das spezielle Finanzverfassungsrecht zu dem Inhalt des traditionellen Finanzrechts gegenübergestellt, und die Grenze zwischen

¹²⁹ Simon, „A magyar pénzügyi alkotmányjog átalakulása“, 11.

ihnen muss gezogen werden, wie in den Fällen des Privatrechts, des Strafrechts und des Arbeitsrechts auch.

Unter den inländischen Finanzrechtsprofessoren wurde auch von *Dániel Deák* die Fragen der möglichen Konstitutionalisierung des Steuer- und Finanzrechts analysiert, und während sich ein Großteil seines 2016 erschienenen Buches zu diesem Thema mit fernen Themen (philosophische Philosophie, Sozialtheorie, Privatrecht) befasst, aber der Rest betrifft auch die Fragen, die Gegenstand unserer gegenwärtigen Diskussion sind. Der zentrale Teil seiner Analyse zu diesem Thema ist die Position meiner abweichenden Meinung als Verfassungsrichter. Ich finde es im Nachhinein auch deshalb als lohnenswert, dies geschrieben zu haben, weil seine geistige Konfrontation mit mir jetzt hilft, seine ansonsten verzweigten Analysen durchzulesen.¹³⁰ Er zieht aus meiner abweichenden Meinung, dass ich die Rolle des Privatrechts als ultimative Quelle des Eigentums, einschließlich des Steuerrechts, leugnet und er kritisiert diese Position. Es war ihm wichtig dies zu betonen, da er nicht nur das gesamte Steuerrecht vom Verwaltungsrecht trennt und das Privatrecht als Hintergrund des Steuerrechts auffasst, sondern auch die Ausübung staatlicher Macht, einschließlich der Steuermacht, nur auf der Grundlage einer gesetzlichen Genehmigung auf Regelebene für akzeptabel hält. Wenn es in einem bestimmten Fall keine solche Genehmigung auf Regelebene gibt – „das Gesetz schweigt“ –, ist der Staat außerhalb seiner Grenzen und seiner Rolle wird von den Regeln des Privatrechts für einzelne Parteien übernommen: „Wenn das Recht schweigt, bedeutet dies für die Bürger Freiheit, aber nicht für Regierungsbehörden. Weder das nationale noch das internationale Recht können die

¹³⁰ In meiner abweichenden Meinung habe ich gegen die Mehrheit argumentiert, dass die Einbeziehung von Grundrechten und Verfassungswerten in die Auslegung des Gesetzes gemäß Artikel 28 des Grundgesetzes nicht nur bei allgemeinen Klauseln, sondern auch im Falle jeder offenen Rechtsnorm möglich ist. Ich möchte nur hinzufügen, dass ich hier nicht angegeben habe, dass ich die Einbeziehung von Grundrechten als möglich nur in das horizontale Verhältnis zwischen Staat und privaten Parteien sehe, und wenn es sich um eine gerichtliche Entscheidung in einem Streit zwischen zwei privaten Parteien handelt, sehe ich die Grundrechte nicht einmal im Falle der allgemeinen Klauseln einbeziehen zu können.

Handlungsfreiheit des States im Lichte der Grundsätze der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit akzeptieren, höchstens in dem Sinne, dass von dem Privatrecht, wenn es keine öffentliche Berechtigung gibt, die Kontrolle übernimmt wird.¹³¹ Daher steht im Mittelpunkt von Deák's Position die Frage, ob das Steuerrecht lieber Privatrecht und nicht Verwaltungsrecht ist, und ob die Handlungsmöglichkeit der öffentlichen Verwaltung auf der Grundlage eines außergewöhnlichen, detaillierten Berechtigungssystems steht. Dies geht einher mit der Einbeziehung normativ offener verfassungsrechtlicher Grundrechte, die lediglich zum Schutz der Bürger vor dem Staat dienen können. Die Möglichkeit, dass die staatliche Organe, insbesondere der Richter in dieser Hinsicht, die verfassungsmäßigen Grundrechte oder verfassungsrechtlich erklärten Werte bei der Beurteilung der Funktionen der öffentlichen Einrichtung erweitert und damit den Streit zwischen dem Staat und der privaten Partei in Steuerfragen löst, scheint für Deák außer Position zu sein. Einerseits können die Grundrechte nur für die Bürger gegen den Staat in Anspruch nehmen, andererseits darf der Staat ausschließlich aufgrund der Berechtigungen auf Regelebene handeln.

Die Konstitutionalisierung des Finanzrechts, einschließlich des Steuerrechts, kann daher nach Ansicht von Daniel Deák nur die Abwehrfunktion der Grundrechte benutzen und lediglich ein Mittel sein, um sich gegen eine breitere Invasion eines zurückhaltenden Staates zu schützen. Mit diesem Ansatz kann jedoch nicht überall ein Publikum gefunden werden, z.B. die Richter in Strasbourg wiesen in ihrer Entscheidung im Fall Ferrazzini von 2001 die steuerrechtliche Beschwerde ab, und von ihnen wurde das Steuerrecht als eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts eingestuft. Der beigefügte Dissens wird von Deák zur Unterstützung zitiert,¹³² aber ich denke, seine Position kann als inakzeptabel angesehen werden. Tatsächlich stehen Steuerangelegenheiten und die Befugnis des Steuerstaats im gleichen Verhältnis zum Bürger wie die strafrechtliche Befugnis und das Steuerverfahren gehört zu innersten

¹³¹ Deák, *Alkotmány és adójog*, 434.

¹³² Siehe: Deák, *Alkotmány és adójog*, 447.

Sphäre der staatlichen Verwaltung. Es besteht keine Notwendigkeit, an den EGMR-Apparat zu glauben, der die Entscheidungen in Strasbourg tatsächlich prägt, um ihrer Position jetzt zuzustimmen.

Es ist nicht bekannt, inwieweit diese Position von Deák dazu beiträgt, dass er die Funktionsweise der Verwaltungsjustiz in den heutigen Ungarn nicht anerkennt. Er erklärt lediglich: „In Ungarn gibt es keine Verwaltungsjustiz, aber es gibt ein separates Verwaltungsrecht“. Er scheint das zu glauben, weil die tatsächlichen solchen gerichtlichen Entscheidungen über die angefochtenen Verwaltungsentscheidungen nicht aufgrund des Privatrechts getroffen werden: „In Ungarn gibt es Verwaltungsklagen (obwohl es keine Verwaltungsgerichtsbarkeit gibt) und es gibt ein unabhängiges Verfahrens- und materielles Verwaltungsrecht – und auch Steuerrecht –, aber die Schließung von Lücken der Berechtigungen der Staatsmacht mit dem Privatrecht ist ungewiss.“¹³³ Man kann mit Sicherheit sagen, dass diese Position in Minderheit in der Verwaltungsrechtswissenschaft in Ungarn ist – die natürlich immer noch richtig sein könnte –, aber die Unterstützung dieser Position mit dem deutschen Beispiel macht sie jedoch letztendlich anfällig: „In Deutschland gibt es Verwaltungsjustiz und sein Ausgangspunkt darin besteht, ob die Behörde die Grundrechte der Bürger nicht verletzt hat.“¹³⁴ Diese Position setzt die volle Konstitutionalisierung der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit voraus, die bei der gerichtlichen Überprüfung von Dutzenden von Verwaltungsakten (gefüllt mit Dutzenden von Details!) unvorstellbar ist. Wenn wir Deáks obige Ansicht einbeziehen, dass die Aktivitäten der Behörden in Bezug auf die Grundfreiheiten nur negativ beeinflusst werden, sind wir ratlos über seine Ansicht über die Funktionsweise der deutschen Verwaltung und der Justiz, die sich aus dieser Position ergibt.

Schließlich ist anzumerken, dass Deáks Analyse über die Verfassung in Bezug auf die Besteuerung und der öffentlichen Belastung als unrichtig bewertet werden kann. Im Gegensatz zu István Simons neuer Analyse, die eine grundlegende Änderung gegenüber der Regel der alten Verfassung und

¹³³ Deák, *Alkotmány és adójog*, 144.

¹³⁴ Deák, *Alkotmány és adójog*, 146.

insbesondere die Einbeziehung familiärer Beziehungen in die Bestimmung des Steuersatzes zusätzlich zur Zahlungsfähigkeit in der neuen Verfassung aufzeigt, wird diese Änderung von Deák nicht einmal erwähnt.¹³⁵ Daher wird von ihm nur der Verzicht auf die progressive Besteuerung als Urheber der Ungerechtigkeit hervorgehoben, weil diejenigen, die sich in einer schwierigeren Position befinden, in der Realität ungleich mit dieser formalen Gleichheit sind. Daraus schließt er, dass „In Ungarn befindet sich der rationale Staat in einer Krise.“¹³⁶ Im Vergleich dazu sind diejenigen, die mit vielen Kindern gesegnet sind, aber finanziell erschwert sind, von der oben genannten Bestimmung der Verfassung bei der Festlegung der Steuerhöhe sehr privilegiert: „Die Höhe des Beitrags zu den gemeinsamen Bedürfnissen der Eltern wird durch die Kosten der Kindererziehung bestimmt.“ (Artikel XXX (2) der Verfassung) Es besteht keine Notwendigkeit zuzustimmen, aber die These von der Irrationalität des Staates kann nur voreingenommen darauf beruhen.

5. Theoretische Zusammenfassung

Die obige Analysen zeigten, dass von den Verfassungsregeln und der Verfassungsgerichtsbarkeit einzelner Ländern die Konstitutionalisierung der traditionellen Rechtszweige in unterschiedlichem Maße verwirklicht wurde. Die Wahl zwischen den Entwicklungspfaden, ob die Konstitutionalisierung in einem Land bei der bloßen Verfassungsgarantien stehen geblieben war, oder in Richtung der vollen Konstitutionalisierung der traditionellen Rechtszweige weiter ging, hing davon ab, wie die Verfassungsregel in dem Land ausgestaltet wurde, welche Einstellung die Mehrheit der Verfassungsrichter in dieser Hinsicht hatte, und nicht zuletzt davon, welche Strategie

¹³⁵ „Die neue Verfassung enthält drei Grundsätze zur Lastenteilung im Vergleich zu der vorherigen Verfassung: Tragfähigkeit, Teilhabe an der Wirtschaft unter Berücksichtigung der Kosten für die Kindererziehung.“ (Simon István, „A magyar pénzügyi alkotmány jog átalakulása“, 11.) Der Artikel 70 der früheren Verfassung legte diesbezüglich nur Einkommens- und Eigentumsverhältnisse fest.

¹³⁶ Deák, *Alkotmány és adójog*, 446.

innerhalb der traditionellen Rechtsbereiche durch eine Gruppe von Universitätsprofessoren in dem Land gewählt wurde. Mit anderen Worten, es lohnt sich, die beiden Ebenen der Konstitutionalisierung analytisch zu trennen, und während die auf bloßen Verfassungsgarantien beschränkten Konstitutionalisierung als der niedrigeren Grad bewertet wird, sollte die Bestrebungen nach vollständiger Konstitutionalisierung der traditionellen Rechtszweige separat analysiert werden. Die Akteure auf diesem Gebiet sind erstens die verfassungsgebende Macht selbst bei der Ausarbeitung des Verfassungstextes, zweitens die Verfassungsrichter und schließlich die akademischen Juristengruppen in jedem traditionellen Rechtszweig, aber in der breiteren Perspektive wird eine Rolle auch von den Rechtstheoretiker und Rechtsphilosophen in diesem Bereich gespielt.

Mit dieser analytischen Aufteilung können die oben beschriebenen Situationen der Konstitutionalisierung als ein einziges Bild betrachtet werden. Es kann behauptet werden, dass es im Fall des Privat- und Strafrechts, den beiden wichtigsten Bereichen des Rechtssystems, Länder gab, in denen die Konstitutionalisierung bei der Verfassungsgarantien stehen blieb, während es Fälle gab, in denen eine vollständige Konstitutionalisierung für einen oder mehrere Rechtszweige festgelegt werden konnte. Bei diesen beiden Rechtszweigen konnte die Trennlinie hervorgehoben werden, deren Überschreitung entschied, ob ein niedrigerer oder ein höherer Grad verwirklicht wurde. Im Falle des Privatrechts war dies die Annahme des *horizontalen Effekts*, bei dem man nicht aufhörte, die vertikalen Auswirkungen der Grundrechte zwischen Staat und privaten Parteien anzuerkennen, sondern auch die Möglichkeit akzeptierte, die Verfassungsgrundrechte in die privaten Beziehungen einzubeziehen. Diese Anerkennung wurde sogar dadurch verstärkt, dass nicht nur der indirekte horizontale Effekt akzeptiert wurde, der auf die gerichtliche Auslegung des Privatrechts allein beschränkt war, sondern auch der direkte, wenn das Privatrecht beiseite geschoben und das Ergebnis von Streitigkeiten zwischen privaten Parteien ausschließlich aufgrund der Grundrechte entschieden wurde. Im Falle des Strafrechts werden das Überschreiten der Trennlinie und die vollständige Konstitutionalisierung des Strafrechts über

bloßer Verfassungsgarantien hinaus verwirklicht, wenn das Ultima-Ratio-Prinzip oder die Rechtsgutskategorien in die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen einbezogen werden und aufgrund dieser Bewertung alle Tatbestände des Strafrechts überprüft werden können.

Von der mildesten bis zur stärkeren Konstitutionalisierung sollten die Vereinigten Staaten zuerst erwähnt werden. Wie es früher aus der privatrechtlichen Analyse hervorging, wurde die Anerkennung horizontaler Auswirkung in den USA mit Hilfe von *state action doctrine* nur geringfügig verwirklicht, und sie haben sich nur auf die gerichtliche Durchsetzbarkeit eines Privatvertrags ausgewirkt, der gegen ein Grundrecht verstößt. Die Konstitutionalisierung des Strafrechts in den USA blieb auf der Ebene stehen, die sich auf bloße Verfassungsgarantien beschränkt, und hier keine vollständige Konstitutionalisierung verwirklicht wurde, wie aus der Kritik einiger US-amerikanischer Strafrechtsprofessoren gesehen werden konnte. In gleicher Weise konnten hier die Zurückhaltung im Bereich des Arbeitsrechts und des Finanzrechts sowie die Erklärung der Gestaltungsfreiheit der demokratischen Gesetzgebung in diesen Rechtsbereichen gesehen werden. Weiter gehen in Richtung auf die Stärkung der Konstitutionalisierung kann die Analyse mit des britischen Obersten Gerichtshofs fortgesetzt werden, von dem kürzlich der indirekte horizontale Wirkung in dem Privatrecht anerkannt wurde. Obwohl es nicht möglich ist zu wissen, wie die Lage hier sich nach dem Brexit entwickeln wird, da die Grundrechtswirkung im Gegensatz zum traditionellen englischen Recht steht und das Brexit selbst zuerst von der Auswirkungen der Menschenrechtsgerichtsbarkeit in Strasbourg provoziert wurde. Die Auswirkungen der Grundrechte auf das Privatrecht sind stärker in Deutschland, wo sie in jüngster Zeit eine direkte Wirkung erlangt haben, im Bereich des Strafrechts jedoch die Konstitutionalisierung bei bloßen strafrechtlichen Verfassungsgarantien stehen geblieben ist. Zwar wurden die radikalsten Bestrebungen in dem deutschen Strafrechtswissenschaft für die Ausweitung der Konstitutionalisierung auf das gesamte Strafrecht zum Ausdruck gebracht. Dies betraf jedoch hauptsächlich die strafrechtlichen Kreise anderer Länder, und diese Bestrebungen konnten in Deutschland die

Verfassungsgerichtsbarkeit nicht beeinflussen. In Kanada hat die Konstitutionalisierung im Bereich des Privatrechts nicht den Grad der deutschen erreicht, aber im Bereich des Strafrechts hat sie überschritten und in Verbindung mit dem Grundsatz des Schadens und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu einer vollständigen Konstitutionalisierung des Strafrecht tendiert.

Wenn wir uns schließlich der Situation in Ungarn zuwenden, können wir einen Wellenschlag in Bezug auf die in den letzten Jahrzehnten erreichten Konstitutionalisierung feststellen. In den neunziger Jahren hat die erste Mehrheit der Verfassungsrichter im Bereich des Strafrechts eine so starke Konstitutionalisierung mit Hilfe von Ultima-Ratio-Prinzip verwirklicht, dass sie das Niveau der „Weltmeisterschaft“ in diesem Bereich erreichte, sogar vor den Kanadiern. Dies hat sich jedoch allmählich verringert, und ab 2012 wird das Niveau der Konstitutionalisierung nur neben engeren strafrechtlichen Verfassungsgarantien beibehalten. Dies ist auch beim Privatrecht der Fall, und obwohl es in den neunziger Jahren innerhalb des Verfassungsgerichts keine wesentlichen theoretischen Argumente und Debatten zu diesem Thema gab, akzeptierte die Mehrheit zu dieser Zeit tendenziell die indirekte horizontale Wirkung der Grundrechte. Darüber hinaus trat der Verfassungsrichter *Tamás Lábady* für die direkte Wirkung ein, aber später fand seine Debatte in diesem Thema mit dem Privatrechtsprofessor *Lajos Vékás* außerhalb der Kreise der Verfassungsrichter statt und von dieser Debatte wurde das Verfassungsgericht nicht berührt. Im Finanzrecht hat die Entscheidung über das Bokros-Stabilisierungspaket eine radikale Konstitutionalisierung eingeführt, die jedoch in späteren Jahren zum Stillstand kam und durch die neuen Verfassungsbestimmungen behindert wurde. Diese Fragen sind jedoch für Machtinteressen am unmittelbarsten relevant, und da es auf lokaler finanzieller Ebene keine Hindernisse vor dem Verfassungsgericht gibt, kann die Konstitutionalisierung in diesem Bereich in der Zukunft zugenommen werden. Dies ist wahrscheinlich auch dadurch, dass von der jüngsten Verfassungsänderung die Verfassungsbeschwerde der staatlichen Organe ermöglicht wurde.

Abschließend möchte ich noch einmal darauf hinweisen, dass die heutigen Verfassungen meistens bereits das gesamte Rechtssystem abgedeckt

haben, indem sie die Beschränkung der früheren Verfassungen auf die Regelung staatlicher Organe abgeschafft haben und durch die Einbeziehung von Grundrechten bzw. aufgrund der Verfassungsgerichtsbarkeit alle Rechtsbereiche beeinflussen. Es ergibt sich also eine fehlerhafte theoretische Konstruktion, wenn das Verfassungsrecht als Synonym für den Rechtszweig des Staatsrechts bezeichnet wird. Daher wäre es sinnvoll, das Rechtsgebiet, das das Regulierungsmaterial und die dogmatischen Konstruktionen staatlicher Organe erforscht und ihre Regelungen beinhaltet, ausschließlich *Staatsrecht* oder genauer *Staatsmachtrecht* zu nennen, und auf diese Weise könnte *das konstitutionelle Recht* als die Verdoppelung des gesamten Rechtssystems konzeptionell begriffen werden. Letzteres sollte jedoch als konstitutionelles Recht im Gegensatz zu allen anderen Rechtsgebieten in einem eigenen Rechtswissenschaftszweig organisiert werden. Auf diese Weise könnte das Strafverfassungsrecht, privates Verfassungsrecht, Finanzverfassungsrecht usw. zusammengefasst und von den traditionellen Rechtsgebieten gelöst werden. Es könnte nur der Tatsache entsprechen, dass alle diese Bereiche von der generalistischen Verfassungsgerichtsbarkeit einheitlich behandelt und weiterentwickelt werden. Ihre Praktizierenden würden aber nur so weit in die jeweiligen traditionellen Rechtsgebiete und ihre dogmatische Ordnung gehen, wie es von den Verfassungsgarantien notwendig gemacht und rechtfertigt werden. Mit diesem Umdenken würden wir aufgrund der Bedürfnisse der generalistischen Verfassungsgerichtsbarkeit neben der immer stärkeren horizontalen Teilung der kontinentalen Rechtssysteme Europas einen generalistischen Rechtszweig schaffen. Wie ich aufgrund einer Reihe der Studien in den letzten Jahren behaupten konnte, funktioniert der generalistische Verfassungsgerichtsbarkeit, die aus der USA übernommen wurde, in dem spezialisierten Juristentum Europas nur mit größter Verzerrung.¹³⁷ Die Schöpfung des vorgeschlagenen generalistischen konstitutionellen Rechtszweigs und ihre dringende Einführung in das Jurastudium könnten auch in dieser Hinsicht helfen.

¹³⁷ Siehe: Pokol Béla, *A Sociology of Constitutional Adjudication* (Passau: Schenk, 2015); *The Juristocratic State* (Budapest: Dialóg Campus, 2017).

Fünftes Kapitel

Die Juristokratie und die konstitutionelle Rechtsstufe



Inwieweit kann die weltweite Verbreitung der Verfassungsgerichtsbarkeit als die Entstehung einer neuen Rechtsstufe über dem Gesetzgebungsbereich angesehen werden, oder ist dies nur eine kurzfristige Folge der internen politischen Machtkämpfe oder des äußeren Drucks auf einzelne Länder, die mit dem Aufhören dieser Ursache verschwindet? Wie in den vorangegangenen Kapiteln gesehen wurde, bin ich der Meinung, dass ihre Entstehung als neuer Evolutionsschritt in der Rechtsentwicklung – und damit seine Dauerhaftigkeit – nur dann angenommen werden kann, wenn darin einen speziellen funktionellen Zusatz zu den bestehenden Rechtsinstitutionen erkannt werden kann, von dem die Funktionsweise des Rechtssystems verbessert wird, oder zumindest von dieser neuen Funktion die rechtliche Integration der Gesellschaften harmonischer verwirklicht wird. Dies ist also ein evolutionärer funktionalistischer Ausgangspunkt, da dies meiner Meinung nach der einzige Weg ist, um die Wahrscheinlichkeit der Stabilisierung einer neuen Institution in der gesellschaftlichen Entwicklung prognostizieren zu können. Im Folgenden möchte ich diese umfassende These untersuchen, indem ich die Verfassungsgerichtsbarkeit einzelner Länder empirisch überprüfe und diejenigen verallgemeinerbaren Elemente hervorhole, aus denen allgemeinere Schlussfolgerungen gezogen werden können.

Die Verrechtlichung der Politik hat sich in den letzten Jahrzehnten weltweit verbreitet, sowohl in Demokratien als auch in autoritären politischen Systemen, von denen der Pluralismus unterdrückt wird. Der besondere Grund dafür in Bezug auf die Demokratien wurde in der Analyse von Ran Hirschl gesehen, wenn die langjährige Regierungspartei ihre höchste

Macht im Falle ihrer dauerhaften Niedergang dem Obersten Gericht übergibt, um die Macht ihres Nachfolgers zu reduzieren. Im Falle der autoritären Regimen zeigten die Studie von *Tamir Moustafa*, dass für die Übergabe eines Teils der Macht auch hier ein rationaler Grund gefunden werden kann. Letzteren zufolge wird die diktatorische Führungsgruppe, die sich auf die wirtschaftliche Modernisierung konzentriert, gezwungen, obwohl das politische Pluralismus unterdrückt wird, die Stabilisierung und den Betrieb mehr oder weniger unabhängiger Gerichte im Interesse ausländischer Kapitalzuflüsse und Investoren zu ertragen. Dann beginnen diese Gerichte jedoch als Quasi-Opposition gegen eine zentrierte politische Macht zu fungieren, und selbst wenn sich keine Demokratie entwickeln kann, erscheinen diese Gerichte als „oppositionelle“ Juristokratie gegen autoritäre politische Macht.¹³⁸ Neben Hirschs Modell der antidemokratischen Juristokratie gibt es auf diese Weise auch ein Modell der quasi-demokratischen Juristokratie. In einer Analyse, von der die letztere hervorgehoben wird, erwähnt der Autor jedoch auch die Entstehung der Juristokratie aus der basisdemokratischen Bewegungen: „others are due to bottom-up grassroots forces such as legal mobilization and cause lawyering.“¹³⁹ In Mittel- und Osteuropa muss der Basischarakter jedoch korrigiert werden, da sie in den letzten Jahrzehnten über einige weltweit tätige amerikanische Stiftungen und insbesondere die Soros-Stiftung organisierten globalen NRO-Netzwerke sind, von denen unter dem Deckmantel des Grundrechtsschutzes eine globale Machtorganisation betrieben wird.¹⁴⁰ Es handelt sich also nicht um eine

¹³⁸ Chien-Chih Lin, „Autocracy, Democracy, and Juristocracy: The Wax and Wane of Judicial Power in the Four Asian Tigers“, *Georgetown Journal of International Law* 48, Nr. 4 (2017), 1065–1066: In der Zusammenfassung dieses Konzepts durch Chien-Chin Lin lautet es wie folgt: „In summary, at the risk of oversimplification, this model suggests that economic prosperity is predicated on, and therefore simultaneously contributes to, judicial independence, because the latter is required to convince foreign investors and boost investment. The model explains why judicial expansion sometimes takes place on authoritarian regimes seeking to improve their economies, and capable judiciary can stimulate foreign investments by securing investors.“

¹³⁹ Lin, „Autocracy, Democracy, and Juristocracy“, 169.

¹⁴⁰ Siehe zum Beispiel eine Studie von Forschern der Universität Straßburg über osteuropäische NGO-Netzwerke, die von US-amerikanischen globalen Stiftungen eingerichtet

von Grund auf organisierte „cause lawyering“ (Juristen für gute Zwecke), sondern um die Organisation einer starken politischen Macht außerhalb von der Demokratie und dem Parteipluralismus. In diesem Fall funktioniert das System der Demokratie, aber eine der politischen Eliten entwickelt ein zweites Teilsystem für die Beeinflussung der Staatsmacht, indem sie NRO für die Bestimmung des Staates aufgrund der gerichtlichen Prozesse zustande bringen und parallel dazu auch die Entscheidungen des Verfassungsgerichts tendenziell beeinflusst werden. Dies war in einer Reihe von politischen Systemen in Mittel- und Osteuropa seit den 1990er Jahren der Fall, hauptsächlich durch den langjährigen Aufbau von NROs der Soros Open Society, und diese Methode kann daher nicht als Basisjuristokratie angesehen werden.¹⁴¹

Werfen wir einen Blick auf einige Verfassungsgerichte der Welt und solche Oberste Gerichte, von denen auch die Verfassungsgerichtsbarkeit durchgeführt wird. Es lohnt sich, einen Blick auf die Verfassungsgerichte in den ostasiatischen Ländern und dann auf die in Lateinamerika zu werfen. Am Ende dieses Kapitels fasse ich die bisherigen Analysen zusammen, so dass ich mich im nächsten, letzten Kapitel nur mit den strukturellen Problemen der Verfassungsgerechtigkeit und Ungarn und ihre Reformmöglichkeiten befassen kann.

1. Ostasiatische Verfassungsgerichtsbarkeit

Hier sollte zuerst die indische Verfassungsgerichtsbarkeit angesehen werden, wo nach dem Vorbild der USA diese Funktion dem Obersten Gerichtshof und nicht einem separierten Verfassungsgerichts übertragen wurde, da das angloamerikanische Common Law-System der britischen Kolonialzeit

wurden, um dort Rechtsstreitigkeiten vor Menschenrechtsgerichten zu organisieren, Gaëtan Cliquenois und Brice Champetier, „The Economic, Judicial and Political Influence Exerted by Private Foundations on Cases Taken by the European Court of Human Rights: Inkings of a New Cold War?“, *European Law Journal* 22, Nr. 1 (2016), 92–126.

¹⁴¹ Für eine zusammenfassende Analyse siehe: Pokol, *The Juristocratic State*.

hier in Indien fortgesetzt wurde. Anschließend untersuchen wir die Verfassungsgerichtsbarkeit in Taiwan, Südkorea, Thailand und Indonesien, in denen separate Verfassungsgerichte eingerichtet wurden.

1.1. Das Verfassungsgerichtsbarkeit von Indien

Es gab auch gemeinsame Ursachen für die Schaffung der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt, und eine davon war ihre effektive Verbreitung durch die Vereinigten Staaten von Amerika am Ende der 1940er Jahre in den besetzten europäischen Ländern, um bestimmte Auswirkungen auf diese Staaten in der späteren Zeiten zu erzielen, und in den kommenden Jahrzehnten wurde diese Verbreitung durch die USA fortgesetzt. Dies wurde von der Tendenz später begleitet, im Zuge des Aufbaus der pluralistischen Demokratie auch die Verfassungsgerichtsbarkeit als unverzichtbaren Bestandteil der Demokratie zu etablieren. Auf diese Weise wurde die Verfassungsgerichtsbarkeit in den früheren Diktaturen wie Spanien und Portugal am Ende der 70er Jahren geschaffen, und später in den lateinamerikanischen Ländern in den späten 80er Jahren, und in den 1990er Jahren in den mittel- und ost-europäischen Ländern auch, die aus der sowjetischen System befreit wurden. Auch im Falle der Schaffung ostasiatischer Verfassungsgerichte in Thailand, Südkorea und Indonesien wurde von dem Ansporn durch die westlichen Großmächte eine Rolle gespielt, ebenso wie auch de Nachahmung. Im Vergleich dazu wurde die Verfassungsgerichtsbarkeit in Indien, obwohl die Nachahmung der Tätigkeit des US-Bundesgerichtshofs hier wichtig war, nicht aus externer Ermutigung heraus geschaffen, sondern als Folge der innerstaatlichen gesellschaftspolitischen Machtkämpfe.

Um dies zu verstehen, muss man wissen, dass im 19. Jahrhundert die Kodifikation des britischen *common law* Rechtssystems in Indien durchgeführt wurde, im Gegensatz zu den Briten und den Vereinigten Staaten, wo dies bis zum Ende des 19. Jahrhunderts auch versucht wurde, aber es scheiterte. Von 1860 bis 1910 wurde von den britischen Kolonialjuristen das

gesamte privatrechtliche *Common Law* in 15 Gesetze zusammengefasst, mit Ausnahme des Deliktsrechts, das dann weiter auf bestimmte Entschädigungsgesetze zugeschnitten wurde (z.B. *Railways Compensation Act*, *Automobile Compensation Act* usw.). Durch diese Kodifikation wurde die gerichtliche Rechtsauslegung im Einklang mit dem Zeitgeist auf den kleinsten Kreis aufgrund klarer Regeln reduziert, die bereits im Gewohnheitsrecht von *common law* festgelegt sind. Diese Regelung blieb auch von der Unabhängigkeit Indiens unberührt und hat bis heute weitgehend überlebt, aber von den sehr weitreichenden Befugnisse, die von der indischen Verfassung den höheren Gerichte und insbesondere dem Obersten Gericht übertragen wurde, wurde eine spezielle Möglichkeit für diese Gerichte in Bereich der privatrechtlichen Prozesse gegeben. Was diese Gerichte aufgrund des kodifizierten indischen Privatrechts wegen der strikten Regelungen nicht tun konnten, wurde es aufgrund der Lehren möglich gemacht, die aus den aktivistischen Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten in den 1960er Jahren gezogen wurden. Insbesondere in Artikel 32 der indischen Verfassung, der nicht einfach das in den heutigen Verfassungen übliche Recht auf Zugang zu den Gerichte gewährte, sondern das Recht auf Zugang zu dem Obersten Gerichtshof, machte es möglich für dieses höchste Gericht, eine aktivistische Verfassungsgerichtsbarkeit verwirklichen zu können.¹⁴² Dies wird durch Artikel 142 ergänzt, von dem den obersten Richtern ermöglicht wird, ein breites Spektrum direkter Maßnahmen zur Unterstützung ihrer Rechte zu ergreifen,¹⁴³ Daher brauchen sie nicht die Unterstützung der

¹⁴² Ausgehend von der deutschsprachigen Verfassungssammlung lautet Artikel 32 der Verfassung Indiens wie folgt: „Das Oberste Gericht ist befugt, Direktiven oder Weisungen oder Verfügungen, einschließlich Verfügungen in der Art von habeas corpus, mandamus, prohibition, quo warranto und certiorari je nach ihrer Eignung zur Durchsetzung der in diesem Teil gewährten Rechte zu erlassen.“ [Art. 32. (2)]

¹⁴³ „Bei der Ausübung seiner Gerichtsbarkeit kann das Oberste Gericht Beschlüsse fassen, oder Verfügungen erlassen, soweit sie notwendig sind, um in einem Verfahren volle Gerechtigkeit zu erreichen. Jeder gefasste Beschluss, oder jede erlassene Verfügung ist im gesamten Gebiet Indiens in der Weise vollstreckbar, wie es durch oder auf Grund eines Gesetzes des Parlaments vorgeschrieben wird. Bis eine Regelung zu diesem Zweck ergeht, kann der Präsident sie durch Verordnung vorgeschrieben.“ [Art. 142 (1)]

unteren Gerichten gegenüber den Behörden, um ihre verfassungsgerichtlichen Entscheidungen durchzusetzen, sondern diese können von den höchsten Richtern selbst durchgesetzt werden. Als der Oberste Gerichtshof begann, diese Befugnis umfassender auszuüben, folgten die unteren Gerichte dem neuen Entscheidungsstil und auch sie begannen ihre ähnliche Befugnis, die ihnen in Artikel 226 der Verfassung eingeräumt wurde, zu benutzen, um die Konstitutionalisierung des traditionellen Privatrechts zu verwirklichen.¹⁴⁴ So hat sich ein konstitutionelles Privatrecht neben den strengen Regeln der privatrechtlichen Rechtsprechung von *common law* Recht für die gleichen Bereichen allmählich entstanden.

Shyamkrishna Balganesb, ein in den USA lebender indischer Rechtsprofessor, hat in seiner Studie geschrieben, dass die Konstitutionalisierung des Privatrechts im Bereich des Schadenersatzrechts in den frühen 1980er Jahren in Indien begann, als von dem Obersten Gerichtshof aufgrund des Artikels 32 die privaten Schadenersatzklagen gegen den Staat als Verfassungsbeschwerde angenommen wurden. Anfänglich handelte es sich um Beschwerden von Gefangenen gegen das Gefängnispersonal, und um die Möglichkeit dieser Prozesse erweitern zu können, wurde das Klagerecht auch Dritten und nicht direkt betroffenen Organisationen eingeräumt. Schließlich war es möglich nicht nur wegen des Schadens, der aktiv verursacht wurde, sondern auch durch Unterlassung.¹⁴⁵ Da von dieser

¹⁴⁴ „Unbeachtet der Bestimmungen in Artikel 32 ist jedes Obergericht befugt, auf allem Gebieten, in denen es die Gerichtsbarkeit ausübt, gegen jede Person oder jede Behörde, in geeigneten Fällen auch jede Regierung, Direktiven, Weisungen oder Verfügungen, einschließlich Verfügungen in der Art von habeas corpus, mandamus, prohibition quo warranto und certiorari zur Durchsetzung der im Teil III gewährten Rechte und für jeden anderen Zwecke zu erlassen.“ [Art. 226 (1)]

¹⁴⁵ Shyamkrishna Balganesb, „The Constitutionalization of Indian Private Law“, *Faculty Scholarship at Penn Law* Nr. 1557 (2016), 6–7: „In exercising its plenary jurisdiction under Article 32 to protect and enforce the constitution’s fundamental rights the Supreme Court’s first move was to relax the requirement of *locus standi* to allow third parties to petition the Court in any way or form for relief. In later cases the Court interpreted its powers to allow it to consider a matter on its own motion (*suo moto*), effectively eliminating both the standing requirement and the need for an actual case or controversy to arise as preconditions for the exercise of its jurisdiction. (...) Whereas the early cases had involved deliberate or intentional governmental action (e. g. unlawful detention, torture of prisoners, etc.) in later cases the

konstitutionalisierten Klage eine viel geringere Beweislast erfordert wurde, hörten die traditionellen privaten Klagen in diesem Bereich schrittweise auf. Für eine Grundrechtsklage reichte es aus, wenn vor dem Notar eine Erklärung über den von dem erlittenen Schaden abgegeben wurde und es war nicht nötig, die schwere Beweislast zu tragen, die normalerweise bei einer privaten Schadensersatzklage erforderlich war. In den 80er Jahren konnten die Schadenersatz wegen medizinischen Fehlverhalten beispielsweise in Falle der staatlich finanzierten Krankenhäuser nicht nur durch traditionelle privatrechtliche Prozesse gegen das Krankenhaus und die beteiligten Ärzte verklagt werden, sondern durch die Klage gegen den indischen Staat aufgrund der Verfassung, von der eine größere Chance für die hohe Entschädigung versichert wurde.¹⁴⁶

Diese Entwicklungen verdoppelten das System der privaten Rechtsstreitigkeiten und entleerten in vielerlei Hinsicht das ursprüngliche privatrechtliche Regime zugunsten der konstitutionalisierten Rechtsstreitigkeiten. Diese Änderungen schienen jedoch in gewisser Weise das in

Court became for more willing to extend liability to situations where the state actor had omitted to take any action. In so collapsing the act/omission distinction, public interest litigation thus came to be extended to situations where governmental inaction had been a factor in harm suffered by a victim.“

¹⁴⁶ Balganes, „The Constitutionalization“, 7: „A government hospital’s failure to provide treatment or in negligently providing treatment could now be the subject of a writ petition against the government, rather than the subject of a simple negligence action against the doctors or hospital staff, and a court award the petitioner compensation under either approach. The petitioner had «rights» against both sets of parties: a fundamental right against the government, and a private law right against the private party. From a petitioner’s (i.e. victim’s) perspective, bringing the action as a writ petition however held innumerable advantages. Most important among these were the expedited nature of the process, and the reality that a court’s decision in its writ jurisdiction did not require an elaborate factual record but could instead be disposed off on a affidavit evidence without further testimony.“ Eine der in 1975 getroffenen Entscheidung des Gerichts lautet: „It is true that no express mention is made in our Constitution of vesting in the judiciary the judicial power as is to be found in American Constitution. But a division of the three main functions of Government is recognized in our Constitution. Judicial power in the sense of judicial power of the State is vested in the Judiciary.“ (See, *Indira Gandhi v. Raj Narain*, 1975 Supp SCC 1. [Zitiert von Rabindra K Pathak, *Constitutional Adjudication in India: A Study with Special Reference to Basic Structure Doctrine* (Doktorarbeit) (Bardhaman, University of Burdwan, 2013), 79.]

Indien stagnierende *Common-Law-System* nur flexibler zu machen, was von den ursprünglichen europäischen privatrechtlichen Doktrinen ohne solche Änderungen geleistet werden konnten. Beispielsweise erlaubte der Oberste Gerichtshof von Delhi bei einem Brand in einem städtischen Kino im Jahr 2003 aufgrund der indirekten Beteiligung der lokalen Regierung, die Klage nicht nur im Rahmen vom Privatrecht mit einem strengen Nachweis der Verletzung zu führen, sondern nach den freizügigeren Regeln der konstitutionalisierten Grundrechtsklagen. Es wurde von den Richtern von Delhi dann deklariert, wenn jemand eine so gefährliche Einrichtung betreibt, trägt er die absolute Verantwortung für etwaige Schäden. Das heißt, hier wurde die objektive Haftung für Schäden, die durch die fehlende gefährliche Anlage verursacht wurden, durch Umgehung des Verfassungsrechts in das indische Entschädigungsrecht aufgenommen.¹⁴⁷ Bei einer breiteren Analyse gibt es jedoch auch einige problematische Entwicklungen in der indischen Verfassungsgerichtsbarkeit.

Anfangs wurden von den indischen Obersten Richter ihre Befugnisse so benutzt, dass sie sich an den Verfassungstext hielten und die Priorität der parlamentarischen Gesetzgebung respektierten, aber dies begann sich nach einigen Jahren zu ändern. Sie wurden auch von den kolonialen Präzedenzfällen der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts geholfen, um die Gesetze beiseite zu schieben, von denen einige der Entscheidungen des Generalgouverneurs (Governor General) wegen Verstoß gegen *Indian Councils Act* von 1861 vernichtet wurden. Diese gerichtliche Kontrolle wurde vom englischen Parlament in *Colonial Laws Validity Act* in 1865 weiter ausgebaut und als Recht der indischen Obersten Gerichten ausdrücklich bestätigt.¹⁴⁸ Nach solchen Präzedenzfällen war der erste indische Premierminister, *Jawaharlal Nehru* trotz der anfänglich bescheidenen Haltung des Obersten Gerichtshofes vorsichtig und hielt es für notwendig, seine in 1951 begonnene umfassende Landreform gegen die verfassungsgerichtliche Kontrolle zu verteidigen. Diese Reform verstieß offensichtlich gegen das

¹⁴⁷ Balganes, „The Constitutionalization“, 9.

¹⁴⁸ Pathak, *Constitutional Adjudication in India*, 71.

Eigentum der Grundbesitzer, weil sie unter anderem das Land unter den Massen der Armen verteilen wollte, das den reichen Landbesitzern weggenommen wurde. Daher wurde nach Artikel 13 von der Mehrheit der parlamentarischen Regierung von Nehru ein neuer Artikel in die Verfassung aufgenommen, von dem diese neuen Gesetze von der Möglichkeit der Abschaffung aufgrund der Grundrechte ausgeschlossen wurden. Anfangs waren die indischen Obersten Richter nicht dagegen, aber in einer Entscheidung von 1964 erklärten sie, dass die konstitutionellen Grundrechte von dem Parlament durch keine seiner Befugnisse eingeschränkt werden dürfen. In diesen Jahren war Nehrus Tochter *Indira Gandhi* die Premierministerin, und nach dieser Gerichtsentscheidung wurde angenommen, dass von den obersten Richtern die Möglichkeit der Erklärung der Verfassungswidrigkeit auf Verfassungsänderungen ausgedehnt werden würde. Um dies zu verhindern, wählte Indira Gandhis Partei, die bei den Neuwahlen eine verstärkte parlamentarische Mehrheit erhielt, im Jahr 1971 neun neue Richter in den Obersten Gerichtshof, und das erweiterte Gericht entschied über die Frage. Dann entschied ein Rat von 13 Mitgliedern des Obersten Justizforums schließlich im Verhältnis 7: 6, dass von dem Parlament die Verfassung nur so geändert werden kann, dass ihre Grundstruktur nicht beeinträchtigt würde. Was in der Grundstruktur enthalten war, wurde in späteren Urteilen in unterschiedlichem Maße klargestellt, aber im Prinzip erklärten die Obersten Richter damit auch ihr Recht auf Kontrolle von Verfassungsänderungen. Von der parlamentarischen Mehrheit wurde dies als Kriegserklärung interpretiert und Indira Gandhi ernannte einen neuen Obersten Richter (*Chief Justice*), um den alten Chief Justice zu ersetzen, und entfernte drei Richter aus dem Gremium. Die verbleibende Mehrheit des Gerichts war jedoch noch immer gegen die Regierung, und als Revanche wurde von ihr der Antrag der Opposition angenommen, von dem die Wahl des Regierungschefs von Indira Gandhi als Verstoß gegen das Gesetz in Frage gestellt wurde. Im Juni 1975 übte Gandhi die verfassungsrechtliche Befugnis aus, den Ausnahmezustand zu erklären, und die Befugnisse der obersten Richter wurden sofort einschränkt. Der Kampf hörte jedoch nicht

auf, Indira Gandhi scheiterte im Jahr 1977 und die verstärkten obersten Richter rächten sich mit einer Reihe ihrer Entscheidungen, um den politischen Kurs von Gandhi einzuschränken.

Der nächste Schritt auf dem Weg zur höchsten Macht der Richter war eine breite Auslegung der Gewaltenteilung und aufgrund dieser Auslegung wurde das Recht der Ernennung der Richter dem Parlament weggenommen und ein eigenes System für die Ernennung von Richtern wurde eingeführt. Obwohl die Gewaltenteilung im Gegensatz zu den amerikanischen Verfassung, die in Indien als vorbildlich gilt, nicht in der indischen Verfassung enthalten ist, haben die Richter als Ersatz festgestellt, dass bestimmte staatliche Funktionen in der Verfassung separat geregelt sind, und es kann daraus geschlossen werden, dass die Zweige der Staatsmacht somit getrennt sind.¹⁴⁹ Nach vielen Kämpfen erfolgte schließlich 1993 aufgrund der Gewaltenteilung die Streichung von Ernennungen von Richter durch das Parlament und deren Umstrukturierung durch eine Klage einer Anwaltskammer gegen den indischen Staat. Die Obersten Richter akzeptierten ihre Argumente, und von nun an werden fünf hochrangige Richter des Obersten Gerichtshofs mit seinem Präsidenten über die Ernennung der neuen Richter entschieden. Um dies zu ändern und das Recht des Gerichtshofs auf Kooptation abzuschaffen, legte die damalige Mehrheitsregierung einen Vorschlag zur Änderung der Verfassung zur Einrichtung eines Nationalen Justizrates vor, der jedoch ohne eine ausreichende Mehrheit gescheitert war. In 2014 wurde er erneut eingereicht und von der parlamentarischen Mehrheit von *Modri*-Regierung wurde verabschiedet, aber 2015 wurde das Gesetz jedoch vom Obersten Gerichtshof als verfassungswidrig für nichtig erklärt. Als Reaktion darauf wurde der Gerichtspräsident *Dipak Misra* auf Antrag von 71 Abgeordneten angeklagt, aber der Erfolg dieses Verfahrens erfordert eine Mehrheit der

¹⁴⁹ Eine der im Jahr 1975 getroffenen Entscheidung des Gerichts lautet: „It is true that no express mention is made in our Constitution of vesting in the judiciary the judicial power as is to be found in American Constitution. But a division of the three main functions of Government is recognized in our Constitution. Judicial power in the sense of judicial power of the State is vested in the Judiciary.“ Siehe: *Indira Gandhi v. Raj Narain*, 1975 Supp SCC 1. (Zitiert von Pathak, *Constitutional Adjudication in India*, 79).

beiden Kammern mit mindestens zwei Dritteln aller Mitglieder und diese Zahl wird wahrscheinlich nicht erreicht. In jüngster Zeit wird die Position der Obersten Richter durch die Tatsache verschlechtert, dass von 25 Mitgliedern des Obersten Gerichtshofs, von dem der Öffentlichkeit bekannt ist, dass es in zwei (liberale oder konservative) Lager fällt, vier hochrangige Richter sich auf einer Pressekonferenz gegen den Gerichtspräsident wegen Missbräuche innerhalb des Körpers beschwerte.

Es könnten viele Entscheidungen erwähnt werden, um die superaktivistische Auslegung der Verfassung durch die Obersten Richter Indiens zu charakterisieren. Hier ist jedoch eine der jüngsten, die besagt, dass in allen indischen Kinos vor der Vorführung die Nationalhymne gespielt werden muss, was von dem Publikum mit gebührendem Respekt gehört werden muss. Aber nicht weniger war „mutig“ ihre Entscheidung, aus dem Recht auf Leben abzuleiten, dass die Menschen tatsächlich auch das Recht auf Lebensunterhalt als Grundrecht haben.¹⁵⁰ Dies wurde in einer späteren Entscheidung in dem Sinne weiter präzisiert, dass von diesem Grundrecht die für die Würde notwendigen grundlegenden Lebensbedingungen garantiert werden.¹⁵¹ All diese Entscheidungen veranlassten die indischen Obersten Richter in den 1980er Jahren, umfangreiche Untersuchungen zu sozialen Probleme in Auftrag zu geben, damit sie dann Entscheidungen gegen sie treffen können. Infolgedessen wurde schrittweise ein ganzes System von „sozio-rechtlichen Kommissionen“ eingerichtet, die häufig beauftragt werden, die Umsetzung der von den Obersten Richtern getroffenen Entscheidungen zu überwachen. Auf diese Weise wurde nach und nach ein quasi paralleles Verwaltungssystem von den Obersten Richtern Indiens eingerichtet, und diese Hilfsorganisationen des Gerichts, auch

¹⁵⁰ „The sweep of the right to life conferred in article 21 of the Constitution is wide and far reaching and includes the right to a livelihood. *Tellis v. Bombay Municipal.*“ [Zitiert von Charles Manga Fombad, „Constitutional Reform and Constitutionalism in Africa: Some Current Challenges and Future Prospects“, *Buffalo Law Review* 59, Nr. 4 (2011), 1072.]

¹⁵¹ Fombad, „Constitutional Reform“, 1073: „In *Mullin v. Union Territory of Delhi*, the court stated, that «the right to life includes the right to live with human dignity and all that goes along with it (...) must in any view of the matter include the right to the basic necessity of life.»“

als Überwachungsagenturen bekannt, geben der öffentlichen Verwaltung Empfehlungen zur Erfüllung der Aufgaben, die sich aus Gerichtsentscheidungen ergeben.¹⁵²

Diese vollwertige Superjuristokratie bleibt hinter der Macht der beispielhaften amerikanischen Aktivismus von Verfassungsgerichtsbarkeit nur soweit zurück, dass die obersten Richter von Indien aufgrund ihres obligatorischen Rentenalters von 65 Jahren oft weniger als vier Jahren nur in einer sehr kurzen Position sind. Somit kommt es zu einer häufigen Richtungswechsel durch die variable Mehrheit. Ein Beispiel dafür ist, dass sie 2013 in einer diesbezüglichen Entscheidung über das indische Strafbuch, das seit 150 Jahren besteht und von der Kolonialzeit bis heute in Kraft geblieben ist, den Artikel 377 wegen der Bestrafung des gleichgeschlechtlichen Geschlechtsverkehrs nicht als verfassungswidrig erklärte, aber 2018 haben sie das gemacht. Dies geschah, indem zuerst 2017 das Recht auf Privatsphäre vom Recht auf Leben und Freiheit abgesondert wurde und nach der Änderung der Mehrheit der Richter des Gerichtshofs wurde 2018 der Artikel 377 für verfassungswidrig erklärt.¹⁵³

Aufgrund der indischen Verfassungsgerichtsbarkeit kann eine interessante Antwort auf die Frage gegeben werden, welche Funktion von dieser Institution neben einer auf Millionen der Bürger basierenden parlamentarischen Demokratie verwirklicht werden kann. Die Analysen von *Robert Bork* haben gezeigt, dass dies eine juristokratische Korrektur der Demokratie der Massen aufgrund der Wertgesichtspunkte der Eliten vornimmt, obwohl sie in der öffentlichen Darstellung als der Schutz der Interessen der niederen Massen vorgeführt wird. *Anuj Bhurwania* diskutiert diese Frage in einer relativ neuen Studie, von der die Jahre von 1950 bis 1975 analysiert wurde und es wurde gezeigt, dass von den obersten indischen Richter gegen die Maßnahmen der parlamentarischen Regierung zur Unterstützung der

¹⁵² Fombad, „Constitutional Reform“, 1075.

¹⁵³ In ihrer Entscheidung erklärten sie, es sei Sache des Parlaments, diese alte Bestimmung zu ändern, und sie wollten nicht in diesem Bereich tätig werden. Im folgenden Jahr versuchte ein individueller Abgeordnete-Antrag dies im Gesetzgebung, erhielt jedoch keine Unterstützung.

niederen Massen in Bezug auf die indische Landverteilung und andere Massenhilfemaßnahmen im Wesentlichen liberale Ansichten der Oberschicht verwirklicht wurden. Nach dem von der Premierministerin Indira Gandhi eingeleiteten Ausnahmezustand und nach dem Brechen des richterlichen Widerstands folgte die neu ernannte Mehrheit der Richter schon dem Programm zur Unterstützung der armen Bevölkerung und begann mit Aktivismus, um zu helfen. Während dieser Zeit lockerten die obersten Richter bewusst den Rahmen der Verfassungsgerichtsbarkeit, um die Grundrechtsstreitigkeiten helfen zu können. Darüber hinaus begannen sie selbst, solche Organisationen zu gründen und sie als Instrument zu verwenden, um ihre eigenen Entscheidungen zu treffen.¹⁵⁴ Durch diese Verschiebung kamen sie schließlich zu der Form, in der sie begannen, die ursprünglichen Prozessparteien durch die von ihnen geschaffenen *Amicus-Curiae-Organisationen* zu ersetzen, um ihre Entscheidungsfindung nicht zu stören. Mit dieser Änderung begann sich die indische Verfassungsgerichtsbarkeit zu verlagern, und anstatt der Entscheidungen über enge Einzelfälle haben sich die Entscheidungen der obersten Richter in der Richtung verschoben, wo sie auf die Erreichung umfassenderer politischer Änderungen abzielten und wo von den Prozessparteien der Einzelfälle die Richter nur gestört wurden.¹⁵⁵ So hat sich der Aktivismus, der ursprünglich den unteren

¹⁵⁴ Um dies zu beschreiben, zeigt der Verfasser, dass die obersten Richter selbst häufig die Verfahren organisieren, um die von ihnen gewünschte Entscheidung treffen zu können. „Aron Shourie, then editor of the *Indian Express*, gave an interview in 1983 where he observed: «A judge of the Supreme Court asked a lawyer to ask me to ask the reproter to go to these areas, get affidavits from some of the victims who are still alive and some of them who were dead, from their families. The affidavits were got (sic) compiled, sent and he entertained a writ. Eight months later someone came to me saying that same judge had sent hi (...) to ask me to ask the respondent to file such and such information in a letter through so and so (...). A third time a civil rights activist asked that the same thing be done. He said the judge had ask him. (...) The point that the opponents of the case were making was that the litigants were choosing a judge. As it turns out, some judges were choosing their litigants.»“ [Anuj Bhuwania, „Courting the People: The Rise of Public Interest Litigation in Post-Emergency India“, *Comparative Studies of South Asia, Africa and Middle East* 34, Nr. 2 (2014), 327.]

¹⁵⁵ Bhuwania, „Courting the People“, 330: „However, in more recent years Indian public interest litigation has come to include cases involving matters of general public policy in

Massen helfen sollte, wieder in eine Verfassungsgerichtsbarkeit im Lichte der Werte der Elite verwandelt.¹⁵⁶

1.2. *Taiwanische Verfassungsgerichtsbarkeit*

Im Falle Taiwans begann der Einsatz von Verfassungsgerichtsbarkeit während des Übergangs von der Diktatur zur Demokratie, und hier spielte sie eine eigenartige Rolle, da sie nicht nur nach der gescheiterten Diktatur geschaffen wurde, um die Demokratie einzuschränken, sondern der bis dahin existierende, aber gelähmte Rat der Großen Richter (*Council of the Grand Justices of the Judicial Yuan*), wurde aufgrund des sich ändernden politischen Umfelds als Verfassungsgericht einsatzbereit. Hier hat die taiwanische Verfassung von 1947 als separater Justizrat ein Gremium von 17 Mitgliedern geschaffen, um die Verfassung auf Antrag der Prozessparteien oder der Regierung zu interpretieren. Die Grand Justice, die vom Staatspräsidenten ernannt wurde, versuchte dies am Anfang der 50er Jahre, indem sie die Macht der Regierungsstellen einschränkte, wurden sie jedoch von Vergeltungsmaßnahmen getroffen, und deshalb hörten sie auf, dies weiter zu tun. Danach konnten sie im Grunde nur noch vegetieren, aber als die Kuomintang-Führer, die in der zweiten Hälfte der 40er Jahre aus China auf die Insel Taiwan vertrieben wurden, mit Präsident *Chiang Kai-shek* allmählich älter wurden und am Anfang der 80er Jahre die Macht übergaben, kam die Zeit dieser Richter. Der Rat der Großen Richter begann sich allmählich mit den eingereichten Anträgen zu beschäftigen und seine bestehenden Befugnisse mutiger auszuüben. Letztendlich ermöglichte dies einen völligen Bruch mit den verbleibenden Anhängern der Diktatur, und der Rat erklärte in einer seiner Entscheidungen im

which the petitioner stands for the entire citizenry of India rather than individual victims of injustice. (...) She could be superfluous once her minimal role was performed.“

¹⁵⁶ Bhuwania, „Courting the People“, 331: „The petitioners are then entirely at the mercy of the amicus curiae who as the delegatee of the court’s screening power can decide who can and cannot petition the court and what can and cannot be said by them.“

Jahr 1990 für verfassungswidrig, dass die Abgeordneten, die seit 1948 das chinesische Festland vertraten, jahrzehntlang ohne Unterbrechung weiterhin Abgeordnete des Parlaments sein konnten.¹⁵⁷

Für das gesamte taiwanische politische System ermöglichte diese Entscheidung der Verfassungsrichter, das alte Regime der Kuomintang offen zu brechen, da Präsident Lee Teng-hui, der bei den Präsidentschaftswahlen 1987 an die Macht kam, darauf bedacht war, sich mit dem Einparteiensystem der Vergangenheit zu brechen. Dann begannen die Verfassungsrichter, unterstützt von neuen Machtgruppen, ihre Befugnisse ohne Skrupel auszuüben und zerstörten nacheinander die Überreste des Chiang Kai-shek-Systems. Eine uneingeschränkte pluralistische Demokratie wurde etabliert, aber die Verfassungsrichter Taiwans spielen seitdem auch eine wichtige Rolle in der Struktur der Staatsmacht und sie sättigen das demokratische politische System einigermaßen mit einer Dosis der Juristokratie.

So zielte die Verfassungsgerichtsbarkeit in Taiwan, wie von den meisten dieser Institutionen der Welt, in erster Linie auf die Korrektur des politischen Systems ab, doch nach der Stabilisierung pluralistischer politischer Mechanismen wurden ihre Auswirkungen auch auf das Rechtssystem stärker sichtbar. In Taiwan konnte dies auch deutlicher beobachtet werden, da hier das Modell das deutsche Verfassungsgericht war, und laut einer Beschreibung stehen die deutschen Universitäten an der Spitze der renommierten ausländischen Rechtsfakultät für die Promotion, die hier für die Ernennung als Verfassungsrichter fast obligatorisch wurde.¹⁵⁸ Inwieweit

¹⁵⁷ Grundsätzlich wurde Taiwans Verfassung von Chiang Kai-shek und seinen Mitarbeitern aufgrund der Idee entworfen, sie als Verfassung ganz Chinas funktionieren zu können. Deshalb wurden sogar solche Mitglieder des taiwanischen Parlaments 1948 gewählt, von denen symbolisch das ganze China repräsentiert war, und sie in den späteren Jahrzehnten Mitglieder blieben. Siehe: Tom Ginsburg, „Constitutional Courts in East Asia: Understanding Variation“, *Journal of Comparative Law* 80, Nr. 1 (2008), 80–99.

¹⁵⁸ „In der 7. Amtsperiode der Hohen Richter (2003–) hatten 6 in Deutschland, 1 in Österreich und 2 in den USA promoviert. Daraus lässt sich ein deutlicher Einfluss der deutschen Rechtswissenschaft ableiten. [Yun-Ju Wang, *Die Entwicklung der Grundrechte und Grundrechtstheorie in Taiwan* (Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2008), 123.] Die Informationen meines Kollegen Máté Szabó, der in den letzten Jahren längere Studienreisen

dies zur Verdoppelung der traditionellen Rechtszweige, wie in Deutschland, führte, lässt sich anhand der Daten nicht genau beurteilen, aber einige Anfänge in dieser Richtung können anhand der Erweiterungsformeln der Grundrechte und ihrem erweiterten „Schutzbereich“ gefunden werden.¹⁵⁹

1.3. Südkoreanische Verfassungsgerichtsbarkeit

Es hatte hier keine so lange Geschichte der Verfassungsgerichtsbarkeit, wie wir sie in Taiwan gesehen haben, aber mit dem Verschwinden der Militärdiktaturen in Südkorea, die jahrzehntlang existierten, war es fast zur gleichen Zeit im Jahr 1987, als das südkoreanische Verfassungsgericht seinen Betrieb aufnahm. Hier wurde die langjährige Situation von den neuen und neuen Militärputschen charakterisiert, in der die immer neue Rebellion bereits bestehender Oppositionsparteien ständig halb unterdrückt, und die jüngsten Proteste gegen den letzten Staatsführung von 1979 auf blutigste Weise besiegt wurde, wonach sich die Militärregierung nicht mehr stabilisieren konnte. Der Nachfolger des zurückgetretenen Präsidenten, General *Rob Tae-woo*, hat der Opposition zugesagt, mit ihnen eine neue Verfassung auszuarbeiten, mit der sofortigen Wahl eines Präsidenten, der den Staat regiert. Die Verfassung von 1987 schuf daraufhin ein starkes Verfassungsgericht nach deutschem Vorbild, und die neuen Verfassungsrichter folgten den vorbildlichen Deutschen, indem sie neue und neue Grundrechte und –sätze aus der Verfassung aufgetaut haben, um das verfassungswidrige Recht in größerem Umfang aufheben zu können. Darüber hinaus nahm das Verfassungsgericht selbst an den schärfsten Machtkämpfen teil, und 2003 stellten sich die Verfassungsrichter auf die Seite vom Präsidenten *Rob Moo-hyun*, der von niederen

in Taiwan verbracht hat, bestätigten auch, dass das Ansehen der deutschen Verfassungsgerechtigkeit dort so hoch wie möglich ist.

¹⁵⁹ Wang, *Die Entwicklung*, 125: „Als Beispiel gilt der Hohe Richter Gen Wu in der 5. und 6. Amtsperiode, der z. B. die deutsche Grundrechtsbegriffe des Schutzbereichs des Grundrechts und die institutionelle Garantie im Sondervotum der Auslegung Nr. 368 eingeführt und angewendet hat.“

sozialen Schichten gegen die herrschenden Machtgruppen unterstützt wurde, und der Machtzug des Präsidenten wurde von ihnen nicht angeordnet.¹⁶⁰ Koreanische Verfassungsrichter spielen weiterhin eine zentrale Rolle sowohl bei der Überwachung der parlamentarischen Gesetze, als auch bei der Beilegung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten zwischen Machtgruppen.

Von den Verfassungsgerichten in Ostasien haben die Koreaner sowohl im Inland, als auch in der Welt die größte Autorität.¹⁶¹ In Bezug auf ihre Entscheidungsstatistik haben die Verfassungsrichter hier bisher insgesamt etwa zehntausend Entscheidungen getroffen, jährlich ca. Tausende, und die meisten davon waren auf Verfassungsbeschwerden von Bürgern und privaten Organisationen zurückzuführen. Auf diese Weise kann die Tätigkeit dieses Verfassungsgerichts weniger von der Kontrolle über das politische System als von der Kontrolle über das Recht charakterisiert werden. Dies schränkt zwar die Tatsache ein, dass endgültige Urteile ordentlicher Gerichte in Korea nicht durch eine Verfassungsbeschwerde angefochten werden können.¹⁶² Durch die Aussetzung des Verfahrens vor ihnen können

¹⁶⁰ Im Wahlkampf zur Erneuerung der Hälfte des Parlaments sprach sich der im Jahr 2003 gewählte neue Präsident öffentlich für den Erfolg seiner Partei aus, was gesetzlich verboten war, und forderte das Parlament daher die Anklage gegen ihm und zwei Drittel Mehrheit des teilweise aufgelösten Parlaments deklarierte die Suspendierung des Präsidenten. Bei den Wahlen, die während seiner Suspendierung stattfanden, gewann die Partei des Präsidenten einen glänzenden Sieg, und seine Partei wurde eine Mehrheit im neuen Parlament. Die koreanischen Verfassungsrichter in dieser Situation waren mit dem Verstoß des Präsidenten nachsichtig und entschieden, dass der Entzug in keinem entsprechenden Verhältnis zu diesem geringfügigen Verstoß stehen würde. (Siehe: Ginsburg: „Constitutional Courts in East Asia“, 87.) Tatsächlich hätte das Gegenteil genauso richtig gesagt werden können, wie es in Thailand zehn Jahre später geschah, und dies ist ein gutes Beispiel dafür, wie von den demokratischen politischen Kämpfen über den Verfassungsrichtern ihre Entscheidungen bestimmt werden können.

¹⁶¹ Tom Ginsburg, „The Constitutional Court and the Judicialization of Korean Politics“, in Andrew Harding und Penelope Nicholson (Hrsg.), *New Courts in Asia* (London: Routledge, 2009), 1: „The Constitutional Court of Korea has just celebrated its twentieth anniversary, a significant milestone. Of the Thailand and Mongolia it is arguably the most important and influential, and therefore deserves close scrutiny as a case study in judicialization of constitutional politics in Asia.“

¹⁶² Aber sofern eine Gerichtsentscheidung auf Rechtsvorschriften beruht hatte, die bereits von Verfassungsrichtern für verfassungswidrig erklärt wurden, wurde die Entscheidung von koreanischen Verfassungsrichtern in einer Entscheidung von 2018 vernichtet. (Siehe:

die ordentlichen Richter jedoch beim Verfassungsgericht einen Antrag auf Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Bestimmungen stellen, die sie im Verfahren angewendet haben. Es bestimmt auch die Kompetenz von Verfassungsrichtern, das Gesetz zu kontrollieren, da es keine abstrakte Normkontrolle gibt – zum Beispiel auf Vorschlag einer begrenzten Anzahl von Oppositionsmitgliedern wird eine Untersuchung der Verfassungswidrigkeit eines neuen Gesetzes durchgeführt – es gibt jedoch nur eine konkrete Normkontrolle.¹⁶³ Die Konsequenz der konkreten Normkontrolle ist, dass sich die Verfassungsrichter auf diese Weise stärker von der Politik zum Recht bewegen, und ihre gesamte Tätigkeit eher einen rechtlichen Charakter hat. Darüber hinaus erhöht sich die Möglichkeit, die traditionellen Rechtszweige durch die konstitutionalisierten Rechtszweigen zu verdoppeln.

Es ist in seiner Entscheidungsstruktur eigenartig, dass neben neun relativ kurzfristigen, sechsjährigen gewählten und ernannten Verfassungsrichtern auch Berichterstatter-Richter für einen langen Zeitraum, sogar zehn Jahre, ernannt werden, von denen einige sich als Mitarbeiter an der neuen Verfassungsrichtern anschließen, aber andere sind auf bestimmte Rechtsbereiche in zentralisierten Gruppen spezialisiert und von ihnen werden die Entwürfe für die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen vorbereitet.¹⁶⁴ Diese teilweise schlüpfrige Entscheidungsstruktur über

Lee Kyung-min, „Constitutional Court Cannot Review Supreme Court Rulings“, *The Korea Times*, 25 August 2018.)

¹⁶³ Siehe die Analyse von Venedig Kommission über die koreanischen Verfassungsgerichtsbarkeit von 2011: „Vergangenheit und Gegenwart der koreanischen Verfassungsgerechtigkeit – Unabhängigkeit des Verfassungsgerichts von Korea.“ Venedig-Kommission, *Past and Present of the Korean Constitutional Justice: Independence of the Constitutional Court of Korea* (2011), 2.

¹⁶⁴ In dem koreanischen Verfassungsgerichtsgesetz sehen die Artikel 19 bis 20 den Einsatz von Berichterstatter-Richter vor, die vom Gerichtspräsidenten aus einer Liste von Personen ernannt werden, welche Liste vom Vorstand genehmigt und von ihm kontrolliert wird. Diese Lösung wurde nur von den Rumänen in Europa übernommen, und so spielen dort neben den Verfassungsrichtern diese Ersatzverfassungsrichter wirklich die eigentliche Hauptrolle. Dasselbe wurde in der Türkei getan und von den Ersatzverfassungsrichtern werden hier noch mehr die tatsächliche Entscheidung anstelle der im Prinzip unabhängigen Verfassungsrichter bestimmt.

Verfassungsrichter erhöht die Wahrscheinlichkeit der Entstehung der „unsichtbaren Verfassung“, d. h. das Funktionieren der früherer Verfassungsgerichtsentscheidungen als Entscheidungsgrundlage, von der die schriftliche Verfassung ersetzt wird. Diese Möglichkeit wird weiter verstärkt, weil Abweichungen von alten Entscheidungen bei neuen Entscheidungen mit nur zwei Dritteln der Stimmen möglich sind.¹⁶⁵

Die politische Fragmentierung hier hat zur Umwandlung der südkoreanischen Verfassungsgerichtsbarkeit in eine starke Juristokratie seit dem Zerfall der Militärdiktatur im Jahr 1987 beigetragen. Zu Beginn der Transformation versöhnte sich die Militärelite mit der Opposition, aber die drei Parteien der Opposition im Gegensatz auch zueinander verloren die Präsidentschaftswahlen, und der Kandidat der Militärelite gewann sie. Daher waren alle drei Oppositionsgruppen an einem starken Verfassungsgericht interessiert, von dem die Tätigkeit des Präsidenten eingeschränkt wurde. Daher war die Wahl von neun Mitglieder des Verfassungsgerichts an verschiedene politische Kräfte gebunden, so dass ein gemischtes Entscheidungsgremium von innen immer interne Kompromisse erzwingen würde.¹⁶⁶ In dieser politischen Situation begann neben dem politischen Konflikt, der häufig zu einer Pattsituation führte, die Einrichtung eines institutionellen Systems zur Beeinflussung der Verfassungsgerichtsbarkeit.

¹⁶⁵ Ginsburg, „The Constitutional Court“, 3. Natürlich können koreanische Verfassungsrichter neben den Berichterstatter-Richtern, die untergeordneten Verfassungsrichter sind und dem Gerichtspräsidenten unterliegen, auch eine unabhängige Position zu offenen sozialen Fragen einnehmen und das wurde von einer ihrer neuen Entscheidung über Abtreibungsverbot demonstriert. Während derselbe Teil des Gesetzes 2012 fünf gegen vier von ihnen noch als verfassungsgemäß bewertet wurde, wurde von ihrer Mehrheit im Sommer 2019 nach einem zwischenzeitlichen Austausch von Verfassungsrichtern mit sieben Stimmen gegen zwei als „bedingt verfassungswidrig“ deklariert. Zur Unterstützung radikalerer Maßnahmen haben drei Verfassungsrichter in ihren abweichenden Meinungen erklärt, dass Frauen ihr Recht auf Abtreibung in den ersten 14 Wochen der Schwangerschaft ohne Vorbedingungen ausüben könnten, und deshalb sie die sofortige Abschaffung des einschlägigen Gesetzes angesehen haben. (Siehe: Jeong-In Yun, „Recent Abortion Decision of Korean Constitutional Court“, *IACL-AIDC Blog*, 31 Juli 2019.)

¹⁶⁶ Lin, „Autocracy, Democracy, and Juristocracy“, 116: „Of the nine justices on the Constitutional Court, three are nominated by the president, another three by the national assembly, and the last three by the chief justice of the Supreme Court.“

Auf diese Weise entstand eine juristokratische Willensbildung neben der parteipolitischen parlamentarischen Arena, an der die juristischen NROs, die Juristen der Oppositionsparteien und auch andere nichtparteipolitischen Gruppen beteiligt sind. So wurden in der politischen Öffentlichkeit nicht nur die Politiker, sondern auch von der NROs bekannte Persönlichkeiten hervorgebracht. Roh Moo-hyun, der spätere Präsident war vor seiner Wahl selbst als solcher NRO-Aktivist bekannt und er überflutete die Ministerien bei seiner Machtübernahme mit den ehemaligen NRO-Anwälten. Auf diese Weise wurde von der Juristokratie nicht nur die gerichtlichen Verfahren, sondern auch die Zentralverwaltung durchdrungen.¹⁶⁷ Infolgedessen kann im Fall Südkoreas gesagt werden, dass über dem System von demokratischer Institutionen die Staatsmacht tatsächlich um die Richter des Verfassungsgerichts und der ordentlichen Obersten Gerichte herum organisiert ist.

1.4. Thailändische Verfassungsgerichtsbarkeit

Auch hier wurde die Staatsmacht von permanenten Militärputschen seit 1932 nach dem Sturz der absoluten Monarchie bestimmt, und auch hier markierte der Massenaufstand gegen den letzten Militärputsch am Ende der 80er Jahre den Beginn der Versuche einer Mehrparteiendemokratie. Innerhalb weniger Jahre wurde dann die neue Verfassung ausgearbeitet, und nach ihrer Annahme im Jahr 1997 nahm ein starkes Verfassungsgericht seine Arbeit auf. Hier wurden sowohl die Überprüfung der Gerichtsentscheidungen als auch die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerden der Bürger aus der Zuständigkeit von Verfassungsrichtern ausgeschlossen, aber wie in Südkorea, können die ordentlichen Richter eine Überprüfung

¹⁶⁷ Lin, „Autocracy, Democracy, and Juristocracy“, 117: „Former President Roh Moo-hyun himself was an activist lawyer who affiliated with the *Lawyers for Democratic Society* (Minbyun). After his election, he also appointed some Minbyun members to important governmental positions. This stimulated more judicialization of politics because these legally trained politicians had rich experience taking advantage of litigation to pursue their agendas when they were public interest lawyers.“

der geltenden gesetzlichen Bestimmungen beantragen. Das thailändische Verfassungsgericht hat jedoch eine größere Rolle bei der Beilegung von Streitigkeiten zwischen Zentralbehörden erhalten und damit wurde seine eigentliche Rolle als öffentlicher Schiedsrichter bei politischen Machtstreitigkeiten, die in Europa nur ausnahmsweise vorhanden sind, obwohl sie formal auch hier existiert. Diese heikle Rolle erlaubte es nicht, die Verfassungsgerichtsbarkeit hier dauerhaft funktionieren zu können, und nach den Kämpfen zwischen dem Premierminister und den parlamentarischen Oppositionskräften im Jahr 2001 standen die Verfassungsrichter beim Premierminister und er wurde von ihnen vor seinem Machtentzug gerettet. Im Jahr 2006 wurde die Partei des Premierministers noch einmal gewonnen, aber die Verfassungsrichter erklärten bereits nach einem Antrag des Senats, der die Ergebnisse der Parlamentswahlen in Frage stellte, die Ergebnisse für verfassungswidrig. In der darauf folgenden Krise wurde die Macht von dem Militär übernommen und wurde das Verfassungsgericht aufgelöst und es wurde eine neue Verfassung verabschiedet.¹⁶⁸ Im Jahr 2007 wurde jedoch durch gegnerische Mächte erneut eine neue Verfassung verabschiedet und ein neues Verfassungsgericht eingerichtet. Dies änderte jedoch nichts an der Grundsituation, denn im Kampf der gegnerischen großen sozialen Kräfte siegte der im Jahr 2006 entlassene Premierminister *Thaksin Shinawatra*s Partei, und jetzt ist seine Schwester Premierministerin geworden und sie sollte jetzt im Senat gegen die feindlichen politischen Kräfte kämpfen. Die Verfassungsrichter wurden dann noch einmal die endgültigen Schiedsrichter dieses politischen Kampfes nach einem weiteren Antrag des Senats. Aber sie hatten bereits genug Erfahrung, dass die Militärs nicht auf der Seite der Shinawatra-Partei stehen, und sie deklarierten der Machtentzug der Premierministerin in 2014.¹⁶⁹ Die Situation in Thailand stellt somit eine eigenartige Mischung aus Demokratie, immer explosiver Militärdiktatur

¹⁶⁸ Ginsburg, „Constitutional Courts in East Asia“, 89.

¹⁶⁹ Die Rechtfertigung für den Entzug war fast diktiert, da die Verfassungsrichter auf Antrag der Senatoren feststellten, dass die Versetzung eines nationalen Sicherheitsbeauftragten in eine andere Position durch den Premierminister und die Besetzung dieser Position mit ihrer eigenen Gläubigen ein Machtmissbrauch sei. Natürlich sind Hunderte solcher Austausche

und Juristokratie dar, aber die Verfassungsrichter spielen dabei trotz aller Volatilität ihrer Situation eine zentrale Rolle.¹⁷⁰

Diese fragile Dualität, die Demokratie und die auf der dominierenden Elite beruhende juristokratische Macht des Verfassungsgerichts, wird von *Eugène Mériéau* in seiner Studie als Koexistenz der Demokratie mit dem „tiefen Staat“ in Thailand (*deep state*) vorgestellt.¹⁷¹ Ein genauerer Blick lohnt sich, da dies als ein geeigneter Begriffsrahmen für die asiatische Juristokratie interpretiert werden kann, von dem die interne Machtkonstellation in richtiger Gliederung aufgezeigt wird. Diese asiatische Juristokratie kann daher gut mit den in Europa geschaffenen juristischen Machtstrukturen konfrontiert werden, insbesondere in den osteuropäischen Ländern ab den 1990er Jahren. Denn hier haben die juristokratischen Machtstrukturen keine interne soziale Basis und Ressourcen, und sie erschienen hier während den letzten Jahrzehnten als Export von US-amerikanischen linksliberalen Stiftungen. Während die osteuropäische Juristokratie im Wesentlichen eine global exportierte Juristokratie ist, ist sie in asiatischen Ländern vorwiegend die Organisation ihrer eigenen internen Machtressourcen in einem parallelen tiefen Staat. Im letzteren Fall können die politischen Kräfte hinter der Juristokratie unberührt außerhalb der Wahl- und demokratischen politischen Rahmenbedingungen existieren. Beide versuchen, die Demokratie zu korrigieren, aber während Osteuropa von den juristokratischen Machtstrukturen der Einfluss globaler Mächte in eine interne Macht umwandelt wird, wird von der asiatischen Juristokratie die internen Machtquellen, die

in demokratischen Staaten möglich und üblich, daher war dies offensichtlich nur zur Entfernung gedacht.

¹⁷⁰ In seiner oben zitierten Studie von 2008 beschreibt Tom Ginsburg den Kontrast zwischen den Politikern, die von einer breit angelegten Demokratie bestimmt werden, und den Obersten Richtern, die von einer engen Elite beeinflusst wird, wie folgt: „More broadly, however, the emergence of a middle class, seen to be so important on the broader process of democratization, may be a necessary condition for constitutional review, to thrive. All four countries can be said to have vigorous middle class allows the court to have an alternative means of legitimation – the court can protect itself from attack by political institutions through building up a wellspring of popular support.“ (Ginsburg, „Constitutional Courts in East Asia“, 98).

¹⁷¹ Eugénie Mériéau, „Thailand’s Deep State, Royal Power and the Constitutional Court (1997–2015)“, *Journal of Contemporary Asia* 46, Nr. 3 (2016), 445–466.

vom demokratischen Kampf nicht betroffen sind, für die Korrigierung der eventuellen ungünstigen Ergebnisse der demokratischen Kämpfe benutzt. Das beste Beispiel für diese konzeptionelle Konfrontation scheint Thailand zu sein. Schauen wir uns das genauer an.

Die Kategorie „Parallelstaat“ oder „tiefer Staat“ außerhalb demokratiekontrollierter Staatsstrukturen tauchte erstmals in den 1950er Jahren auf, um die Strukturen der militärisch-industriellen Lobby zu beschreiben, die von der CIA-Elite in *Morgenthau*s Beschreibung in verschiedenen Ländern der Welt organisiert wurden. Für den konzeptuellen Ausdruck von Machtstrukturen ist das Konzept des tiefen Staates in den letzten Jahren alltäglich geworden.¹⁷² Die Juristokratie als alternatives Machtsystem zur Demokratie ist eine Kombination mehrerer Elemente, und das Verfassungsgericht bzw. andere Oberste Gerichte sind nur seine Spitze. Ohne ein etabliertes NRO-System zur Organisation von massenhafte und politisch gezielten Anträgen bei diesen Gerichten kann dies keine tiefgreifenden Auswirkungen haben.¹⁷³ Dies geschieht entweder durch die Organisation von internen sozialen Gruppen mit Ressourcen, wie es für ostasiatische Juristokratien typisch ist, oder als Töchter globaler NRO-Netzwerke, die von außen in Ländern aufgebaut werden, wie es in osteuropäischen Ländern üblich ist. Daher sind neben den obersten Richtern auch ihre Kunden-NRO-Organisationen für das Machtsystem der Juristokratie ebenso wichtig wie die politischen Parteien für die Demokratie. Daneben sind die kontinuierliche Produktion von juristokratischen geistigen Produkte und die

¹⁷² Méricau, „Thailand’s Deep State“, 446. Méricau beschreibt die Struktur des tiefen Staates (*deep state*) wie folgt: „Like the regular state, the Deep State is not monolithic; various actors and networks engage in power struggles within its framework. However, the fundamental difference between the regular state and the Deep State is that former is visible to the people it claims to serve, whereas the latter is hidden and unaccountable. The Deep State is the invisible framework under which institutional interests of unaccountable bodies and co-opted non-state networks are aggregated.“

¹⁷³ Charles Epp, von dem am Anfang der neunziger Jahre die indische Juristokratie untersucht wurde, stellte fest, dass das indische Modell aufgrund seines damals unterentwickelten NGO-Systems trotz des Aktivismus der Richter zu dieser Zeit wenig Wirkung hatte. [Siehe: Charles R Epp, *The Rights Revolution* (Chicago–London, University of Chicago Press, 1998), 112.]

juristische Ausbildung mit dem juristokratischen Geist unverzichtbare Elemente dieses Machtsystems. Die richtigen Konzepte und Interpretationsmethoden zu schaffen, damit das Rechtssystem kontinuierlich gemäß den Zielen der Juristokratie funktionieren kann, ist nur durch die Schaffung von Professorennetzwerke an Rechtsuniversitäten möglich. Aber auch das ist wichtig, dass diese Konzepte, Argumente und Interpretationsmethoden für die Richter bei Seminaren in Justizakademien gewichtet werden, um sie dafür zu sensibilisieren, die Ziele der Juristokratie anzunehmen und sie in die Lage zu versetzen, gemäß den Ziele der Juristokratie zu funktionieren. Während dies in Europa und insbesondere in osteuropäischen Ländern durch die Organisierung von US-amerikanischen Stiftungen ab Anfang der neunziger Jahre verwirklicht wurde¹⁷⁴, wurden diese Verschiebungen in dem Rechtssystem in ostasiatischen Ländern von den inneren Machtgruppen geleistet, die nicht die Gewissheit sahen, dass sie ihre reichlich vorhandenen Machtressourcen durch Demokratie in die Staatsmacht umwandeln können.

In Thailand wurde dieser tiefe Staat und sein Machtgewicht durch die Juristokratie am Ende der 90er Jahre von den Eliten um die zerbrochene königliche Macht herum aufgebaut, als die anhaltenden Militärputsche mit blutigen Vergeltungsmaßnahmen gegen die Massen nicht mehr helfen konnten.¹⁷⁵ Die Machtressourcen dieser Eliten wurden von den städtischen unternehmerischen und intellektuellen Eliten bereitgestellt, und diese Eliten standen mit der vielen Millionen der ländlichen landwirtschaftlichen Massen und ihren Eliten gegenüber. Da die Parlamentswahlen und damit die Position des Premierministers größtenteils nur durch die

¹⁷⁴ Siehe die Informationen über die osteuropäischen NRO-Netzwerke in Bezug auf die Menschenrechtsgerichtsbarkeit in Strasbourg in der Studie der oben genannten Straßburger Autoren Cliquennois und Champetier aus dem Jahr 2016, und die Informationen darüber, dass diese osteuropäischen NRO-Netzwerke fast ausschließlich von US-amerikanischen Stiftungen eingerichtet wurden.

¹⁷⁵ Méricau, „Thailand’s Deep State“, 449: „The objective was to enable the Deep State to face two sees of challenges: democratisation and the rise of majoritarian politics on the one hand and the aging of the king on the other. The practice of judicialization of politics that unfolded from 2006 onwards is part of such self-interested hegemonic preservation strategy.“

Unterstützung der ländlichen Massen gewonnen werden konnten, beschlossen auch die Urheber der Verfassung von 1997, wer bereist Informationen über die praktischen Erfahrungen der osteuropäischen Juristokratie hatten, ein Verfassungsgericht mit sehr starker Zuständigkeit einzurichten. Die hier gewählten Verfassungsrichter und die Richter an den Obersten Gerichten waren eine Garantie dafür, dass von den wirtschaftlichen und intellektuellen Eliten der Städte, die vom Militäroffizier unterstützt werden, trotz ihrer Schwäche bei den Wahlen das Leben Thailands bestimmt wird.

In Thailand wurde die Verrechtlichung der Politik und damit die Errichtung eines juristokratischen Systems der herrschenden Eliten gegen die sich ständig weiterentwickelnde Demokratie in drei Schritten verwirklicht. Die erste Phase war die Einrichtung eines mächtigen Verfassungsgerichts nach deutschem Vorbild in der Verfassung von 1997, die von royalistischen Juristen der alten königlichen Elite geschaffen wurde.¹⁷⁶ Die zweite Phase begann im Jahr 2005, als von dem König als Reaktion auf den zunehmenden Widerstand gegen seine Elite die Richterschaft aufgefordert wurde, einzugreifen, um die „politische Sackgasse“ zu überwinden, und die Richter folgten begeistert dem Ruf des Königs.¹⁷⁷ Von den Verfassungsrichter wurden die Ergebnisse der Wahlen von 2006 vernichtet und die Thaksin-Partei, die drei Wahlen mit Unterstützung der vielen Millionen der ländlichen Massen gewonnen hatte, wurde aufgelöst. In der neuen Verfassung, die wiederum von der siegreichen alten Elite geschaffen wurde, erhielten die von ihnen eingesetzten neuen Verfassungsrichter noch mehr unbegrenzte Macht, und obwohl die Thaksin-Partei erneut Regierungsmacht und parlamentarische Mehrheit erlangte, haben die Verfassungsrichter 2012 die Änderung der Verfassung durch die parlamentarischen Mehrheit verboten. Damit wurde die Juristokratie gegen die Demokratie – und dahinter der Nachfolger des

¹⁷⁶ „They envisioned a Constitutional Court that was a kind of «insurance» against the political uncertainty of democratisation.“ (Siehe: Méricau, „Thailand’s Deep State“, 449).

¹⁷⁷ Méricau, „Thailand’s Deep State“, 449: „The judiciary responded with considerable enthusiasm. Subsequent decisions resulted in the annulment of the elections, the sacking and jailing of election commissioners and, in 2007, the dissolution of Thaksin’s Thai Rak Thai Party (TRT) which had won the election in 2001, 2005 and claimed a disputed victory in 2006.“

tiefen Staates Thailand, der alten Elite der königlichen Macht – offiziell der Träger des obersten Staatsmacht.¹⁷⁸

1.5. Indonesische Verfassungsgerichtsbarkeit

In Indonesien mit 220 Millionen Einwohnern des Islam und einer Gemeinschaft von 20 Millionen Christen wurde um die Jahrtausendwende eine Verfassungsänderung geschaffen und ein Verfassungsgericht eingerichtet.¹⁷⁹ Während größere islamische Gemeinschaften überall dort, wo sie mit anderen leben, blutige Konflikte verursachen, ist die größte islamische Bevölkerung der Welt (99% Sunniten) hier eine Ausnahme, und der religiöse Extremismus ist bislang verstreut.¹⁸⁰ Von den bisher 23 Verfassungsrichtern waren 20 Muslime – dreizehn von ihnen waren religiöser eingestellt –, aber keiner versuchte, das friedliche Zusammenleben des Islam mit dem Staat zu stören.¹⁸¹ Im Laufe ihrer Tätigkeit wurden zwischen 2003 und 2013 524 inhaltliche Entscheidungen getroffen, von denen das Schicksal des Landes maßgeblich beeinflusst wurden. Das Gewicht ihrer Entscheidungen wird auch durch die Tatsache erhöht, dass die Gerichtsentscheidungen von dem Verfassungsgericht nicht überprüft werden, und auch die kommunale normative Regeln nicht von ihm, sondern von einer niedrigeren Ebene der Verwaltungsgerichten beurteilt werden. Auf diese Weise werden von den Verfassungsrichtern nur die Entscheidungen auf

¹⁷⁸ Méricau, „Thailand’s Deep State“, 450: „Starting with the dissolution of the ruling party and subsequent change of government, which some have referred to as a «judicial coup», its landmark decision was the July 2012 Constitutional Court decision (Order 29/2555, July 4, 2012) to forbid constitutional revision.“

¹⁷⁹ Siehe: Simon Butt, Melissa Crouch und Rosalind Dixon, „The First Decade of Indonesia’s Constitutional Court“, *Australian Journal of Asian Law* 16, no 2 (2016), 1–7.

¹⁸⁰ Nach den Informationen gehört die Mehrheit der indonesischen muslimischen Gemeinschaften der Sufi-Linie an, der im Vergleich zu mehreren inneren islamischen Linien einen stärkeren Fokus auf das innere spirituelle Leben hat, im Gegensatz zum Beispiel die Wahabiten, ganz zu schweigen von der blutigen Aggressivität der salafistischen Tendenzen. Dadurch wird auch der Frieden hier zwischen Muslimen und Christen verständlich sein.

¹⁸¹ Butt, Crouch und Dixon, „The First Decade of Indonesia’s Constitutional Court“, 2.

nationaler Ebene überprüft.¹⁸² Die Folge davon ist, dass diese Regelung dazu neigt, die Machtverteilung des politischen Systems durch das Verfassungsgericht etwas zu korrigieren, und dass es weniger Raum für die Beeinflussung der inneren Ordnung des Rechts gibt, wie dies in Europa und Nordamerika der Fall ist. Neben der Kontrolle der Gesetzgebung spielen die Verfassungsrichter auch eine Rolle bei der Beilegung öffentlicher Streitigkeiten zwischen zentralen Regierungsstellen. Bisher hatte dies jedoch nicht die dramatische Wirkung, die wir in Thailand gesehen haben, und es gibt keine Informationen über ihre diesbezügliche Entscheidungen. Die neun Verfassungsrichter werden vom Präsidenten, vom Parlament und vom Obersten Gerichtshof zu gleichen Teilen für fünf Jahre ernannt und gewählt. Sie können eineinhalb Jahre lang verlängert werden.

Die Vorschläge zur Normkontrolle sind für Einzelpersonen und Körperschaften möglich, und dies hat in den letzten Jahren viel NRO-Aktivität hervorgebracht, aber die umfassende Studie, die ich verwendet habe, zeigte nicht, dass Tochtergesellschaften von in Amerika ansässigen globalen NROs in diesem Bereich hier tätig sind. In jedem Fall geben die Verfassungsrichter laut Statistik den von NRO eingereichten Anträgen Vorrang, und ihre Argumente tauchen häufig in der verfassungsgerichtlichen Argumentation auf. Als Hinweis auf das spezifische Gewicht ihrer jeweiligen Entscheidungen kann man ihre Entscheidung erwähnen, die die Privatisierung indonesischer Elektrizitätswerke für verfassungswidrig erklärt, oder eine andere, von der der Verbot der Tätigkeit der Kommunistischen Partei als verfassungswidrig erklärt wurde. Die demokratischen politischen Kämpfe bei den Wahlen wurden mit der verfassungsgerichtlichen Entscheidung auch tiefberührt, als von der der geschlossene Charakter von Parteilisten als verfassungswidrig erklärt und offene Parteilisten erzwungen wurden. Seit den ersten Jahren der Einreichung hat die Anzahl der Fälle und inhaltlichen Entscheidungen zugenommen, so

¹⁸² Siehe: Dominic J Jardi, „Demand-Side Constitutionalism: How Indonesian NGOs Set the Constitutional Court’s Agenda and Inform the Justices“, *Centre for Indonesian Law, Islam and Society, University of Melbourne Policy Paper* 15 (2018), 33.

dass nach Beginn ihrer Tätigkeit die Stabilisierung der indonesischen Verfassungsgerichtsbarkeit festgestellt werden kann.

2. Verfassungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika

Zunächst analysiere ich hier die allgemeine Aspekte der Verfassungsgerichtsbarkeit, da es in diesem Bereich viel zusammenfassendes Material gibt. Danach werde ich auf die Besonderheiten einzelner Länder eingehen.

Als allgemeiner Charakterzug kann festgestellt werden, dass die lateinamerikanischen Länder lange und detaillierte Verfassungen haben, die oft leicht zu ändern oder vollständig zu ersetzen sind, so dass allein in den dreißig Jahren von 1978 bis 2008 in der gesamten Region 350 Verfassungsänderungen vorgenommen wurden.¹⁸³ Besonders in den Andenländern – Ecuador, Peru, Bolivien, Venezuela – ist es typisch, statt Änderung völlig neue Verfassung zu schaffen. Und dies ist nicht nur die innere Angelegenheit der Juristenelite über die Massen, wie es in den meisten Teilen der Welt und in Europa der Fall ist, sondern wird durch Referenden mit einer großen Mehrheit der Massen unterstützt, weil darin meistens ein umfassender sozialer Wandel versprochen wird.¹⁸⁴ Auf dieser Grundlage kann gesagt

¹⁸³ María Gracia Naranjo Ponce, „Constitutional Changes in the Andes“, *Univ. Estud. Bogotá (Colombia)* Nr. 13 (2016), 141. Die Verfassungsänderungen sind in Mexiko und Brasilien seit 1990 besonders verbreitet und wurden zwischen 1990 und 2009 durchschnittlich viermal im Jahr in Mexiko und dreimal in Brasilien durchgeführt. Aber auch in Kolumbien und Costa Rica ist diese Zahl zwei, und die jährliche Verfassungsänderung ist in Chile, Honduras, Guatemala und El Salvador zu sehen. [Siehe: Detlef Nolte und Almut Schilling-Vacaflor, „Introduction: The Times They are a Changin’: Constitutional Transformations in Latin America since the 1990s Detlef Nolte und Almut Schilling-Vacaflor (Hrsg.): *New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices* (New York: Ashgate, 2012), 7.]

¹⁸⁴ In Ecuador beispielsweise gewann Rafael Correa in den Jahren nach der Jahrtausendwende seine Präsidentschaftskampagne mit dem Versprechen einer neuen Verfassung um 82%, und die neue Verfassung erhielt 63,93% der Bevölkerung in einem Bestätigungsreferendum. In Bolivien betrug der Stimmenanteil für die in den letzten Jahren ausgearbeitete neue Verfassung 61,43% (siehe Naranjo Ponce, „Constitutional Changes“, 149). Es ist richtig, dass bei der Bewertung einer hohen Referendumsunterstützung Vorsicht geboten ist, da die Kontrolle des staatlichen Monopols über den gesamten Prozess und die Beteiligungsquote

werden, dass die Verfügung über die Verfassung in dieser Region durch die demokratischen Kräfte nicht von der gewöhnlichen Gesetzgebung getrennt wird. Der politische Kampf um demokratische Gesetzgebung wird daher nur auf solche Weise von der Verfassungsgerichtsbarkeit dupliziert, dass beide von derselben politischen Kräften bestimmt werden, und in der Regel gibt es keine separate Juristokratie über die Demokratie. Aufgrund der enormen Spannungen und Ungleichheiten (zum Beispiel der von der Gesellschaft weitgehend ausgeschlossenen indigenen ethnischen Gruppen) in diesen Gesellschaften tragen diese leicht veränderbaren Verfassungen jedoch zur Instabilität ihres täglichen Funktionierens bei, was den Aufbau effektiver Strukturen verringert. Sie sind jedoch in unterschiedlichem Maße in den verschiedenen lateinamerikanischen Ländern geprägt.¹⁸⁵

Roberto Gargarella weist in seiner allgemeinen Beschreibung des lateinamerikanischen Konstitutionalismus darauf hin, dass die traditionellen linken intellektuellen Gruppen jenseits der Liberalen generell skeptisch sind, die sozialen Probleme, die in der Region von größter Bedeutung sind, durch Recht und Verfassungsgerichtsbarkeit lösen zu können, während die andere Seite zu optimistisch ist.¹⁸⁶ *Gargarella* sieht den wirklichen Zusatz des Konstitutionalismus in dieser Region darin, dass er sich hier im Gegensatz zu den anderen Regionen der Welt mehr auf wirtschaftliche

im Verhältnis zur Gesamtbevölkerung in der Regel ungewiss ist, was Zweifel am gesamten Prozess und an der Legitimität der daraus resultierenden Verfassung aufkommen lässt. Wie von Joel Colón-Ríos diese bewertet wurde: „validation of constitutions of «dubious» legal origins through the theory of constituent power.“ [Joel I Colón-Ríos, „Constitutionalism and Democracy in Latin America“, *Victoria University of Wellington Legal Research Paper* Nr. 118/2017 (2017), 155.]

¹⁸⁵ In seiner Studie von 2015 analysierte Roberto Gargarella die lateinamerikanische Verfassungen, die an dem Vorbild der Vereinigten Staaten ab 1820 begannen, und vier Teile der Entwicklung wurden dargestellt. Neben dem Hauptziel des Strebens nach Unabhängigkeit wird die erste als Periode der experimentellen Konstitutionalität bezeichnet, die zweite Phase zwischen 1850 und 1917 ist die Periode der Konstitutionalität, in der die Grundstruktur bereits unabhängiger Staaten festgelegt ist, und die dritte Phase ist die soziale Phase zwischen 1917 und 1980. Die jetzige letzte Phase wird von Gargarella als die menschenrechtliche Periode genannt. [Roberto Gargarella, *Too Much „Old“ in the „New“ Latin America Constitutionalism* (2015), 2–10.]

¹⁸⁶ Gargarella, *Too Much „Old“*, 2.

und soziale Rechte konzentriert und durch die Nutzung konstitutioneller Grundrechte die Reduzierung der sozialen Ausgrenzung der indigenen Völker anstrebt. Die Konstitutionalisierung geschah hier in vier Phasen, und es ist ein Merkmal der letzten Phase, die 1980 begann, dass die Verfassungsgrundrechte, die früher nur formal existierten, im Zentrum des Konstitutionalismus gestellt und zusätzliche Grundrechte für indigene Völker erweitert wurden.¹⁸⁷ Die wünschenswerte Staatsstruktur und die Hierarchie der Grundrechte werden jedoch von der liberalen (heute schon linksliberale) Elite und der rechtskonservativen Elite grundlegend unterschiedlich gesehen. In den letzten Jahren bestand unter ihnen Konsens nur darüber, den Einfluss der Millionen der Masse innerhalb des Staates zu verringern und damit die politischen Freiheiten einzuschränken. Während konservative Kräfte dies durch die Stärkung der zentralisierten Exekutivgewalt erreichen wollten, bevorzugten die Liberalen die Gerichte. Und während die ersteren im Bereich der Grundrechte die Rolle der religiösen Organisation, einschließlich der katholischen Kirche, stärkten, haben die linksliberalen Kräfte das Eigentum und Unternehmensfreiheit bevorzugt.

Joel Colón-Ríos hat in einem neuen Artikel von 2017 eine interessante neue Erscheinung im Bereich der Verwendung des Konstitutionalismus in Ländergruppen im Norden der lateinamerikanischen Welt (Ecuador, Venezuela, Bolivien und Peru) hervorgehoben. Durch die Kombination zweier ansonsten getrennter Theorien wurde hier eine interessante Wendung in der Verbindung zwischen Demokratie und Konstitutionalismus zur Verdrehung politischer Kämpfe hinzugefügt. Eine wurde der indischen Verfassungsgerichtsbarkeit entnommen, die neben einfachen Gesetzen auch die Kontrolle von Verfassungsänderungen in die Verfassungsgerichtsbarkeit einbezog, was andererseits impliziert, dass die Verfassungsänderung durch die Verfassungsrichter bereits vor einer qualifizierten Mehrheit im Parlament implizit begrenzt ist. Dies war jedoch verbunden mit einem weiteren theoretischen Beitrag zur verfassungsgebenden Macht, von dem die Rolle

¹⁸⁷ Gargarella, *Too Much „Old“*, 8.

einer vom Parlament getrennten Verfassungsversammlung hervorgehoben wird, und was zuerst von *Sieyes* in der Französischen Revolution entwickelt und später von *Carl Schmitt* in der Verfassungstheorie übernommen wurde. Zusammengefasst bietet diese kombinierte Theorie auch eine neue Möglichkeit für Regierungskräfte mit einfacher parlamentarischer Mehrheit. Das Wesentliche dabei ist, dass die geltende Verfassung zwar vorsieht, dass nur eine qualifizierte Mehrheit des Parlaments Verfassungsänderungen und neue Verfassungen vornehmen kann, diese These deklariert jedoch aufgrund der Theorie der „ursprünglichen Verfassungsmacht“ einer separaten Verfassungsversammlung die Möglichkeit, das gesamte Verfassungssystem außer Kraft setzen zu können. Auf diese Weise kann eine neue Regierung, die durch eine einfache parlamentarische Mehrheit die Kontrolle der Staatsmacht erlangt hat, setzt eine Verfassungsversammlung von Menschen und Juristen ein, die größtenteils ihre Vertrauten sind, und bestätigt ihre Verfassung durch ein Referendum, das nach ihren eigenen Regeln durchgeführt wird. Die Kontrolle des Referendumsverfahrens und die Kontrolle der Wahlbeteiligung sowie die Festlegung der Verteilung der Stimmen liegen in den Händen der Regierungskräfte, so dass ihnen ein günstiges Ergebnis garantiert wird. Nach diesem Verfahren können alle früheren Inhaber von Positionen des öffentlichen Rechts gemäß der neuen Verfassung entfernt werden, trotz der Tatsache, dass sie nach der alten Verfassung mit qualifizierter Mehrheit ernannt wurden und nur auf diese Weise ersetzt werden konnten. Alles in allem würde ein solcher Konstitutionalismus, der originell über die einfache parlamentarische Mehrheit und Gesetzgebung geplant wurde, nicht einmal eine politische Regierungsmacht mit minimaler Mehrheit in ihrem Handlungsspielraum behindern, die ganze Gesellschaft und das politische System umgestalten zu können.¹⁸⁸ Natürlich machen Verstöße, Verzerrungen und Manipulation

¹⁸⁸ Colón-Ríos weist auch auf die Umkehrung des Fokuswechsels zwischen Demokratie und Konstitutionalismus zugunsten des letzteren hin: „Nevertheless, the theory has been playing a central role in the rebalancing constitutionalism and democracy that has taken place during the last decades in several countries in the region.“ (Colón-Ríos, „Constitutionalism and Democracy“, 155.)

in der Zwischenzeit das Ganze zweifelhaft, aber wenn das zu ersetzende öffentlich-rechtliche System wenig regionale oder internationale Unterstützung hat (das heißt, man kann es kaum erwarten, ersetzt zu werden), werden diese rechtlichen Anomalien vergeben. Letztere entwickelten sich für diese lateinamerikanischen Länder so, dass von diesen Ländern in Konfrontation mit derselben US-zentrierten Weltmacht dieser instrumentalisierte Konstitutionalismus bewahrt werden konnte, indem sie sich gegenseitig unterstützten und die Unterstützung von den Supermächten, die gegen die Vereinigten Staaten eingestellt sind, erhielten. In der Zwischenzeit wurden sie mit dem in den USA ansässigen lateinamerikanischen Menschenrechtsgericht konfrontiert, und Venezuela war wegen ständiger Kollisionen bereits aus diesem Menschenrechtsabkommen herausgetreten.

Aber diese „spezielle“ Lösung des Konstitutionalismus, die an ihrem ursprünglichen Platz gegen die globale Juristokratie funktioniert, könnte für andere Zwecke verwendet werden, so wie es in Ungarn in den letzten Jahren gesehen wurde, um diese Lösung zu übernehmen.¹⁸⁹ Es ist nicht bekannt, durch welche Vermittlung die ähnliche Bestrebungen, die in Fußnote dargestellt wurde, zu Ungarn gekommen sind, aber es

¹⁸⁹ Die Opposition gegen die ungarische Regierungsmehrheit, welche Mehrheit seit 2010 allmählich mit den globalen NRO-Netzwerken und der EU-Juristokratie in eine scharfe Fehde geriet, machte vor den Parlamentswahlen 2014 öffentlich, dass, wenn die linksliberalen Parteien mit einfacher Mehrheit an die Regierungsmacht kommen könnten, würde die ganze öffentlichrechtliche Grundlage der existierenden neuen Verfassung beiseite geschoben, weil sie es aufgrund der Theorie der „ursprünglichen verfassungsmäßigen Macht“ der Bürger durch ein Referendum annullieren könnten. Nach dieser Idee könnte das gesamte ab 2010 eingerichtete System des öffentlichen Rechts aufgehoben werden, obwohl es von der Verfassung nicht möglich gemacht wird, steht aber die „ursprünglichen verfassungsmäßigen Macht“ der Bürger darüber. Im Besitz der einfachen Regierungsmacht würde eine Verfassungsversammlung aus Vertrauensleute und Juristen zusammengesetzt und die von ihnen ausgearbeiteten neue Verfassung könnte dann in einem kontrollierten Referendum nach den von ihr geschaffenen Regeln bestätigt werden. Das bisherige System von Staatsanwaltschaft und Verfassungsgericht usw. würde sofort ersetzt, und auf diese Weise, obwohl diese neue einfache Regierungsmehrheit keine verfassungsgebende Macht hätte, könnte sie diesen Umsturz verwirklichen. *Mátyás Eörsi*, der ehemalige Staatssekretär der linksliberalen Partei SZDSZ und heutige Oppositionspolitiker, skizzierte dies damals in einem abendlichen TV-Programm und in einer Wochenzeitung. (Eörsi Mátyás, „2014“, *Magyar Narancs*, 28 April 2011.)

ist eine Tatsache, dass die Verwendung dieser Theorie in der Debatte über Demokratie und Juristokratie im Gegensatz zu Lateinamerika nicht die Demokratie, sondern die globale Juristokratie helfen würde, was von der parlamentarischen Mehrheit in Ungarn seit Jahren zurückgedrängt werden wollte.

Die Besonderheiten der lateinamerikanischen Juristokratie und des Konstitutionalismus im Gegensatz zu denen der übrigen Welt lassen sich in einer Studie von *Jorge Esquirol* aus dem Jahr 2018 besonders gut zusammenfassen, da sie dies in Konfrontation mit den USA und den Forderungen der globalen konstitutionellen Oligarchie zeigt.¹⁹⁰ Er betont, dass globale Konstitutionalisten in der Tat Recht haben, dass Verfassungsänderungen in lateinamerikanischen Ländern zu einfach sind und dass die Verfassungsgerichtsbarkeit daher weiterhin mit dem politischen Kampf für Demokratie verflochten ist, betont jedoch die demokratischen Vorteile, die dies im Gegensatz zu Kritikern bietet.¹⁹¹ Er akzeptiert auch, dass dies der Grund ist, warum die Intensivierung des lateinamerikanischen Konstitutionalismus nicht zu einer Machtverschiebung geführt hat, wie dies die Vereinigten Staaten seit den 1960er Jahren getan haben, aber er argumentiert, dass genau aus diesem Grund die Art von Politisierung der Richterschaft, die vor der Öffentlichkeit in den USA verborgen ist, konnte hier nicht gesehen werden. Und Esquirol rechtfertigt die Abkehr vom globalen Konstitutionalismus durch die Tatsache, dass sich diese globale Version tatsächlich unter dem Deckmantel der globalen Dominanz der USA und anderer Großmächte entwickelt hat, was zur Lösung von

¹⁹⁰ Jorge L Esquirol, „The Geopolitics of Constitutionalism in Latin America“, in Colin Crawford und Daniel Bonilla Maldonado (Hrsg.): *Constitutionalism in the Americas* (New York: Edward Elgar, 2018), 79–108.

¹⁹¹ Esquirol argumentiert gegen einen Autor, von dem die Verfassungsbedingungen in Lateinamerika kritisiert wird, wie folgt: „In fact, the observed malleability of Latin American constitutions and their commonplace role within ordinary politics, seems to suggest the opposite of a lack of social mooring. (...) greater social mooring in contexts of deep political conflict may lead to greater politicization of the constitution and to more routine constitutional volatility.“ (Esquirol, „The Geopolitics of Constitutionalism“, 98.)

Problemen dort gut sein kann, aber nicht auf spezielle soziale Anliegen Lateinamerikas übertragbar ist.¹⁹²

Diese Merkmale dominieren jedoch nicht die gesamte lateinamerikanische Region, sondern hauptsächlich die Andenländer – Ecuador, Bolivien, Venezuela –, aber in die wichtigsten Länder hier, Brasilien und Mittelamerika, wurde eher das Modell der globalen Juristokratie verwirklicht.¹⁹³ Das ist jedoch nur die lateinamerikanische Übernahme des im euroatlantischen Raum bekannten juristokratischen Modells, die es nur färbt, aber keinen neuen Typ geschaffen hat.

Insgesamt zeigen unsere bisherigen Untersuchungen, dass es sich lohnt, das sich in den letzten Jahrzehnten in der Welt verbreitende Modell der Juristokratie innerlich zu unterscheiden. Zu Hause in den Vereinigten Staaten, wo es in den frühen 1960er Jahren an Boden gewann, wurde es in Kämpfen zwischen rivalisierenden politischen Kräften und den mächtigen sozialen Gruppen dahinter eingesetzt, bei denen die Strategie bankkapitalistischer Gruppen, die industriell-produktiven kapitalistischen Gruppen gegenüberstehen, darin bestand, starke Verfassungsgerichtsbarkeit zu schaffen und ein breites Netzwerk von NROs für Grundrechtsprozessen vor die Gerichte aufzubauen. Dieses zweite politische System wurde durch eine tiefere Beteiligung an der Justiz weiterentwickelt, und aufgrund ihrer

¹⁹² Esquirol, „The Geopolitics of Constitutionalism“, 104–105: „The discussion above brings us back to the basic question of the desirability of global constitutional law in the first place. To the extent that this means a worldwide epistemic community engaged in common questions of constitutional reasoning, accepted doctrines, theoretical references, and general world view, the answer is not clear. Certainly, basic humanist propositions of intellectual sharing, dialogic intercourse across borders, the benefits of advances developed elsewhere, and other such points are of general value. However, in the arena of national legal systems, not all are equal in the global sphere. There is a recognizable geopolitics of state.“

¹⁹³ Alberto Coddou McManus, „Addressing Poverty through a Transformative Approach to Anti-Discrimination Law in Latin America“, in Pedro Fortes, Larissa Boratti, Andrés Palacios Lleras und Tom Gerald Daly, *Law and Policy in Latin America: Transforming Courts, Institutions, and Rights* (London: Palgrave Macmillan, 2017), 231: „In Latin-America, the Colombian Constitutional Court has been seen as the model agent for social change. For its part, the Supreme Court of Brazil, the Supreme Court of Nation in Mexico, the Constitutional Chamber of Costa Rica, or the Argentinian Supreme Court are sometimes seen as the main followers of this new practice of progressive neo-constitutional adjudication.“

bereits bestehenden Medienmacht war die Schaffung einer „tiefen staats-ähnlichen“ Formation geleistet, in dem die vielfältigsten Geheimdienste usw. hineingezogen wurden. Infolgedessen hatte der Zyklus der Veränderungen in der Präsidentialmacht keinen Einfluss auf ihr Gewicht, obwohl seine Hauptbasis von linksliberalen Gruppen von der Demokratischen Partei gegeben wurde und wird. Diese linksliberale amerikanische Gruppe begann nach den osteuropäischen politischen Veränderungen in den 90er Jahren, das juristokratische Modell ihrer Stiftungen zu verbreiten. Zuerst wurden ihre NRO-Netzwerke in jeden osteuropäischen Ländern als Tochtergesellschaften ihrer US-amerikanischen NRO-Netzwerke zustande gebracht und wurde eine kontinuierliche Koordinierung und zentrale Kontrolle über diese aufgebaut. Im Fall der osteuropäischen Länder, die der EU beigetreten sind, wird dieses System mit ihrem anderen System von linksliberalen NROs verbunden, die sich einerseits auf Brüsseler Ebene tätigen, und andererseits um den Menschenrechtsgerichtshof in Straßburg organisiert werden. Dies ist also ein weiteres Modell der Juristokratie, das in den osteuropäischen Ländern auf von außen auferlegten NRO-Netzwerken basiert wird und im Wettbewerb mit demokratischen Kräften, die auf internen Machtquellen basieren, die politische Willensbildung parallel bestimmt. Dieses exportierte Modell der Juristokratie ist in ganzer Osteuropa präsent und es bekommt starke Unterstützung von den europäischen und amerikanischen linksliberalen Mainstream-Medien. Außerdem konnten diese globale NRO-Netzwerken, meistens mit Sitz in Amerika, in den letzten Jahren in die zentralen Leitungsgremien auf EU-Ebene infiltrieren. Es gibt auch eine extern exportierte Juristokratie in Lateinamerika, die das ursprüngliche Modell der US-amerikanischen Deep State-Juristokratie verwendet, aber dies wird in einigen Ländern auch verwendet, um alternative Macht über die Macht der in den Wahlen erfolgreichen gegenüberstehenden Gruppen aufzubauen, und auf diese Weise kann von dieser Juristokratie manchmal die Ergebnisse der Wahldemokratie modifiziert werden. Somit ist die lateinamerikanische Juristokratie ein Machtinstrument, das teilweise

extern exportiert und aufrechterhalten wird, aber teilweise auch intern gegen gegnerische Wahlsiege benutzt wird.¹⁹⁴

Im Gegensatz dazu hat die Juristokratie der ostasiatischen Ländern – in Indien ab Anfang der 70er Jahre – keine Ähnlichkeit mit der Juristokratie von Osteuropa, sondern eher mit dem Muster von tiefem Staat der USA. Das heißt, neben dem institutionellen System der etablierten Demokratie wurde diese Machtstrategie von mächtigen Machtgruppen mit großen internen Ressourcen in den einzelnen ostasiatischen Ländern übernommen, denen jedoch eine Massenbasis bei den Wahlen fehlte. Dies hat sich in den thailändischen Entwicklungen der letzten Jahre am deutlichsten gezeigt, bei anderen ostasiatischen Juristokratien jedoch nicht so spektakulär. Mit anderen Worten, während die osteuropäische Juristokratie als ein Modell beschrieben werden kann, das durch den Export der globalen linksliberalen amerikanischen NRO-Netzwerke aufgebaut und aufrechterhalten wird, kann das politische System einiger ostasiatischen Länder als ein innerlich verdoppeltes System dargestellt werden, in dem neben der Demokratie auch die Juristokratie auf ihrer eigenen internen Machtbasis organisiert wird.

Letztendlich unterscheidet sich das lateinamerikanische Andenmodell der Juristokratie von beiden und kann als die Verdoppelung der demokratischen Willensbildung neben der demokratischen Gesetzgebung aufgefasst werden, die in gewisser Weise auch als demokratische Juristokratie bezeichnet werden kann. Natürlich kann der Begriff „demokratisch“ hier nicht nur als positiv ausgelegt werden, da auf diese Weise die demokratischen Kämpfe und Kräfte tiefer sozialer Spannungen, die ständig neue und neue Verfassungen hervorbringen, auch die Grundlagen der Gesellschaften unsicher machen. In jedem Fall kann aufgrund der Untersuchung

¹⁹⁴ Nach dieser Typologie stellt die von Ran Hirschl ursprünglich hervorgehobene juristische Verschiebung der vier Staaten (Kanada, Israel, Südafrika und Neuseeland) einen konkreten Fall der intern verwurzelten Juristokratie dar, wo die höchste Staatsmacht von der bisherigen Regierungspartei an das Verfassungsgericht/Oberste Gericht delegiert wird, wenn ihre lange stabile parlamentarische Herrschaft durch die aufkommenden neuen Wahlgruppen erschüttert wurde und andererseits starke Positionen in der Justiz hat und somit in der Lage ist, die Hauptrichtungen der Staatspolitik trotz ihrer Wahlniederlage zu bestimmen.

der hiesigen verfassungsrechtlichen Systeme festgestellt werden, dass der konstitutionelle Staat hier nicht in eine duale Staatsstruktur umgewandelt werden konnte, in der sich eine höhere Staatsmacht der Juristokratie über der demokratischen Willensbildung gebildet hätte. Im Gegensatz dazu gehören andere lateinamerikanischen Staaten – insbesondere Kolumbien und Brasilien – zu diesem dual strukturierten Staatsmodell.

Bevor ich mich der Analyse der juristokratischen Mechanismen einzelner lateinamerikanischen Staaten zuwende, erscheint es sinnvoll, den Kontext der Menschenrechtsgerichtsbarkeit auf dem gesamten Kontinent zu betrachten, der als das Äquivalent des EGMR in Straßburg angesehen wird. Nur 25 der 35 Unterzeichnerstaaten haben sich dem durch die US-Menschenrechtskonvention von 1969 eingerichteten Menschenrechtsgericht unterworfen, und die beiden größten, die USA und Kanada, haben die Konvention unterzeichnet, aber nicht ratifiziert. Abgesehen von ihnen wurde diese Konvention von den kleinen karibischen Inselstaaten mit einer früheren englischen Kolonialgeschichte als katholische lateinamerikanische Angelegenheit eingestuft und sie blieben Außenseiter. Die Konvention trat 1978 mit dem elften ratifizierenden Staat in Kraft, und die sieben Richter am Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte (IACHR) in San Jose, Costa Rica, trafen Anfang der 1980er Jahre ihre ersten Entscheidungen. Im Gegensatz zum europäischen Modell gibt es hier die Interamerikanische Menschenrechtskommission, die in diesem System vor dem IACHR-Verfahren beigelegt ist, und als vorläufiges Streitbeilegungsforum bezeichnet werden kann, wodurch das Verfahren eingeleitet wird. Nur wenn die Kommission nicht in der Lage ist, dem wegen Menschenrechtsverletzung beschuldigten Staat zuzustimmen, um Wiedergutmachung zu leisten und sein Rechtssystem neu zu organisieren, wird dieses Gremium ein Gerichtsverfahren einleiten. Die Kommission hat ihren Hauptsitz in Washington und ihr gesamter Betrieb wird von den USA beeinflusst.¹⁹⁵ Vor

¹⁹⁵ Obwohl die Vereinigten Staaten das Übereinkommen selbst nicht ratifiziert und sich somit nicht der Zuständigkeit der IACHR unterworfen haben, wurde der Wortlaut des Übereinkommens dahingehend ausgestaltet, dass jeder Bürger der Organisation Amerikanischer

der IACHR können sich nur Staaten außerhalb der Kommission gegenseitig beschweren, im Gegensatz zum EGMR, aber indirekt können Einzelpersonen über die Kommission auch Menschenrechtsverfahren über die IACHR einleiten. Für NROs, die eigentlich überall die treibende Kraft hinter solchen Verfahren sind, ist dies nur eine kleine Umgehung.

Ein weiterer Unterschied zum EGMR besteht darin, dass die Richter hier neben der Entscheidungsarbeit über die Anträgen für Menschenrechtsverletzungen auch eine beratende Funktion haben, was in der Praxis bedeutet, dass Gesetze oder sogar Verfassungsänderungen in den Mitgliedstaaten aufgrund der Konvention oder des Fallrechts der IACHR überprüft werden. Letzteres stellt somit ein umfassendes südamerikanisches Verfassungsgericht dar und verdoppelt die ansonsten weitreichende staatliche Verfassungsgerichtsbarkeit, die hier fast überall besteht. Die Richter der IACHR daneben, von denen die aktivste Auslegung dieser Beratungsbefugnis geübt wird, haben in den letzten Jahren versucht, das gesamte interne Rechtssystem der Staaten zu kontrollieren. Im Fall des EGMR, des Modellgebers, gab es Versuche, dies zu tun, jedoch nur unter Einsatz der Venedig-Kommission, aber sie haben nicht einmal versucht, die verfassungsmäßige Ordnung der europäischen Staaten zu bestimmen. Bis Anfang 2010 hatten die IACHR-Richter insgesamt 120 Urteile und zwanzig beratende Entscheidungen getroffen, aber in den letzten Jahren hat die Anzahl der Urteile zugenommen.

Mehrere Mitgliedstaaten erhoben Einwände seit der Jahrtausendwende gegen IAHCN, die von einem internationalen Menschenrechtsgericht zum Verfassungsgericht umgewandelt wurde, und diese Art der Entscheidungstätigkeit als unbefugte Einmischung in ihre staatliche Souveränität abgelehnt. Im Wesentlichen wird es als Instrument der Vereinigten Staaten angesehen, die, obwohl sie vom Übereinkommen ausgeblieben haben,

Staaten Richter sein kann, auch wenn sein Staat das Übereinkommen nicht unterzeichnet hat. Auf diese Weise konnten die USA von Anfang in 1979 bis 1991 einen der maßgeblichen Richter, Buergenthal, unter die Richter bringen, der sogar vier Jahre lang Präsident der IACHR war (siehe Hennebel 2011: 59).

versuchen, die interne Politik und das Rechtssystem der südamerikanischen Staaten durch ihr globales Machtkonzept zu gestalten. Venezuela hat sich 2013 aus dem Übereinkommen zurückgezogen, und mehrere Länder haben in den letzten Jahren das Rücktrittsverfahren eingeleitet.

Im Folgenden werde ich zunächst auf den Fall von Kolumbien und Brasilien eingehen, der an der Spitze der juristokratische Wende steht, und dann auf die Situation in Chile und Argentinien, die mehr oder weniger dagegen ist. Zwischen ihnen werde ich aber die mexikanische Verfassungsgerichtsbarkeit untersuchen, weil von der mexikanischen Verfassung auf der Papier eine starke Juristokratie gezeigt wird, aber die tatsächliche Praxis der mexikanischen Obersten Richter dies nicht in die Richtung einer aktivistischen Juristokratie getrieben hat. Ich möchte auch darauf hinweisen, dass Venezuela, Ecuador und Peru ursprünglich in dieser juristokratischen Gruppe enthalten waren, aber wie oben gesehen, haben sie dieses System nach Wende von Präsident Hugo Chávez verlassen. In Ermangelung geeigneter Materialien kann ich sie jedoch nicht im Detail analysieren, und die chaotischen Bedingungen in Venezuela in der Nähe des Bürgerkriegs macht es nicht sinnvoll, sie jetzt auf verfassungsrechtlicher Ebene zu untersuchen.

Zum Abschluss der allgemeinen Darstellung ist die allgemeine Charakterisierung von *Francisca Pou Giménez*, einem Forscher in der Region, über den lateinamerikanischen Neokonstitutionalismus im Gegensatz zu einem demokratischen Gesetzgebungsstaat hervorzuheben, da er zeigt, was für eine spirituelle Atmosphäre in Bezug auf die neutrale Bewertung des Konstitutionalismus hier existiert. Giménez beschreibt fast entsetzlich die Merkmale eines „gesetzgebenden Staates“, wo Richter, die dem Gesetz unterliegen, gezwungen sind, eine begrenzte Entscheidung zu treffen und sie nicht von Grundsätzen, sondern Regeln regiert werden, während in der endlich angekommenen neokonstitutionalistischen Staat die Richter direkt unter der Verfassung stehen, und sie können ihr Entscheidungen direkt aufgrund der Verfassung treffen: „For long, variably (dis)empowered Latin American judges would carry out their job as described under the «legislative state» paradigm: they would put rules – not principles – at the center of law, they would

assume disputes were to be resolved by applying statutes – not the constitution – and they would assume a relatively detached relationship between the constitution and the wider legal system. Years later, both legal theorists and sociologists signal Latin America as a champion of legal «interpretivism», or of «neoconstitutionalism», understood a version of the «constitutional state» paradigm. Under this paradigm, law is made of principles, values and rules, the constitution directly applicable and paramount in judicial adjudication, as basic constitutional rights and principles invade and daily orient the wider legal system.¹⁹⁶ Ein solch scharfer Kontrast zwischen einem demokratischen Legislativstaat und einem juristokratischen Staat würde wahrscheinlich von vielen europäischen Theoretikern und NRO-Befürwortern favorisiert, würde aber seine öffentliche Ankündigung taktisch abgelehnt.

2.1. Die Verfassungsgerichtsbarkeit der Superjuristokratie

2.1.1. Kolumbianisches Verfassungsgericht

Angesichts der Entwicklungen auf drei Kontinenten – Osteuropa, Ostasien und Lateinamerika – kann im Falle von drei Staaten Lateinamerikas (Kolumbien, Mexiko und Brasilien), eine kontinuierliche starke Rolle der Juristokratie über die Demokratie in den letzten Jahrzehnten beobachtet werden. Die ständige juristokratische Kontrolle des politischen Alltags, die hier verwirklicht wurde, ist in Europa nicht zu sehen. Aber auch in Ostasien, obwohl hier durch die Juristokratie von den dahinter stehenden Machtgruppen die Regierung gestürzt werden kann, können die juristokratische Mechanismen jedoch keine Rolle in dem Alltagsleben spielen, möglicherweise mit Ausnahme der indischen Verfassungsgerichtsbarkeit. Unter diesen hat das kolumbianische Verfassungsgericht die größte Rolle

¹⁹⁶ Francisca Pou Giménez, „Supreme and Constitutional Courts: Directions in Constitutional Justice“, in Rachel Sieder, Karina Ansolabehere und Tatiana Alfonso (Hrsg.): *Routledge Handbook of Law and Society in Latin America* (London: Routledge, 2017), 12.

an der Macht erreicht. In einer Studie von *Daniel M. Brinks* und *Abby Blass* aus dem Jahr 2017 berichten die Autoren, dass dieses herausragende juristokratische Modell Lateinamerikas durch Milliarden externer Hilfe und anhaltende Anstrengungen geschaffen wurde und Kolumbien an vorderster Front stand.¹⁹⁷ In seinem Fall wird auch vermutet, dass die führenden Eliten des Landes, wie im Fall von Mexiko, für die panamerikanische Menschenrechtsjustiz empfänglich waren, und diese mit der inneren Verfassungsgerichtsbarkeit verstärkt wurde, weil die in den 1980er Jahren verschärften Kämpfe der Drogenbanden das Land und die Staatsmacht an den Rand eines Bürgerkriegs drängten und seine Organe waren gegen die größten Gräueltaten hilflos. Einerseits führte die Hoffnung auf den Rechtsmittel der Gerichte die Menschen spontan in diese Richtung, andererseits akzeptierten die führenden Politiker freiwillig die Kontrolle der Verfassungsgerichtsbarkeit und der Menschenrechtsjustiz, um den Rest ihres Ansehens im Ausland wiederzugewinnen.¹⁹⁸ Während dies in Mexiko oft formell war und unter der Oberfläche die Richterschaft tatsächlich stärker an das Gesetz gebunden war, wurde diese Konstitutionalisierung der Staatsmacht zusammen mit der Marginalisierung der Demokratie in Kolumbien in der Realität durchgeführt und Kolumbien wurde einer der Modelstaaten für den globalen Konstitutionalismus oder Neokonstitutionalismus.

In Kolumbien begann diese Superjuristokratie mit der Verfassung, die 1991 verabschiedet wurde, als der Kampf der Regierung der ehemaligen

¹⁹⁷ Daniel M Brinks und Abby Blass, *The DNA of Constitutional Justice in Latin America. Politics, Governance, and Judicial Design* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 296–297: „Over the last century, scholars have documented the expansion of judicial power and the consequent judicialization of politics. (...) No more region has been more active in this respect than Latin America, and billions of dollars in international aid flowed into the region in support of reforms to insulate and strengthen judges.“

¹⁹⁸ Unter Präsident Uribe für die fast erzwungene Ratifizierung von internationalen Menschenrechtskonvention siehe: „During the Uribe administration, the almost compulsive ratification of human rights treaties formed part of an executive strategy to project the image of a government that takes human rights seriously despite the presence of terrorists within the territory. It behooved the executive, and it was part of Colombia’s foreign policy, to demonstrate a strong adhesion to human rights.“ [Alexandra Huneus, „Constitutional Lawyers and the Inter-American Court’s Varied Authority“, *Law and Contemporary Problems* 79 (2016), 189.]

Elite, basierend auf dem Wechsel der herrschenden Elite, liberal gegen konservativ, gegen die aufstrebenden Drogenbanden der 1980er Jahre hoffnungslos wurde. Mit Hilfe von den USA versuchte die bisherige außerparlamentarische Opposition durch eine Verfassungsversammlung eine neue Staatsstruktur zu schaffen, um den früheren Staat zu ersetzen. Ein mächtiges Verfassungsgericht wurde geschaffen, aber wenn *César Gaviria*, einer der Führer des Verfassungsprozesses, später Staatsoberhaupt wurde, war er selbst und auch seine Regierung überrascht, wozu die Verfassungsrichter fähig waren. Die kolumbianischen Verfassungsrichter, die sich in den vorwiegend linksliberalen Doktrinen der intellektuellen Kreise der USA sozialisiert hatten, erklärten das Verbot der harten Drogen Mitte der neunziger Jahre für verfassungswidrig. Da Drogenkonsum nur ein Problem für Drogenkonsumenten ist – so argumentierten sie –, wäre es eine staatliche Vormundschaft, wenn der Staat sie von selbst schützen wollte, und das Recht für die freie Entwicklung der Persönlichkeit muss den freien Drogenkonsum einschließen: „If each individual is the owner of his or her own life, then that person is also free to care or not care for his or her health. If one wishes to do so, he or she may deteriorate to death. The free development of personality is the recognition of the person as an autonomous individual. The first consequence that derives from autonomy consists in that it is the person (and not a self-appointed surrogate) who should give a sense to his or her existence and harmony with his or her course.“¹⁹⁹ Das neunköpfige Verfassungsgericht traf diese Entscheidung mit fünf gegen vier, was zeigt, dass von diesem nahezu beispiellose Grad an Ultraliberalismus in der Welt nicht das gesamte Verfassungsgericht durchgedrungen wurde, aber im Rückblick auf die letzten fast dreißig Jahre dieses Ultraliberalismus in Kolumbien kann behauptet werden, dass die starke Kontrolle des Ultraliberalismus über den jeweiligen Präsident und seine Regierung, einschließlich der Zerstörung einer Vielzahl von Gesetzen, in Kolumbien seitdem fortgesetzt wurde.

¹⁹⁹ Luz Estella Nagle, „Evolution of the Colombian Judiciary and the Constitutional Court“, *Indiana International and Comparative Law Review* 6. Nr. 1 (1995), 84–85.

Dies wird auch durch die Tatsache ermöglicht, dass die Verfassung von 1991 das Recht, an Verfassungsrichter zu appellieren, um ihre enormen Befugnisse zu mobilisieren, am umfassendsten ermöglichte und dafür zwei Wege schuf. Einerseits kann sich jeder mit dem Antrag von *Acción de Tutela* an das ordentliche Gericht wenden, wenn er der Ansicht ist, dass sein Grundrecht durch eine Maßnahme der staatlichen Behörde verletzt wurde oder, dass er durch eine staatliche Unterlassung in der Verteidigung seines Rechts geschädigt wurde. Dies ist eine dringende Angelegenheit vor jeder anderen gerichtlichen Entscheidung, und im Falle eines Scheiterns kann der Petent die Angelegenheit unverzüglich an die Verfassungsrichter weiterleiten, von denen die endgültige Entscheidung getroffen wird. Die andere Form ist die *Acción Popular* – die in Ungarn bis 2012 auch als *populáris akció* bezeichnet wurde – und jeder kann sie ohne persönliche Interesse einreichen, wenn er der Meinung ist, dass ein neues Gesetz oder eine neue Verordnung im Widerspruch zur Verfassung steht. Und von diesen beiden Antragsformen wird für das Verfassungsgericht eine Supermacht gegeben, weil mit Tausenden von Anträgen pro Jahr die Kontrolle über das gesamte Rechtssystem und jede staatliche Maßnahme ermöglicht wurde.

Darüber hinaus wurde den kolumbianischen Verfassungsrichtern auch dadurch erlaubt, die Fülle staatlicher Macht sehr weit zu überwachen, indem sie die Doktrin des Verfassungsblocks von IACtHR benutzten, nach der die Verfassung jedes Landes immer gemeinsam mit den Rechten der Menschenrechtskonventionen und der Auslegung dieser Rechte durch die Menschenrechtsgerichte ausgelegt werden muss, und die Menschenrechtskonvention zusammen mit der Verfassung jedes Landes die vollkommene Verfassung in Lateinamerika bedeutet. Diese Doktrin wurde von kolumbianischen Verfassungsrichtern am meisten akzeptiert, und in all ihren Entscheidungen beziehen sie sich normalerweise nicht nur auf ihre eigene Verfassung, sondern auch auf Menschenrechtskonvention und Entscheidungen von IACtHR. Von diesen Entscheidungen werden nicht nur einfache Gesetze vernichtet, sondern kontrollieren sie auch die Verfassungsänderungen und damit die gesamte Staatsmacht.

2.1.2. Brasilianische Verfassungsgerichtsbarkeit

In Brasilien wurde 1988 mit Konsens der Eliten eine neue Verfassung geschaffen, obwohl die direkte Ursache der neuen Verfassung war, dass die zuvor oppositionelle Kräfte im Jahr 1985 an die Macht kamen. Die neue parlamentarische Mehrheit wollte die Staatsführung auf eine neue Grundlage stellen, und darin wollte eine starke Rolle für die Menschenrechte und den Konstitutionalismus geben, deren Schutz dem Obersten Gerichtshof nach dem Vorbild der Vereinigten Staaten anvertraut wurde.²⁰⁰ Dieser parteiübergreifende Konsens über Verfassungsfragen besteht seitdem, und dies erklärt, obwohl eine Verfassungsänderung eine Dreifünftelmehrheit im Parlament erfordert, in den letzten dreißig Jahren sie jedoch 99 Mal durchgeführt wurde. Eine Verfassungsänderung erfordert jedoch sogar die Zustimmung der Richter vom Obersten Gerichtshof, von denen dieses Kontrollrecht auf der Grundlage der Argumente der indischen obersten Richter erklärt wurde, ebenso wie die kolumbianischen Verfassungsrichter.²⁰¹ Die häufigen Verfassungsänderungen, die durchschnittlich viermal im Jahr stattgefunden haben, sind somit Teil alltäglicher politischer Kämpfe in Brasilien geworden, bei denen der Oberste Richter für konstitutionelle Fragen gleichberechtigt – und sogar als Aufseher – mit den parlamentarischen Abgeordnetengruppen zusammenarbeitet. Wie der Forscher *Francisca Giménez* betont, waren die Richter eine Zeit lang nach der Verabschiedung der Verfassung von 1988 politisch neutraler, wurden jedoch allmählich die politisch aktivster Richter, und ihre Nachfolger übten ihre Entscheidungsfindung bereits in diesem Stil aus.²⁰² Elf Mitglieder werden lebenslang

²⁰⁰ Francisca Pou Giménez, „Constitutionalism and Rights Protection in Mexico and Brazil: Comparative Remarks“, *Revista de Investigações Constitucionais* 5, Nr. 3 (2018), 233–255.

²⁰¹ Giménez, „Constitutionalism“, 39: „The Supremo Tribunal has asserted its power to review the constitutionality of constitutional amendments (even ex ante, before their formal passing), thus slowing down change and further securing institutional control of higher-level legal change.“

²⁰² Giménez, „Constitutionalism“, 40: „Right after the enactment of the Constitution, the Supremo Tribunal Federal exhibited a sort of professionalized, politically temperate outlook but over time it has asserted a strong degree of independence and has incredibly enlarged its

von den parlamentarischen Kräften gewählt, müssen jedoch im Alter von 65 Jahren in den Ruhestand treten. Diese langfristige Amtszeit ist besonders günstig für ihre Rolle als höchster Kontrolleur.

Die verfassungsgerichtliche Zuständigkeit des brasilianischen Obersten Gerichtshofs geht weit über den US-Muster hinaus, und basierend auf europäischen Mustern gibt es hier auch die Möglichkeit der abstrakte Kontrolle über diese Gesetze, die direkt gegen ein Gesetz eingereicht werden kann. Darüber hinaus kann man nicht nur in Bezug auf eine schon existierende Vorschrift eines Gesetzes wegen Verfassungswidrigkeit einen Antrag vorlegen, sondern auch wegen einer verfassungswidrigen Unterlassung dieses Gesetzes aufgrund eines Grundrechts oder eines Verfassungswerts.²⁰³ Aufgrund von diesen breiten Antragsmöglichkeiten erreichen jedes Jahr 70.000 Anträge die obersten Richter, von denen die meisten in einem verkürzten Verfahren behandelt werden können, aber auch die anderen inhaltlichen Entscheidungen können nur in zwei Kammern getroffen werden.²⁰⁴ Auf der Grundlage dieser große Masse von Anträgen können sie leicht ihre enorme Macht mobilisieren, um alle grundlegende Fragen von Staat und Politik zu entscheiden. Ein Beispiel für ihren „freien“ Entscheidungsstil, der von den Verfassungsbestimmungen buchstäblich abweicht, ist ihre Erlaubnis für die gleichgeschlechtliche Ehe, obwohl von der brasilianischen Verfassung die Ehe nur zwischen Frauen und Männern ausdrücklich erlaubt wurde.²⁰⁵

In der brasilianischen Verfassung von 1988 wurde daher die Rolle der Grundrechte bei der Steuerung der Gesellschaft zum Nachteil der

power and public presence. As scholars have repeatedly noted, it is difficult to think of a court having changed so radically in one or two decades.“

²⁰³ Giménez, „Constitutionalism“, 238.

²⁰⁴ Giménez, „Constitutionalism“, 239.

²⁰⁵ Fábio Condeixa, „Parallels between Judicial Activism in Brazil and Australia: A Critical Appraisal“, *The Western Australian Jurist* 3, Nr. 1 (2012), 115: „But the most controversial instance of judicial activism has occurred during a recent decision by the Supreme Tribunal Federal involving a case related to family law. The court legalised same-sex civil unions explicitly violating the Brazilian Constitution. In art 226, paragraph 3, the Brazilian Constitution states: «For the purpose of governmental protection, it is recognised the civil union only between a man and a woman as a family entity, thus having the legislation to facilitate its conversion into legal marriage.»“

traditionellen Gesetzgebung erhöht und gleichzeitig wurde die politische Rolle der Richter und allgemein der Juristen aufgewertet. In einer Studie von *Bryant Garth* aus dem Jahr 2016 wurde gründlich untersucht, inwieweit diese Rolle von brasilianischen Juristentum von linksliberalen Rechtsprofessoren aus den USA übernommen wurde, basierend auf Modellen der US-Grundrechtsrevolution der 1960er Jahre, mit massiven Stipendien von großen liberalen US-Stiftungen.²⁰⁶ Während dieser linksliberalen Menschenrechtsaktivismus in den USA zurückgedrängt wurde, hat er in Brasilien stärker überlebt und er ist durch die Verfassung von 1988 zum Zentrum der Politik geworden. Ein weiterer Unterschied zwischen beiden juristischen Universitätseliten wurde von Garth demonstriert, wonach die brasilianischen Rechtsprofessoren sich weniger auf wissenschaftliche Forschung als auf Aktivitäten von rechtsreformistischer Natur konzentrieren.²⁰⁷

2.1.3. Mexikanische Verfassungsgerichtsbarkeit

Mexiko folgte dem US-Muster in seiner Verfassung von 1824 und richtete ein dreistufiges Bundesgerichtssystem (Bezirksgericht, Kreisgericht und Oberstes Gericht) ein, aber an seiner Spitze wurde das ganze System zentralisiert und die unteren Gerichte wurden eng der höchsten Ebene

²⁰⁶ „The inspiration came from the scores of Latin American legal academics who started to pursue graduate training in law in the United States in the late 1970s, where they were socialized by their liberal North American law professors in the virtues of the legendary Warren Court. (...) The rising influence of neo-constitutionalism has been sparked in some of the most prestigious law schools in the region with financial support from US.-based foundations.“ [Bryant G Garth, „Brazil and the Field of Socio-Legal Studies: Globalization, the Hegemony of the US, the Place of Law, and Elite Reproduction“, *Revista de Estudos Empíricos em Direito* 3, Nr. 1 (2016), 19.] Garth weist darauf hin, dass in der Vergangenheit der Exporteur liberaler Rechtsideen die Ford Foundation war, wurde diese Rolle in jüngster Zeit jedoch von der Soros Foundation in Zusammenarbeit mit der MacArthur Foundation übernommen.

²⁰⁷ Garth, „Brazil“, 15: „One difference from the US. according to the authors, is that the researchers in legal sociology in Brazil mostly do not rely on firsthand social inquiry. (...) the studies concentrate on the efficiency of institutions and possible reforms.“

untergeordnet. Dieses System wurde in der heutigen Verfassung von 1917 beibehalten, und während die äußere Unabhängigkeit der Justiz von anderen Machtzweigen jetzt gewährleistet ist, ist die innere Seite dieser Unabhängigkeit bis heute problematisch.²⁰⁸ In 1994 wurde jedoch unter dem Druck der internationalen Märkte eine tiefgreifende Verfassungsreform in der Justiz durchgeführt, um die Kapitalinvestitionen besser anziehen zu können, und die verfassungsgerichtliche Überprüfung der Gesetze durch das Obersten Gericht wurde nach europäischen Vorbildern eingeführt. Das ehemalige 25-köpfige Gericht wurde auf 11 reduziert und der Entscheidungsprozess vereinheitlicht. Parallel dazu wurde eine Profilbereinigung durchgeführt, aber trotz der Bereinigung konnte die Zahl der Anträge nicht unter siebentausend pro Jahr gesunken werden.²⁰⁹ Die meisten Entscheidungen werden in zwei Kammern getroffen, aber in Fragen der abstrakten Verfassungsprüfung entscheidet die Plenarsitzung und die Kammern entscheiden über die enorme Masse von Amparo (Verfassungsbeschwerde). Diese hohe Arbeitsbelastung wird jedoch dadurch erträglich gemacht, dass jeder der mexikanischen obersten Richter möglicherweise das größte Personal der Welt hat, und jeder oberste Richter wird von mindestens zehn Mitarbeitern unterstützt und kann sogar zusätzliche Hilfskräfte einsetzen.²¹⁰ Es ist wichtig anzumerken, dass während die Rechtsauslegung in dem gesamten mexikanischen Justiz in Richtung auf das Oberste Gericht bis heute zentralisiert blieb, ist das Oberste Gericht selbst intern stärker dezentralisiert als die

²⁰⁸ Francisca Pou Giménez, „Changing the Channel: Broadcasting Deliberations in the Mexican Supreme Court“, in Richard David und Davis Taras (Hrsg.), *Justices and Journalists: The Global Perspective* (New York: Cambridge University Press, 2017), 13: „The strong hierarchical fingerprint of the Mexican judiciary – which has remained to this day – assured the smooth top-down transmission of the style of judging extremely deferential to the political gesture of the day. The situation remained like this for almost seven decades.“

²⁰⁹ Nach Berechnungen von Giménez gingen 2008 achttausend Fälle bei den Obersten Richtern ein, 2014 waren es siebentausend. (Giménez, „Changing the Channel“, 14.)

²¹⁰ „Each of them is aided by a staff of at least ten clerks (plus assistants), who serve at the pleasure of the Justices.“ (Giménez, „Changing the Channel“, 15.) Der Autor gibt an, dass er selbst zwischen 2004 und 2011 ein wissenschaftlicher Mitarbeiter eines Richters (law clerk) war.

europäischen Verfassungsgerichte. Hier wird der Präsident des Gerichts von den Richter für kurze Zeit gewählt und er behandelt nur administrative Angelegenheiten, aber z. B. die Ernennung des Berichterstatters wird von Fall zu Fall nach dem Zufallsprinzip entschieden und liegt nicht in der Verantwortung des Präsidenten.

Nach der Verfassungsreform von 1994 änderten die mexikanischen Obersten Richter im ersten Jahrzehnt ihren Entscheidungsstil nicht, aber sie begannen, diese Macht stärker auszuüben. Es kann behauptet werden, dass sie im Wesentlichen als Schiedsrichter der Streitigkeiten und Kämpfe unter den Machtzweigen auftreten. *Miguel Schors* Analyse besagt, dass von dem mexikanischen Obersten Gericht hauptsächlich die Rolle von Marshallgericht von den USA und nicht der aktivistische Stil von Warren-Gericht gespielt wird. Dieser letztere Stil wurde in der heutigen Welt stärker verbreitet und gekreuzt mit dem anderen Aktivismus der deutschen Verfassungsrichter schuf ein Machsystem, von dem die demokratische Gesetzgebung und die Demokratie selbst weitgehend unterdrückt wurde. Im Gegensatz zu den mexikanischen Richtern wurde dieser Stil vom kolumbianischen Verfassungsgericht übernommen, und die beide Gerichte wurde von Schorr verglichen wie folgt: „The Mexican Supreme Court facilitates democracy by effectuating vertical and horizontal separation of powers whereas the Colombian Constitutional Court primarily deepens the social bases of democracy by effectuating rights. Why the Mexican Supreme Court plays a role akin to the one played by the Marshall Court in the early American republic and why the work of the Colombian Constitutional Court bears a familial relationship to the Warren Court is a puzzle. (...) The Mexican Supreme Court is primarily an umpire that handles disputes between the different branches of government while playing only a limited role in effectuating rights.“²¹¹ Die geringere Verfassungsgerichtsbarkeit aufgrund der Grundrechte in Mexiko wird auch von einem anderen zitierten Forscher, *Francisca Giménez* bestätigt,

²¹¹ Miguel Schor, „An Essay on the Emergence of Constitutional Courts: The Cases of Mexico and Colombia“, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 16, Nr. 1 (2009), 41–42.

der argumentiert, dass die Rolle der „unterstützenden Strukturen“ hier weniger entwickelt ist als in Kolumbien: „The impeding Role of the *amparo* in Mexico, coupled with the absence of supporting structures.“²¹² In einer nicht so Blumensprache ausgesprochen bedeutet dies, dass der Ausbau der NRO-Netzwerke, von denen die Verfassungsgerichtsbarkeit aufgrund der Grundrechte tatsächlich organisiert wird und die juristokratische Machtssystem unterstützt wird, in Mexiko fehlt. Aber die andere Voraussetzung für die Juristokratie, die neben der NRO-Basis das Netzwerk der Universitätsjuristen („epistemische Gemeinschaft“) ist, ist in Mexiko sehr präsent, und im Rahmen von UNAM, einer autonomen Universität in Mexiko, wurde eine rechtswissenschaftliche Institutabteilung eingerichtet, wo in Bezug auf die ganze Lateinamerika die Ideen des linksliberalen Neokonstitutionalismus herausgearbeitet werden. In den letzten Jahrzehnten haben mehrere aktivistische Richter und Präsidenten des amerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte, des IACtHR, hier gearbeitet. Es scheint also, während der Neokonstitutionalismus in Lateinamerika seine Ideen größtenteils aus Mexiko erhält, können diese Theoretiker in ihrem eigenen Land keine „Propheten“ sein.

Dieser Unterschied in der Tiefe bedeutet jedoch, dass die mexikanische Verfassungsgerichtsbarkeit eher als Verteidiger des ursprünglichen Verfassungsstaates erhalten wurde, in dem der Hüter der Verfassung nur die Rahmenbedingungen des Kampfes für demokratische Kräfte schützt, aber nicht versucht, das ganze Normensystem des Rechts selbst aus der Verfassung abzuleiten. Somit gibt es hier keinen Doppelstaat – einen demokratischen an der Spitze, einen juristischen unten – und keine Verdoppelung des Rechtssystems mit einem hierarchisch höheren Verfassungsrecht und den konstitutionellen Rechtszweigen. Somit ist die mexikanische Verfassungsgerichtsbarkeit ein Mittelweg zwischen der chilenischen und argentinischen Verfassungsgerichtsbarkeit und der superjuristokratischen Kolumbien und Brasilien.

²¹² Giménez, „Constitutionalism“, 235.

2.2. Die Minimierung der Juristokratie

Ich werde nur kurz auf die Abweichung von den Mustern der Superjuristokratie hinweisen, als der Gegenteil von vollkommener Machtausübung des Verfassungsgericht, die hauptsächlich in Kolumbien zu sehen ist. Dabei beschäftige ich mich mit der Verfassungsgerichtsbarkeit der argentinischen und chilenischen Obersten Richter, von denen der verfassungsmäßigen Rahmen meistens nur bewacht wird und nicht durch die Schaffung seiner eigenen „unsichtbaren Verfassung“ ersetzt wird.

2.2.1. Argentinische Verfassungsgerichtsbarkeit

Erst 2003 ermöglichte die demokratische Regierungsführung in Argentinien, umgeben von Militärdiktaturen, eine stabile Justiz, die bis heute besteht. Die Verfassungsgerichtsbarkeit wird hier vom Obersten Gerichtshof ausgeführt, und obwohl von jedem unteren Gericht nach dem Vorbild der Vereinigten Staaten die Verfassungsmäßigkeit der angewandten Rechtsvorschrift überprüft und gegebenenfalls aufgehoben werden kann, ist es Sache der obersten Richter, endgültig zu entscheiden. Fünf Richter sind Mitglieder des Gremiums, und die Auswahl der Richter liegt in den Händen des Präsidenten, aber nur mit Zustimmung des Senats mit Zweidrittelmehrheit wird der Posten ein Leben lang, jedoch bis zum Alter von 75 Jahren, gewonnen.

Der Unterschied zwischen den argentinischen Obersten Richtern und ihren lateinamerikanischen Amtskollegen, die für die Superjuristokratie anfällig sind, spiegelt sich auch in ihrer Distanz zu IACtHR-Entscheidungen wider, die von ihnen mit dem Argument unterstützt wurde, dass die öffentlich-rechtliche Grundsätze der argentinischen Verfassung für die Souveränität reservierten Bereich darstellen, und als solche stehen sie über die Konventionen.²¹³

²¹³ Maria Gracia Andía, *Disadvantaged Groups: The Use of Courts and Their Impact: A Case Study of Legal Mobilization in Argentina* (Doktorarbeit) (Boston: Northern University, 2011), 30: „The Court

Den Beschreibungen zufolge befürworten argentinische Richter im Gegensatz zu den kolumbianischen und brasilianischen Verfassungsgerichten, die eine breite Rolle bei der Gesellschaftsführung spielen wollen, bewusst eine minimalistische regulatorische Rolle bei der Normkontrolle und versuchen, die Auswirkungen ihrer Entscheidungen auf Einzelfälle zu beschränken, anstatt strukturelle Veränderungen zu erzwingen.²¹⁴ Für aktivistische Anhänger der Verfassung mag dies eines der Hauptverbrechen sein, aber für eine demokratiefreundliche Einstellung kann dies nur positiv sein, insbesondere in Lateinamerika, wo in den meisten Länder eher die Dominanz der Juristokratie demonstriert werden kann.

Die argentinischen Obersten Richter unterscheiden sich von dem Modell der Superjuristokratie auch in Bezug auf die Aufweichung der Einbeziehung der Verfassungsänderungen in ihre Überprüfungskompetenz, obwohl der stetige Widerstand anderer Machtzweige gegen sie dabei eine Rolle gespielt hat. Denn gibt es hier in Argentinien stabile öffentliche Verwaltung und eine Organisation der parlamentarische Tätigkeit. Dies lässt im Allgemeinen den Schluss zu, dass die lateinamerikanische Superjuristokratie von dem chaotischen Zustand und den sozialen Bedingungen hier geprägt ist, während ihre Anhänger dazu neigen, ein günstiges Bild der Darstellung in Bezug auf Superkonstitutionalität und Menschenrechte zu schaffen. (Wie zuvor konnte es bei Francisco Giménez gesehen werden) Einmal kontrollierte und annullierte der Oberste Gerichtshof Argentinien eine umstrittene Verfassungsänderung inmitten eines politischen Kampfes

ruled that the Constitution's public law principles define a «sovereign reserve sphere», to which international treaties and the construction of derived legal obligations must adjust.“ [SCA's decision 2017 (Ministerio) parag 16. – Zitiert von GIDES, *Argentina's Supreme Court and the Covenant* (2017), 6.] Siehe: Andía, *Disadvantaged Groups*, 90.

²¹⁴ Martín Oyhanarte, „Public Law Litigation in the US and in Argentina: Lessons from a Comparative Study“, *Georgia Journal of International and Comparative Law* 43 (2015), 470: „Using this minimalist approach, the Argentine Supreme Court has issued favorable decisions and satisfied the specific claims asserted by individuals or groups who brought the complaint but without demanding any structural change in public policies or the existing administrative dynamics. Within the framework of this second scheme, the Supreme Court is often very careful to underscore the singularity of the fact and circumstances of the case in order to prevent the decision from being only too readily relied upon and applied by other courts.“

im Jahr 1998, aber dieser Machanstieg über die anderen Machtzweige wurde nicht etabliert. Hier wäre es auch schwierig, weil der argentinische Präsident, wie im Fall der USA, die Zahl der Richter des Obersten Gerichtshofs durch eine einfache parlamentarischen Mehrheit erhöhen kann, und er damit die Mehrheit des Gerichts zu seinen Gunsten umkehren kann, wie es Präsident *Menem* 1990 tat. Anschließend erhöhte er die Anzahl der Richter des Obersten Gerichtshofs von fünf auf neun, und erst 2006 wurden die ursprünglichen fünf wieder eingesetzt.²¹⁵

2.2.2. Chilenische Verfassungsgerichtsbarkeit

Seit dem Ausbruch der Massendemonstrationen im Jahr 2019 in Chile wurde beschlossen, 2021 einen neuen Verfassungsentwurf einem Referendum vorzulegen. Da diese Massendemonstrationen von linksradikalen Gruppen gegen den rechten Präsidenten *Sebastián Piñera* und seine Regierung organisiert wurden, dürften sich die Verfassung und die Verfassungsgerichtsbarkeit in Richtung des in Lateinamerika bereits vorherrschenden linksliberalen Neokonstitutionalismus bewegen, wie wir bereits in Kolumbien an Brasilien gesehen haben.²¹⁶ So wird die heutige chilenische minimalistische

²¹⁵ Diego Werneck Arguelles und Evandro Proença Sússekind, „Building Judicial Power in Latin America: Opposition Strategies and the Lessons of the Brazilian Case“, *Revista Uruguaya de Ciencia Política* 1, Nr. 27 (2018), 13.

²¹⁶ Dies gilt umso mehr, als der Ausbruch der Massendemonstration selbst größtenteils auf Entscheidungen amerikanischer Menschenrechtsorganisationen, einschließlich des IACtHR, zurückzuführen war, von denen das Versäumnis kritisiert wurde, die Menschenrechtsverletzungen während der Zeit des ehemaligen chilenischen Diktators Pinochet zu reparieren. Nach einer Weile kam es zu Massendemonstrationen und sie wurden von der Maßnahmen der Regierung gegen die Randalierer noch verstärkt.: „The decline in the legitimacy of the Piñera government in the eyes of the population has been intensified by the serious criticisms of the Inter-American Commission on Human Rights, the Human Rights Commission of Chile and the OAS General Secretary for violation of human rights by the government to suppress protests.“ (Ariela Ruiz Caro, „The Dramatic Fall of Chile as Latin America’s Neoliberal Role Model“, *Counterpunch*, 5 Februar 2020, 2.)

Juristokratie in einigen Jahren nur noch als Teil der Geschichte gesehen und sie wird schon zu der Vergangenheit gehören.

Der 1990 begonnene Demokratisierungsprozess in Chile schuf 2005 mit einer gründlichen Verfassungsreform die Grundlagen der Konstitutionalisierung. Dies wurde durch die Tatsache bestimmt, dass die Hauptrolle hier hauptsächlich von den gemäßigten Konstitutionalisten gespielt wurde, von denen starke Kritik an der Superjuristokratie von US Menschenrechtsexperten geäußert wurde. Zum Beispiel nannte *Francisco Zúñiga* als konstitutionellen Fetischismus ein Konzept, das alle Normen des gesamten Rechtssystems als aus der Verfassung lesbar ansieht: „There is an enchantment with the Constitution and its «material of values» («perennial philosophy»), and an epistemic disposition that we call *constitutional fetishism*, which transform the Constitution (sacred text, interpreted, reinterpreted to infinity) in the source of all the answers, which supports a misunderstanding restrained judicial activism (and with it a marked epistemological elitism), a kind of inexhaustible material law and that also constitutionalizes all law.“²¹⁷ Mit diesem Gedanke konnte Zúñiga das Wesen der Verzerrung des Verfassungsstaates in einen Doppelstaat (unter demokratisch, aber über juristokratisch) ausdrücken, weil die Verfassung in einem konstitutionellen demokratischen Staat nur den Rahmen für die demokratische politische Willensbildung bedeutet. In diesem Rahmen werden die Normen des Rechtssystems durch die Gesetze der Mehrheit im Parlament festgelegt, während in der neokonstitutionalistischen Juristokratie das gesamte Rechtssystem als konstitutionell angesehen wird. Dies minimiert die demokratische Komponente und gibt dem juristokratischen Staat eine dominierende Rolle. Zúñiga verschont auch nicht die Rolle des Menschenrechts-IACtHR und sieht darin den Höhepunkt einer Superjuristokratie innerhalb der Länder, die ein Demokratiedefizit in ihrer Arbeitsweise aufweist: „This neo-constitutionalism has a correlate in the

²¹⁷ Francisco Zúñiga Urbina, „Nueva constitución y constitucionalismo en Chile“, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 173 (2012), 175. Es ist die englische Übersetzung des spanischen Originaltextes des Zitats von Zúñiga.

inter-American system and in culture of continental law in that true paroxysm of judicial arbitration that is the «control of conventionality» exercised by an Inter-American Court in an interstate environment which is by no means a supranational political space, a system with defendant democratic deficit.²¹⁸ Und Zúñiga ist einer der Protagonisten dieser konstitutionellen Revolution geworden und hat in den letzten Jahren die demokratische Verfassungsmäßigkeit Chiles geprägt.²¹⁹

3. Doppelstaat und Rechtsverdoppelung. Zusammenfassung

Zuerst fasse ich die bisherigen Untersuchungen von der Seite der Staatstheorie zusammen und dann resümiere ich die Analysen der Verdoppelung des Rechtssystems, die in den ersten Kapiteln des Bandes ausführlich gesehen werden konnten.

3.1. Doppelstaat: unten demokratisch, oben juristokratisch

Die Schlussfolgerung meiner Forschung lässt sich wie folgt zusammenfassen: Die seit der Antike bestehende Staatsmacht wurde mit einer bedeutenden Veränderung in den Vereinigten Staaten ab dem frühen 19. Jahrhundert zu einem konstitutionellen Staat. Aber das Modell dieses später verbreiteten konstitutionellen Staates hatte sich ab der zweiten

²¹⁸ Zúñiga Urbina, „Nueva constitución“, 175.

²¹⁹ Alexandra Hunneus schreibt über die Rolle von Zúñiga und einen anderen konservativen Verfassungsrechtler bei der chilenischen Verfassungsreform 2005, wie folgt: „Francisco Zúñiga, who played the most influential role in the process, deems neoconstitutionalism to be a type of «constitutional fetishism» and describes IACtHR’s doctrine of conventionality review as a «paroxysm» of judicial discretion lacking in democratic grounding. Fernandois, a political conservative close to the Right, has argued that the IACtHR’s rulings are not binding within Chile. Significantly, the reform did not alter or further specify the status of international human rights domestically.“ (Hunneus, „Constitutional Lawyers“, 193.)

Hälfte des 20. Jahrhunderts schrittweise verändert und diese Veränderung führte zu einem Staatsmodell, das als Doppelstaat bezeichnet werden kann. Dieses Modell entstand originell in den USA, als die Verfassungsgerichtsbarkeit des Obersten Bundesgerichts in den 1950er Jahren als ein zweites Machtzentrum neben dem Kongress und der Macht des Bundespräsidenten umgebaut wurde. Parallel damit wurde es von den Amerikanern nach dem Zweiten Weltkrieg auf das besiegte Deutschland übertragen, und von dort aus verbreitete es sich bis zur Jahrtausendwende in einer Reihe von Ländern auf den ganzen Welt. Die unterschiedlichen Versionen dieses Doppelstaatsmodells haben sich an einigen Stellen nach einer Reihe verschiedener Funktionen entwickelt, und in globalen Interaktionen verursachten sie später evolutionäre Veränderungen in dem originellen Modell des Doppelstaats. In Bezug auf das Recht war die wichtigste Auswirkung des Doppelstaates, dass sich das traditionelle Gesetzgebungsrecht und seine Rechtszweige (Privatrecht, Strafrecht usw.) mit dem konstitutionalisierten Rechtsmaterial des Verfassungsgerichts verdoppelten, und schrittweise neue „konstitutionalisierte“ Rechtszweige wie Strafrechtsverfassungsrecht, Finanzverfassungsrecht, Arbeitsverfassungsrecht usw. entstanden. Schauen wir uns diesen Prozess im Detail an.

Die Idee der Verfassung entwickelte sich im geistigen und politischen Kampf der Aufklärung allmählich aus der Theorie des Gesellschaftsvertrages als Rahmen der Grundlagen der Staatsmacht. Dies wurde zum ersten Mal in der Geschichte durch die Verfassungen der nordamerikanischen Kolonialstaaten verwirklicht, von denen nach dem Loswerden vom englischen Kolonialstatus ihre eigene Staatsstrukturen ausgestaltet wurden und in 1787 mit ihrer Bundesverfassung die Vereinigten Staaten als Bundestaat gegründet wurde. Die damalige Verfassung enthielt nur den Rahmen der Staatsmacht, aber nachdem die französischen Revolutionäre 1789 die Erklärung der Menschenrechte verkündet hatten, wurden diese als Grundrechte in die US-Verfassung aufgenommen. Diese Grundrechte dienten nur als Richtschnur für die damaligen Ziele der Staatsmacht, und das änderte sich auch nicht, als der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten 1803

zu dem Schluss kam, dass er die Kompetenz und Zuständigkeit hatte, die Bundesgesetze oder Gesetze der Mitgliedstaaten für verfassungswidrig zu erklären und ihre Anwendung zu verbieten. Dies war die Geburtsstunde der Idee der Verfassungsgerichtsbarkeit, und zu dieser Zeit war es nur eine Frage der Einhaltung der zweigeteilten Zuständigkeit zwischen dem Bund und den Mitgliedstaaten, die von der Bundesverfassung verankert wurde.

Dies begann sich ab Mitte des 19. Jahrhunderts allmählich zu ändern, als der politische Kampf um die Abschaffung der Sklaverei zwischen den Nordstaaten und den Südstaaten ausbrach, weil die Nordstaaten aufgrund des verfassungsmäßigen Grundrechts auf menschliche Gleichheit die Institution der Sklaverei abschaffen wollten, aber die Bundesrichter durch ihre Entscheidungen im Einklang mit dem Willen der südlichen Staaten dies erhalten haben. Der Bürgerkrieg, der zwischen den nördlichen und südlichen Staaten ausbrach, endete mit der Abschaffung der Sklaverei und es begann dann, die richterliche Überprüfung der Gesetze zu erweitern, und die Grundrechte der Verfassung zu nutzen, um auch den Inhalt der Gesetze zu überprüfen. Um die Wende des 20. Jahrhunderts wurde es schrittweise entstand, was die einzelnen politischen Kräfte im Bundeskongress oder in den Mitgliedstaaten mit einer Mehrheit von ihnen als Gesetz erlassen konnte, von den gegnerischen politischen Kräften mit Hilfe der Bundesrichter annulliert werden konnte. Laut politischen Lagern sah es bis Ende der 1930er Jahre so aus, dass die Gesetze des liberaldemokratischen Lagers von konservativen Obersten Richtern für verfassungswidrig erklärt wurden, und die Kritik der liberaldemokratischen geistigen Lager und ihre Presse empörte sich über die Verfassungsgerichtsbarkeit einiger alten Richter, die gegen die Demokratie verstießen. Mit der Unterstützung von Stiftungen großer Bankerfamilien in ihrer Nähe haben jedoch bestimmte Gruppen im liberalen politischen Lager, die unter Konstitutionalismus leiteten, begonnen, Grundrechtsbewegungen zur Unterstützung der schwarzen Minderheit zu organisieren, um ihre politischen Ziele durch Prozesspolitik vor Gericht zu erreichen. Letztendlich führte dies in den 1950er Jahren zum ersten Erfolg bei dem Obersten Gerichtshof der USA,

nachdem der Druck des demokratischen Präsidenten Roosevelt und die Ernennung neuer oberster Richter die Mehrheit der Gerichts liberalisiert hatten. Dann, in den 1960er Jahren, kam es in den Vereinigten Staaten fast zu einer Grundrechtsrevolution, und was von den Liberaldemokraten wegen der konservativen Mehrheit im Kongress und in den staatlichen Gesetzgebungen nicht zum Gesetz gemacht werden konnte, wurde durch ihre Prozessführungspolitik aufgrund der Grundrechte vor den Obersten Richtern verwirklicht. Von dieser Veränderung wurde der ehemalige Verfassungsstaat zu einem Staat mit doppelter Struktur umgestaltet, in dem die untere Ebene der politischen Willensbildung von den Millionen der Bürger auf der Grundlage demokratischer Wahlen bestimmt wird, aber über diese Ebene gibt es eine höhere Ebene der Staatsmacht, die von der Verfassungsgerichtsbarkeit aufgrund der Grundrechte und der Prozessfähigkeit von NROs ausgeübt wird.

Dieses Modell des Doppelstaats hat sich jedoch grundlegend dadurch verstärkt, dass in dem besetzten Deutschland durch die Juristen von US-Besatzungsbehörde nach dem Zweiten Weltkrieg eine Verfassungsstruktur geschaffen wurde, von der die Macht der Verfassungsgerichtsbarkeit über die Gesetzgebung und die Regierung grundlegend erhöht wurde. Das Ziel davon war, um zu verhindern, dass von Millionen der Deutschen noch einmal ein neuer Hitler gewählt werden könnte, und deshalb wurde ein beispielloses mächtiges Verfassungsgericht über das parlamentarische System eingerichtet. Dies war größtenteils mit ihren eigenen Vertrauten gefüllt, und in späteren Jahren, als der deutsche Bundeskanzler und seine Regierung versucht hatten, sich einer umfassenden Kontrolle der Verfassungsrichter im Namen der Demokratie zu widersetzen, wurden die Verfassungsrichter von den besetzenden amerikanischen Juristen und den außenpolitischen Führern mit dem Argument verteidigt, dass diese Anordnung der Staatsmacht eine der notwendigen Merkmale der Rechtsstaatlichkeit sei. Infolgedessen haben die deutschen Verfassungsrichter Formeln zur Erweiterung der Zuständigkeiten ausgearbeitet und Wege zur Auslegung der Verfassung entwickelt, von denen sie vom Verfassungstext getrennt werden konnten und ihre ansonsten

weitreichenden Befugnisse nahezu unbegrenzt gemacht werden konnten. Diese Verlagerung des Machtzentrums von der Demokratie zum höheren Konstitutionalismus in dieser Doppelstaatsstruktur und die Übertragung der Macht von der Demokratie zu der Juristokratie stellten für Millionen ansonsten wohlhabende Deutsche kein Problem dar, und damit diese Machtstruktur zu einem Modell geworden, das von den USA und anderen Großmächten überall auf der Welt exportiert werden konnte.

Später, in den 1960er Jahren, wurde das Muster der amerikanischen Grundrechtsrevolution stark mit den Elementen des deutschen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit gekreuzt, weil die letztere eine weitaus größere Auslegungs- und Machtfreiheit als amerikanische Richter erreichte, und von den Ländern Europas und von Ostasien bzw. von Lateinamerika diese erweiterte Macht der Verfassungsgerichtsbarkeit übernommen wurde. Aber auch die amerikanischen globalen Machteliten versuchten bewusst, dieses dual strukturierte Staatsmodell durch Vermischung der deutschen und der US-amerikanischen Modelle in die unter ihrem Einfluss stehenden Länder zu übertragen. Von unten zeigt dieses Modell die Demokratie der Gesellschaft, aber von oben basiert es auf einem zweiten Teil des Staates, der versucht, das gesamte Rechtssystem und den Inhalt der Gesellschaftsführung direkt aus der Verfassung, insbesondere ihren Grundrechten, zu extrahieren. Das deutsche Modell wurde in Spanien und Portugal übernommen, als sie am Ende der 1970er Jahre von der Diktatur befreit wurden, und insbesondere in Spanien wurde die Trennung die Verfassungsgerichtsbarkeit von den Gesetze noch stärker verwirklicht, wie dies in dem deutschen Modell gesehen werden konnte. Dieses Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit, ergänzt durch die spanische Radikalisierung, wurde Ende der 1980er Jahre in den spanischsprachigen Staaten Lateinamerikas mit der Förderung der Stiftungen der linksliberalen Elite der USA übernommen und nach dem Zusammenbruch des Sowjetimperiums wurde diese Modell auch in den befreiten osteuropäischen Ländern eingeführt.

Gleichzeitig hat es in einigen ostasiatischen Ländern Verschiebungen in Richtung der Doppelstaatstruktur gegeben, wobei dies hier von einigen

US-Stiftungen gefördert wurden, aber einige der lokalen Eliten selbst haben versucht, es aus anderen Gründen zu übernehmen. Bereits in den frühen 1970er Jahren verstärkten einige Elitegruppen in Indien den Einsatz der Juristokratie der obersten Gerichte gegen die mehrheitliche parlamentarische Regierung, indem von ihnen die Methode der konstitutionellen Interpretation der US-amerikanischen linksliberalen Oberrichter der 1960er Jahre übernommen wurde, und sogar noch neuere und mehr radikalisierte Auslegungen aufgestellt wurden. Das schon früher organisierte, aber gelahmte Verfassungsgericht von Taiwan nahm seine Arbeit 1987 auf, und die Verfassungsrichter betrachteten ab diesem Zeitpunkt das deutsche aktivistische Verfassungsgericht als ein Vorbild, wie auch die südkoreanischen Verfassungsrichter, die ebenso im Jahr 1987 ihre Tätigkeit begannen. Das thailändische Verfassungsgericht trat erst wenig später in Kraft, und seine Richter sahen den Stil der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit als Vorbild. Aufgrund dieser lockeren Bindung zum Verfassungstext konnten sich die Verfassungsrichter in Thailand vollkommen über die andere Machtzweige erheben, und dem Führer der Partei, die die Wahlen gewonnen hat, wurde bisher zweimal sein Amt als Premierminister entzogen.

Das im unteren Teil demokratische, aber oben juristokratische Modell der dualen Staatsstruktur in Osteuropa zeigt die strukturellen Elemente dieser dualen Staatsstruktur bis zu einem gewissen Grad deutlich. Schauen wir uns das an und verweisen auf die größeren Unterschiede zu den anderen. Es ist wichtig zu betonen, dass die juristokratische Staatsstruktur, die sich hier nach dem Regimewechsel in den 1990er Jahren über die Institutionen der Demokratie aufgebaut wurde, wurde von den linksliberalen Elite der USA in die osteuropäischen Staaten exportiert. Die NRO-Netzwerke, ihre einheimischen Juristokratie als Tochtergesellschaften wurden hier in jedem einzelnen Land organisiert und ihre Vertrauenspersonen haben eine starke zentrale Koordination und Kontrolle über sie ausgebaut. Neben der zentralen Koordinierung unter den osteuropäischen Staaten wurde diese juristokratische Staatsstruktur durch einen zuvor eingerichteten Koordinierungsmechanismus unterstützt, der ursprünglich aus den späten 1940er

Jahren stammte und darauf abzielte, den Plan bestimmter westeuropäischer Eliten für die Schaffung der Vereinigten Staaten von Europa herbeizuführen. Dies wurde letztendlich auf die Schaffung einer Europäischen Menschenrechtskonvention reduziert und hat sich bis heute in den mit dieser Veranstaltung in Straßburg verbundenen Menschenrechtsgerichtsbarkeit und in der lockeren Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten erhalten. Mit dem Zerfall des Sowjetimperiums und der Integration der osteuropäischen Staaten wurde dieses ehemals bescheidene Menschenrechtsgericht lebendig und es wurde jedem Unterzeichnerstaat 1999 mit der Hinzufügung eines Protokolls ermöglicht, die Prozessführung seiner Bürger gegen ihm im Falle einer Menschenrechtsverletzung anzunehmen. Die Bürger können auch gerichtliche Schritte in Straßburg einleiten, wenn ihr Staat angeblich ihre Menschenrechte verletzt haben. Dieser Beitritt wurde nachdrücklich empfohlen und war nicht nur eine Ermessensoption für osteuropäische Staaten, die auf einen EU-Beitritt warteten. Aber durch internationalen Druck wurde dieser Beitritt außerhalb des Kreises dieser Staaten vorgeschrieben, so unterzeichnete beispielsweise Russland das Protokoll nach einer Weile. Auf diese Weise konnten von den globalen US-NRO-Netzwerke, die bereits in osteuropäischen Ländern eingesetzt worden waren, die politische Willensbildung nicht nur durch die Verfassungsgerichtsbarkeit der heimischen doppelten Staatsstruktur beeinflusst werden, sondern durch die Prozessführungen in der Straßburger Menschenrechtsjustiz, weil ihre Tochtergesellschaften intern bestimmte osteuropäische Staaten verklagt werden konnten. In der Zwischenzeit hat die Untersuchung dieser Prozessstätigkeit ergeben, dass die überwiegende Mehrheit der Anträge in Straßburg von den Tochtergesellschaften amerikanischer NROs eingereicht wird, und es wurde auch bekannt gegeben, dass 22 der 100 europäischen Richter, die in den letzten 20 Jahren nach Straßburg entsandt wurden, wurden von NROs der Soros Open Society rekrutiert. Andere Untersuchungen haben ergeben, dass nicht wirklich die Richter die Entscheidung dort treffen, sondern dies von einem sorgfältig ausgewählten ständigen Menschenrechtsapparat gemacht wird, und dass

von den Richtern diese Entscheidungen größtenteils nur bekannt gegeben werden können. Leider wurde noch keine Studie über die persönliche Verbindung zwischen diesem Menschenrechtsapparat (*registry lawyers*) und den angegebenen globalen NROs durchgeführt, aber es ist sehr realistisch anzunehmen, dass wenn selbst bei mehr öffentlichen Richtern der Anteil der eingebauten NRO-Leute so hoch ist, dann kann es in der mehr verborgeneren Apparat noch größer sein. Diese überstaatliche und mitteleuropäische Integration besteht auch neben den EU-Gremien in Brüssel, wie jüngste Informationen über den enormen Einfluss der Netzwerke der Georg Soros Open Society Foundation auf die Willensbildung hier gezeigt haben.

In Bezug auf den doppelten Charakter der Juristokratie der europäischen Staaten kann somit einerseits der zentrale Teil Straßburgs, und andererseits die juristokratische staatliche Organisation der heimischen obersten Richter, vor allem der Verfassungsrichter hervorgehoben werden. Wie wir gesehen haben, wurden beide Teile durch den Export amerikanischer globaler linksliberalen NRO-Netzwerke und deren europäische Tochtergesellschaften geschaffen. Es ist aber wichtig zu betonen, dass dies zwar auch für die Justiz westeuropäischer Länder existiert, wurde jedoch im vollen Umfang nur in Bezug auf die osteuropäischen Länder verwirklicht, da sich die stärker konsolidierten westeuropäischen Rechtssysteme und ihre Juristengruppen für sie nicht so leicht öffneten.

Dieses europäische juristokratische System, das auf Netzwerken von Richtern und NROs basiert, hat jedoch noch ein weiteres Element, und dies ist das Netzwerk von Universitätsjuristen, das den intellektuellen Hintergrund bietet.²²⁰ Es existiert auch in US-amerikanischen

²²⁰ Dies wird allgemein als die „epistemischen Gemeinschaften“ der akademisch-wissenschaftlichen Welt bezeichnet, was die Tatsache aber verdeckt, dass mit ihnen oft nur die Verkleidung der Wissenschaft für die tatsächliche politische Organisation der intellektuellen Menschen gegeben wird. Dies ist meistens in den Rechts- und Sozialwissenschaften von Bedeutung, da ihr Wissen direkt für politische Zwecke umgewandelt werden kann. Für eine Zusammenfassung siehe: Mai’a K Davis Cross, „Rethinking Epistemic Communities“, *Review of International Studies* 39, Nr. 1 (2013), 137–160; und insbesondere für die Rolle der Rechtsprofessoren, von denen die Verbreitung der globalen Juristokratie organisiert wird

Rechtsfakultäten, und die weltweite Verbreitung ihrer Studien zum Verfassungsrecht, zur Rechtstheorie und zum internationalen Recht hat die Möglichkeit geboten, die juristokratische Staatsstruktur in die ganze Welt zu exportieren. Diese Studien verwenden und propagieren die aktivistische Interpretationsformeln, die in den letzten Jahrzehnten in Deutschland und anderen Ländern im Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit über die frühere amerikanischen aktivistische Verfassungsauslegung weit hinausgehen. Das EUI (European University Institute) in Florenz ist eines der bekanntesten Zentren, von dem die geistigen Tätigkeiten des europäischen juristokratischen Koordination zusammengefasst wird. Das EUI verfügt über eine Fülle von Promotionsstipendien für jungen Juristen, die bereits von den Vertrauensleuten in den juristischen Fakultäten ausgewählt und geprüft wurden, und sie bekommen die Möglichkeit, sich NRO-Netzwerken anzuschließen und durch kürzere oder längere Studienreisen an ihrer juristischen Arbeit teilzunehmen. Regelmäßige Konferenzen und ihre gemeinsamen englischsprachigen Bände werden von den Netzwerke der Soros Open Society organisiert, und dadurch wurde schrittweise ständige Gruppen von Universitätsjuristen ausgebildet, die fest mit dieser europaweiten juristokratischen Organisation verbunden sind. Tschechische, ungarische, polnische, rumänische, slowenische, slowakische Verfassungsrechtler, Professoren des internationalen Rechts und Rechtsphilosophen sowie Westeuropäer wie Deutsche, Holländer, Engländer und Amerikaner sind regelmäßig beteiligt. Die zentralen Organisatoren dieser globalen NGO-Netzwerke sind öffentlich für die fachlichen Gruppen bekannt, und auch die lokale Führung dieses Netzwerkes ist in jedem Land für die Universitätsjuristen bekannt. So hat der frühere EUI-Direktor *Joseph Weiler*, der seit Jahrzehnten eine der führenden Persönlichkeiten bei der Organisation der akademischen Elite der europäischen Juristokratie ist, zu erwähnen, oder *Armin von Bogdandy* und *George Daly* sind fast immer zu finden, wenn solche europäische

siehe: Margaret E Keck und Kathryn Sikkink, *Activists beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics* (Ithaca, NY – London: Cornell University Press, 1998).

juristokratische Universitätstätigkeit auftaucht, und sogar Daly taucht als Organisator auf anderen Kontinenten bei dieser Tätigkeit auf.

Es gibt stabile Fusionen, Überschneidungen und Austausch zwischen diesen drei Elementen (oberste Richter/Verfassungsrichter, Netzwerk von NROs und Universitätsjuristen) nicht nur auf der Ebene von Menschenrechtsgerichtsbarkeit in Straßburg, sondern auch innerhalb einzelner Länder. In Ungarn beispielsweise arbeiteten lange Zeit etwa ein Dutzend Mitarbeiter des Verfassungsgerichts, die später Leiter der Soros-NRO-Netzwerke wurden, einer von ihnen speziell der Präsident der ungarischen Soros-Stiftung, und sich gegenseitig als Netzwerk unterstützend konnten von ihnen die Führungspositionen der Rechtsfakultäten mehrerer Universitäten erhalten.²²¹ Es ist nur zu vermuten, dass dies auch in anderen osteuropäischen Ländern beobachtet werden könnte, so dass der juristokratische Teil der dualen Staatsstruktur zusätzlich zu ihrem Status als Verfassungsrichter oder Oberster Richter mit dem Hintergrund der NRO und ihrer dahinter stehenden Gruppe der Universitätsjuristen funktionieren konnte und kann. Ein großer Teil der beim Verfassungsgericht eingereichten Petitionen, wie auch in Falle von Straßburg, wird von NRO-Netzwerken oder von mit ihnen verbundenen Anwaltskanzleien auf sehr koordinierte Weise eingereicht, möglicherweise in einer gemeinsamen Textform. Dieses juristokratische Konglomerat wird auch von einem gemeinsamen Medienhintergrund innerhalb jedes Landes und zwischen osteuropäischen Ländern unterstützt, der wichtige Nachrichten über die Aktionen ihrer Organisationen aus allen Ländern erhält. Heutzutage konzentrieren sich diese Medienaktivitäten auf stark frequentierte Internetportale und steigern gleichzeitig die Effektivität einer

²²¹ Dies gilt auch für den amerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte (IACtHR), wie es eine Studie von Alexandra Huneus zeigt, von der die Rolle der Neokonstitutionalisten als der Hauptverbreiter der globalen Juristokratie dargestellt wird: „But part of epistemic communities is that their members can work across national borders and play a role in shaping international as well as domestic institutions. (...) This part shows that neoconstitutionalists have increasingly taken leadership roles on the IACtHR as judges and clerks, and that neo-constitutionalist ideas and practices have permeated the Court.“ (Huneus, „Constitutional Lawyers“, 202).

NRO-Aktion, oder die Verbreitung der neuen Studien ihrer Universitätsjuristen in der Öffentlichkeit. Umgekehrt sind sie in der Lage, Angriffe zu organisieren, die darauf abzielen, den beruflichen Ruf des Verfassungsrichters oder Obersten Richters oder der Rechtsprofessoren, die von ihnen als Gegner bewertet werden, zu diskreditieren.

Es ist wichtig anzumerken, dass zwar Verfassungsgerichte und andere Oberste Gerichte im Zentrum dieser juristokratischen Staatsstruktur stehen, die in vielerlei Hinsicht gegen die demokratische Organisation ist, wenn jedoch eine ausreichende parlamentarische Mehrheit für eine Verfassungsänderung erreicht wird, dann kann von dieser Mehrheit im Parlament schrittweise die juristokratischen Institutionen mit Anhänger ihrer eigenen demokratischen Werte ausgefüllt werden. Dies kann zu einer einzigartigen Situation im internen Kontext der europäischen Juristokratie führen, die im Wesentlichen von amerikanischen linkliberalen Kräften geregelt und betrieben wird. Wenn nämlich eine rechtskonservative Partei eine Mehrheit erhält, die ausreicht, um die Verfassung zu ändern, dann kann letztendlich die Mehrheit des Verfassungsgerichts mit Neueinstellungen und der Wahlen neuer Verfassungsrichter umgewandelt werden und die bisherige Juristokratie wird von der linksliberalen Richtung zu dem konservativen Trend umgestellt. Von dieser Wende wird auch die Wirksamkeit ihres linksliberalen NRO-Netzwerks und der Gruppe von Universitätsjuristen größtenteils beeinträchtigt. Dies geschieht seit 2011 schrittweise in Ungarn und seit 2015 in Polen. Infolgedessen kann man die häufig gehörten Angriffe von NRO-Anwälten und Universitätsjuristen gegen die neuen Verfassungsrichter und andere Oberste Richter verstehen, und ihre Angriffe werden in den Magazinen dieser Länder (im In- und Ausland) sowie auf linksliberalen Online-Medien verbreitet. Dies kann jedoch nur ein vorläufiger Zustand sein, denn wenn die Mehrheitsregierung, von der der Umsturz verursacht wurde, ihren Platz für einen neue Regierungsmehrheit übergibt, die eine freundschaftliche Beziehung mit der juristokratischen Organisationen hat, selbst wenn sie keine Verfassungsänderungsmacht besitzt, kann sie mit der Unterstützung dominanten westlichen linken und linksliberalen politischen

Kräfte sogar versuchen, die bisherige demokratische Staatsstruktur mit einem Verfassungsputsch umzukehren. Das heißt, die fragmentierte Juristokratie in Ungarn und Polen scheint nur vorläufig zu sein.

Wenn man sich den Verfassungsgerichten in den ostasiatischen Ländern zuwendet, muss man sich ansehen, wie die Muster, die wir in Osteuropa kennen, dort funktionieren, oder wie sie sich unterscheiden. Ein Unterschied besteht darin, dass es in ganz Ostasien kein umfassendes Menschengerichtbarkeit gibt, wie in Lateinamerika und in Afrika, wohin diese juristokratische Organisation exportiert werden konnte. Somit gibt es in der ostasiatischen Region keine einheitliche globale Juristokratie außerhalb der einzelnen Staaten. Es gab auch keinen Hinweis darauf, dass hier Tochtergesellschaften globaler amerikanischer NRO-Netzwerke aufgebaut wurden, von denen hier die Verfassungsgerichtsbarkeit einzelner Staaten bewegt werden würde. Der Hauptunterschied besteht darin, dass es sich hier um eine juristokratische Organisation handelt, die auf sozialen Gruppen mit internen Machtquellen basiert wird, neben einer parallel existierenden demokratischen Organisation, das heißt, es handelt sich nicht um ein exportiertes, von außen gebautes juristokratisches Machtssystem. Während einige NRO-Netzwerke offensichtlich externe Wurzeln haben, scheinen dies eher die Ausnahmen hier in Ostasien zu sein.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass keine externe Verbindung zu diesen ausländischen juristokratischen Organisationen besteht, da im Fall der indischen Obersten Richter ihre Verfassungsauslegungsmuster eine Nachahmung der aktivistischen Auslegung des amerikanischen Obersten Gerichtshofs aus den 1960er Jahren war und später die Annahme von Rechtsstreitigkeiten von öffentlichem Interesse bzw. das Erkennen der Bedeutung der Zusammenarbeit mit der selbstgeschaffenen Pro-Bono-Anwaltskanzleien ergab sich aus den Erfahrungen der USA. Dies waren jedoch lediglich ideologische Übernahmen, die durch interne Machtanreize diktiert wurden, und nicht die Konsequenzen der Ansiedlung durch externe globale Mächte, wie dies in Osteuropa zu beobachten war. In ähnlicher Weise kann bei den Verfassungsrichtern in Thailand, Taiwan und Südkorea die sehr enge Bindung an die

verfassungsrechtlichen Muster und Argumentationsformeln der deutschen aktivistischen Verfassungsgerichtsbarkeit als Folge interner politischer Machtunterschiede angesehen werden, und diese Bindung kann nicht als eine Akzeptanz der Unterwerfung unter die Weltmacht verstanden werden.

Alles in allem stellen das System der Verfassungsgerichtsbarkeit in Ostasien und das darauf basierende Rechtssystem eine parallele Machtorganisation neben der demokratischen Organisation in mehreren Staat dar und der politischen Machtkampf wird dadurch verdoppelt. Infolgedessen wird die Willensbildung des Staates und auch das Rechtssystem in diesen Ländern verdoppelt, und zusätzlich zu den vom parlamentarischen Gesetzgeber geschaffenen Gesetzen gibt es ein konstitutionalisiertes Rechtsmaterial.

In Bezug auf die Verfassungsgerichtsbarkeit der lateinamerikanischen Länder kann man hier eine Zwischenposition behaupten. Diese Position ist zwischen der von außen exportierten und aufrechterhaltenen osteuropäischen Juristokratie und dem ostasiatischen Modell der Verwendung der Juristokratie für die interne Machtverdoppelung. Die meisten Staaten sind hier zur Superjuristokratie gegangen, angeführt von Kolumbien, Brasilien, Costa Rica und teilweise Mexiko, aber die fortgesetzte Ideologie und die Ansiedlung von NROs-Netzwerke aus den USA waren schließlich mit dem internen Pluralismus als alternative Machtform verbunden und wurden für Gruppen verwendet, die bei demokratischen Wahlen schwächer sind, aber ansonsten über Machtressourcen verfügen. Es handelt sich also nicht nur um eine Juristokratie, die von der externen Organisation der linksliberalen Kräfte der USA, wie in Osteuropa beobachtet, aufrechterhalten wird, sondern um den Ausdruck einer dauerhaften internen Dualität der Macht, wie wir sie in Ostasien gesehen haben.

3.2. Doppelstaat und Verdoppelung des Rechtssystems

Wahrscheinlich hat es auch dazu beigetragen, dass ich in den letzten Monaten ernsthaft über den Vorschlag nachgedacht habe, mein Konzept über das

Rechtssystem mit vier Sinnschichten zu korrigieren, weil ich in den letzten acht Jahren als Mitglied des Verfassungsgerichts die meiste Zeit meiner Tage an Entscheidungsfindung des Verfassungsgerichts beteiligt war. Die Kritik über mein Konzept hat behauptet, dass das Rechtssystem nicht vier, sondern fünf Sinnschichten hat – im Gegensatz zu dem, was ich Ende der 1980er Jahre festgelegt habe. Denn habe ich damals den Rechtsbegriff ehemals prominenter deutscher Autoren als Ausgangspunkt benutzt, von denen das Recht hauptsächlich als eine Kombination der Textschicht, der Rechtsdogmatik und des höchstgerichtlichen Fallrechts aufgefasst wurde, und ich ergänzte diese Kombination mit der Grundrechtsschicht, die am Ende der 80er Jahren schon offensichtlich eine große Bedeutung hatte. Mein Kritiker, *Csaba Cservák* begann dies zu korrigieren und sagte 2015, dass es eine fünfte Rechtsschicht gibt und sie ist die Grundrechtsdogmatik. Als ich nachgedacht hatte, konnte ich bemerken, dass er recht hatte, aber als ich es jetzt ernst nahm, stellte ich sofort fest, dass es auch eine sechste Rechtsschicht gibt, mit dem ich die meiste Zeit meiner Tage seit Jahren verbracht habe, und das ist das Fallrecht der Verfassungsgerichte. Weil ich 2015 die These von Ran Hirschl über die Juristokratie übernommen und erweitert hatte, bin ich jetzt zu dem Schluss gekommen, dass von der Verfassungsgerichtsbarkeit unter bestimmten Bedingungen das demokratische System des Staates dupliziert wurde, indem eine juristokratische Struktur über die Demokratie aufgebaut wurde. Das heißt, es gibt in dem Rechtssystem nicht sechs Sinnschichten, sondern dieses System hat sich verdoppelt, und ebenso wie das traditionelle Rechtssystem von Textschicht, Rechtsdogmatik und Fallrecht aufgebaut wurde, hat der duplizierte Teil des Rechts ebenso diese drei Sinnschichten. In dieser Anordnung hat der neue konstitutionellen Teil des Rechts den Vorrang vor dem traditionellen Rechts, und die Erfahrung hat gezeigt, dass dies zu einem ständigen Kampf mit den Trägern traditioneller Rechtsschichten geführt hat, wie im Falle der Gesetzgebung mit den Abgeordneten der Regierungsparteien, im Falle der Rechtsdogmatik mit den Professoren der traditionellen Rechtszweige, und mit den Richtern des Obersten Gerichtshofs, obwohl der Grad dieses Kampfes von Land zu Land unterschiedlich ist.

Nachdem ich an diesem Punkt angelangt war, schaute ich in der ausländischen Literatur nach, ob ich mit dieser Einsicht eine brandneue Idee hatte, oder nur andere Behauptungen wiederholte, die bereits von anderen hergestellt wurden. Dabei fiel mir sofort ein, dass das, was ich jetzt aufgrund der Erweiterung des Rechtsbegriffs mache, von den Deutschen unter einem anderen Namen in den 1980er Jahren diskutiert wurde, und das erweiterte Verfassungsrecht in Gegenüberstellung mit den traditionellen Rechtszweigen als einfaches Recht versus Verfassungsrecht behandelt wurde. Obwohl dies nicht ausdrücklich als Verdoppelung des Rechtssystems bezeichnet wurde, wurde es dennoch in gewisser Hinsicht erörtert. Dann habe ich diese Themenbehandlung als alternative Formulierung meiner Verdoppelungsthese durchgedacht, die in Kapitel III des Bandes enthalten ist. Gleichzeitig war es gut zu sehen, weil ich das Recht nicht als ein Ganzes im Auge hatte, sondern durch die Aufteilung in Sinnschichten, und auf diese Weise konnte ich die traditionellen Schichten des Rechts mit den Schichten des neuen konstitutionellen Rechts besser konfrontieren und vergleichen. Dadurch kam es besser vor Auge, wie sich die einzelnen Rechtsschichten des traditionellen Rechts im Bereich des neuen konstitutionellen Rechts verändert haben. Dies wirft eine Reihe von Fragen auf, die von der deutschen Thematisierung von Verfassungsrecht versus einfachem Recht nicht aufgeworfen werden konnten. (Ich beziehe mich hier nur auf die sechs wichtigen Unterschiede zwischen den Schichten des traditionellen Rechts und den Schichten des konstitutionellen Rechts, die ich im ersten Kapitel dargestellt habe.)

Aus diesem Vergleich lässt sich jedoch viel lernen, da die Deutschen schon in der Vergangenheit begonnen haben, die Verdoppelungstendenz durch das erweiterte Verfassungsrecht zu studieren, aber auch, weil der Rest der Welt auf den Deutschen basiert, ob diese Änderung entweder als Modell oder eher als Irrweg verstanden werden sollte. So hat sich im Fall des Verfassungsprivatrechts der Grad der britischen und italienischen Konstitutionalisierung nach dem Vorbild der Deutschen auf die Anerkennung der direkten Wirkung verlagert, nachdem die indirekte Wirkung schon früher

anerkannt wurde, während diese Umwandlung in den USA auf einem niedrigeren Grad der Konstitutionalisierung geblieben hat. In ähnlicher Weise waren im Fall des Verfassungsstrafrecht die von den deutschen Strafrechtsprofessoren hier entwickelten Lösungen, die auf die Konstitutionalisierung des gesamten konventionellen Strafrechts abzielten, gute Grundlage, um den Grad der tatsächlichen Konstitutionalisierung des Strafrechts in den verschiedenen Ländern auf einer Skala zu klassifizieren. Somit war es in diesem Vergleich klar, dass das deutsche Verfassungsgericht selbst in einer Entscheidung für diesen Bereich im Jahr 2008 die Konstitutionalisierung des Strafrechts vollständig abgelehnt hat und die strafrechtliche Bestimmungen des Grundgesetzes nur als Verfassungsgarantien aufgefasst wurden. Dies wurde auch in den USA getan, aber in Gegensatz dazu hat der Oberste Gerichtshof in Kanada mit Begeisterung begonnen, das Strafrecht zu konstitutionalisieren. Danach war es aufschlussreich, die Konstitutionalisierung des Strafrechts von den ungarischen Verfassungsrichter in den 90er Jahren mit den ausländischen Beispielen zu vergleichen, da sich herausstellte, dass die Ungarn in den 90er Jahren sogar einen Weltmeistertitel hätten erhalten können. Weil das, was die meisten Verfassungsrichter in den Ländern der Welt nicht getan haben – und seit 2000 haben sich die Obersten Richter Kanadas nur genähert –, hat das neu geschaffene Verfassungsgericht in Ungarn dies am Anfang der 90er Jahre ohne Skrupel getan. Was die deutsche Strafrechtsprofessoren zu Hause nicht erreichen konnten und nur davon träumten, ihre Vorschläge in die deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit umgesetzt zu werden, wurde in den neunziger Jahren von der Mehrheit der ungarischen Verfassungsrichter ohne Zögerung getan, und sie vernichteten eine Reihe von strafrechtlichen Gesetzesbestimmungen als Verstoß gegen das Ultima-ratio-Prinzip.

Auf dieser Grundlage habe ich meine vergleichende Analyse zusammengefasst, dass bei der Konstitutionalisierung von Rechtszweige zwei Grade unterschieden werden können. Dies kann in geringerem Maße geschehen, wenn es nur um verfassungsrechtliche Garantien geht, aber es ist auch in höherem Maße möglich, in dem von der Konstitutionalisierung

der gesamte Umfang der Rechtsnormen eines traditionellen Rechtszweig gemeinsam mit ihrem Rechtsdogmatik grundsätzlich umgeschrieben wird. Dies geschieht im Bereich des Strafrechts, wenn zusätzlich zu den verfassungsrechtlichen Garantien des Strafrechts eine allgemeine Formel zum Standard des verfassungsgerichtlichen Prüfung erhoben wird, von der alle strafrechtlichen Tatbestände und Regeln überprüft und vernichtet werden können. Als eine solche allgemeine Formel wurde die Kategorie des Rechtsguts von einer Gruppe von Strafrechtsprofessoren in Deutschland entwickelt, und in Kanada wurde von den höchsten Richter das Ultima-Ratio-Prinzip kombiniert mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu diesem Zweck benutzt. Im Bereich des Privatrechts ist das Erkennen oder Verweigern des horizontalen Einflusses der Grundrechte zwischen privaten Parteien der Wendepunkt, der den Grad der Konstitutionalisierung in einem bestimmten Land und damit den Grad der Verdoppelung des Rechtssystems bestimmt.

Als ich meine Forschung auf diesem Gebiet fortsetzte, wurde ich darauf aufmerksam, dass wegen der Verbreitung der Verfassungsgerichtsbarkeit während der letzten Jahrzehnten die Zahl der existierenden Verfassungsgerichte oder Oberste Gerichte mit Befugnis von Verfassungsgerichtsbarkeit von drei auf mehr als hundert gestiegen hat. Hier stieß ich auf die Erinnerung an *Savigny*, der am Anfang von 19. Jahrhundert gegen die von Franzosen verbreiteten schriftlichen Gesetzgebung kämpfte, und obwohl er auf realistische Probleme hinwies, aber im Nachhinein ist es festzustellen, dass er den Aufstieg einer neuen evolutionären Rechtsstufe vergeblich verhindern wollte. Angesichts der unaufhaltsamen Verbreitung der Konstitutionalisierung in den letzten 40 Jahren – weit über die bescheidene verfassungsrechtliche Denkweise in Kelsens Kopf hinaus – bin ich jetzt zu dem Schluss gekommen, dass es sich hier vielleicht um eine neuere Rechtsstufe handelt, und man kämpfte damit vergeblich als eine bloße aktivistische Verfassungsgerichtsbarkeit. Dies zerstört zweifellos einigermaßen die Demokratie, und zerstört auch die dogmatische konzeptuelle Ordnung der traditionellen Rechtszweige, aber vielleicht ist es eine „produktive Zerstörung“ im Namen einer

neuen, und höheren Funktion oder noch mehrere Funktionen des Rechts, die zuvor nicht in Betracht gezogen wurde. Bisher habe ich mich auf die spezifischen Gründe konzentriert, die die Vorherrschaft der demokratischen Gesetzgebung in einigen Ländern durch Verfassungsgerichte und andere oberste Richter ersetzt haben, und dies waren ziemlich prosaische politische und Machtgründe, wie von Ran Hirschl in seinem Buch *Toward Juristocracy* geschrieben wurde. In der Tat ist es völlig unabhängig von den konkreten Ursachen einer neu entstandenen Institution, ob sie danach überleben oder verschwinden wird. Nach der evolutionistischen funktionalistischen Theorie ist entscheidend in dieser Hinsicht, ob von einer solchen neuen Institution eine dauerhafte Funktion oder Funktionen ausgeübt werden kann oder nicht. Die Frage ist also, ob eine solche dauerhafte Funktion in Bezug auf die in der Welt immer mehr verbreiteten Verfassungsgerichtsbarkeit demonstriert werden könnte.

Da ich mich erst am Anfang meiner Analyse in diesem Bereich befinde, habe ich nur zwei Funktionen in das Vorwort zu meinem hiesigen Band aufgenommen, die dies bedeuten könnten. Ich wiederhole: „Ein mögliches dauerhafte Funktion ist meines Erachtens, dass eine bewusste gesetzgeberische Tätigkeit in Form von politischer Gesetzgebung und der untergeordneten Ministerialverordnungen die Rechte und Pflichten einzelner Personen nur in einem instrumentellen Querschnitt berücksichtigen kann. Im Gegensatz dazu kann die Verfassungsgerichtsbarkeit aufgrund ihrer Konzentration auf individuelle Rechte und Pflichten im Laufe ihrer fallspezifischen Arbeitsweise – zumindest in Bezug auf die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gerichtsentscheidungen und der von ihnen angewandten gesetzlichen Bestimmungen – die unteren Rechtsstufen korrigieren, indem in dieser neuen Rechtsstufe auf die Rechte des Einzelnen konzentriert wird. Auf diese Weise kann die sich abzeichnende neue Rechtsstufe die evolutionären Zusätze der früheren Rechtsstufen ebenso bereichern, wie die bewusste Gesetzgebung früher bereicherte, und auch die Rechtsdogmatik mit der Einführung einer strengen logischen Ordnung das Rechtssystem aufbessern konnte.“

Das wäre also eine Funktion, aber auch eine andere Funktion tauchte für mich auf. Die Analyse der weit verbreiteten Anwendung der neuen Rechtsstufe der Verfassungsgerichtsbarkeit über die Gesetzgebung auf der ganzen Welt kann die dauerhafte Funktion auch darin finden, dass auf diese Weise die Demokratie, die auf Millionen von Wählern basiert, letztendlich mit Korrekturen des Eliten institutionell verbunden und mit diesen koexistiert wird. So kann das, wofür die französischen Revolutionäre der Aufklärung nach Rousseaus Vorstellung in Form der Volksvertretung gekämpft haben, mit der Machtrealitäten der Eliten koexistieren. In pessimistischer Sichtweise ist dies eine Einschränkung der Demokratie – wie es gegen die Verfassungsgerichtsbarkeit oft beschrieben wurde –, aber aus optimistischer Sicht ist dies vielleicht die einzige Möglichkeit, die Massendemokratie zumindest in dieser Form trotz der ungezügelter Dominanz der Eliten aufrechtzuerhalten.

Es liegt an jedem, zu entscheiden, ob diese hier hervorgehobenen Funktionen ausreichend würdig sind, um als „produktive Zerstörung“ angesehen zu werden, die die Demokratie und die traditionelle Dogmatik untergraben, und um sie zu unterstützen. Oder man kann nach anderen legitimen Funktionen recherchieren. Auf jeden Fall sehe ich nach fast einem halben Jahrhundert kaum eine Chance, den Trend umzukehren, und, wie Kelsen träumte, eine Verfassungsgerichtsbarkeit unter der Herrschaft der Demokratie und des traditionellen Rechtssystems zu stellen.

Die Angabe dieser Funktionen ist noch weitgehend hypothetisch und muss durch Analyse und die Erkenntnisse anderer belegt werden. Aber zum zweiten habe ich bereits eine vollständige Analyse von *Robert Bork* gefunden, die dies fast für mich getan hat. Ich zitiere aus ihr: „A judge inserting new principles into the Constitution tells us their origin only in a rhetorical, never an analytical, style. There is, however, strong reason to suspect that he judge absorbs those values he writes into law from the social class or elite which he identifies. It is a common place that moral views vary both regionally within the United States and between socio-economic classes. It is similarly a common place that the morality of certain elites may count

for more in the operation of government than that morality which might command the allegiance of a majority of the people. In no part of government is this more true than in the courts. An elite moral or political view may never be able to win an election or command the votes of a majority of legislature, but it may nonetheless influence judges and gain the force of law in that way. That is the reason judicial activism is extremely popular with certain elites and why they encourage judges to think it the highest aspect of their calling. Legislation is far more likely to reflect majority sentiment while judicial activism is likely to represent an elite minority's sentiment."²²²

Am Ende meiner Zusammenfassung möchte ich kurz auf die Anomalie eingehen, die in Bezug auf das Verfassungsrecht als ein Rechtszweig durch seine Erweiterung zu einer Rechtsverdoppelung entstand. In den kontinentaleuropäischen Rechtssystemen gab es die Rechtzweigaufteilung schon seit mehr als 150 Jahren und es fragmentierte auch das Juristentum in Rechtzweige als Privatrechtsprofessor, Strafrechtler, Prozessrechtsprofessor usw. Parallel damit entstand eine zweite Auflösung des Juristentums in den verschiedenen Rechtsberufen wie die Richterschaft und Staatsanwaltschaft, die Rechtsanwälte, die Juristen der öffentlichen Verwaltung und die Universitätsjuristen. Diese zweite Auflösung wirkt sich nicht mehr auf die Tatsache aus, dass jeder kontinentaleuropäische Jurist nach seinem Universitätsabschluss gezwungen ist, sich auf einem Rechtszweig zu spezialisieren, um seine Karriere voranzutreiben. Die Richter der Obersten Gerichte, die Rechtsprofessoren, die Mitglieder der Elite der Staatsanwaltschaft und der Elite der Anwälte sind alle nur spezialisierte Juristen, die nur mit Nostalgie auf andere Bereiche des Rechtssystems beobachten können, die sie einst als Jurastudent gelernt haben, aber es wurde seit Jahrzehnten vergessen. Im Gegensatz dazu hat die Richterschaft in den Vereinigten Staaten eine generalistische Urteilstätigkeit beibehalten, und weil sie größtenteils auch Universitätsjuristen sind, werden von ihnen die nächsten Generationen von Juristen immer in einer umfassenden juristischen Sichtweise ausgebildet.

²²² Bork, *The Tempting of America*, 17.

Diese umfassende juristische Sichtweise hat in dem europäischen Kontinent allmählich verschwunden, was für die spezialisierten Juristen hier schwierig macht, die Aufgabe der generalistischen Verfassungsgerichtsbarkeit aus Amerika zu übernehmen.

Meines Erachtens erfordert die Erweiterung des Verfassungsrecht, die von dem generalistischen Verfassungsgerichtsbarkeit vorangetrieben wird, und von welchem die Verdoppelung des Rechtssystems verursacht wird, ein generalistisches Rechtzweig von konstitutionellem Recht neben der horizontalen Aufteilung der traditionellen Rechtszweige zu institutionalisieren und dafür mindestens ein Hauptfach in dem Jurastudium zu geben. Daraus folgt, dass die Benennung als Verfassungsrecht, das in den letzten Jahrzehnten mit dem alten Staatsrecht identifiziert wurde, als unangemessener Name abgelehnt werden muss. Diese Fehlidentifikation hat heute in den Lehrstühle für Verfassungsrecht in Ungarn dazu geführt, dass sich die Universitätsdozenten hier in erster Linie mit Privatverfassungsrecht, Verfassungsstrafrecht und das internationale Verfassungsrecht beschäftigen, aber das Material des ehemaligen Staatsrechts wurde für die Politikwissenschaftler übergeben. Sie verfügen jedoch nur über geringe rechtliche Kenntnisse, um ein tieferes Verständnis des Kontextes zu erlangen. Mit anderen Worten, mein Vorschlag in Bezug auf die Rechtsgebiete und die juristische Ausbildung ist, dass das Staatsrecht sein Material und seinen Namen zurückgewinnen sollte, und unter dem Namen vom konstitutionellen Recht als ein generalistisches neues Rechtzweig in das Jurastudium inkorporiert werden sollte. Diese generalistische Rechtzweig konnte die heutigen verschiedenen verfassungsrechtlichen Aktivitäten, wie Verfassungsstrafrecht, Finanzverfassungsrecht usw. einbeziehen. Es ist wahr, dass die Zusammenfassung verschiedener heutiger konstitutioneller Rechtsgebiete in einer höheren Ebene gleichzeitig zu neuen Rivalitäten führen könnte. Aber da sie auch heute existieren, und nur versteckt und unüberschaubar sind, wäre vielleicht diese öffentliche Institutionalisierung über die traditionellen Rechtszweige unter diesem Gesichtspunkt angemessener.

Literaturverzeichnis

- Alexy, Robert, „Verfassungsrecht und einfaches Recht: Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit“, in Robert Alexy, Philip Kunig, Werner Heun, Georg Hermes, Wilfried Erbguth, Wolfram Höfling, Rudolf Streinz und Astrid Epiney, *Verfassungsrecht und einfaches Recht: Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. Beiträge und Diskussionen auf der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Würzburg vom 3. bis 6. Oktober 2001*, Berlin – New York: de Gruyter, 2002, 7–33. Online: <https://doi.org/10.1515/9783110898743>
- Amberg Erzsébet, *Abüntetjogi felelősség helye és ultima ratio szerepe a felelősségi alakzatok rendszerében* (Doktorarbeit), Pécs: PTE ÁJK Doktorai Iskolája, 2019. Online: <http://pea.lib.pte.hu/handle/pea/23695>
- Andia, Maria Gracia, *Disadvantaged Groups: The Use of Courts and Their Impact: A Case Study of Legal Mobilization in Argentina* (Doktorarbeit), Boston: Northern University, 2011. Online: <https://doi.org/10.2139/ssrn.1664178>
- Arguelhes, Diego Werneck und Evandro Proença Sússekind, „Building Judicial Power in Latin America: Opposition Strategies and the Lessons of the Brazilian Case“, *Revista Uruguaya de Ciencia Política* 1, Nr. 27 (2018), 175–196. Online: <https://doi.org/10.26851/rucp.27.8>
- Balganesh, Shyamkrishna, „The Constitutionalization of Indian Private Law“, *Faculty Scholarship at Penn Law* Nr. 1557 (2016). Online: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1557
- Berger, Benjamin L, „Constitutional Principles in Substantive Criminal Law“, *Osgoode Legal Studies Research Paper Series* Nr. 54 (2014), 1–26. Online: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/olsrps/54>
- Bhuwana, Anuj, „Courting the People: The Rise of Public Interest Litigation in Post-Emergency India“, *Comparative Studies of South Asia, Africa and Middle East* 34, Nr. 2 (2014), 314–335. Online: <https://doi.org/10.1215/1089201X-2773875>
- Bork, Robert H, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, New York: Simon and Schuster, 1990.
- Bragyova András, „Munkajog és alkotmányjog: Három alkotmányelméleti reflexió Kiss György értékezése kapcsán“, in Boóc Ádám und Fekete Balázs (Hrsg.), *Il me semblait que j'étais moi-même ce dont parlait l'ouvrage: Liber amicorum Endre Ferenczy*, Budapest: Patrocinium, 2012, 45–55.
- Brinks, Daniel M und Abby Blass, *The DNA of Constitutional Justice in Latin America. Politics, Governance, and Judicial Design*, Cambridge: Cambridge University Press, 2018. Online: <https://doi.org/10.1017/9781316823538>
- Burnham, William und Alexei Trochev, „Russia's War between Courts: The Struggle over the Jurisdictional Boundary between the Constitutional Court and Regular Courts“, *The American Journal of Comparative Law* 55, Nr. 3 (2007), 381–452. Online: <https://doi.org/10.1093/ajcl/55.3.381>
- Butt, Simon, Melissa Crouch und Rosalind Dixon, „The First Decade of Indonesia's Constitutional Court“, *Australian Journal of Asian Law* 16, no 2 (2016), 1–7. Online: <https://ssrn.com/abstract=2745100>

- Caro, Ariela Ruiz, „The Dramatic Fall of Chile as Latin America’s Neoliberal Role Model“, *Counterpunch*, 5 Februar 2020. Online: www.counterpunch.org/2020/02/05/the-dramatic-fall-of-chile-as-latin-americas-neoliberal-role-model
- Cliquennois, Gaëtan und Brice Champetier, „The Economic, Judicial and Political Influence Exerted by Private Foundations on Cases Taken by NGOs to the European Court of Human Rights: Inking of a New Cold War?“, *European Law Journal* 22, Nr. 1 (2016), 92–126. Online: <https://doi.org/10.1111/eulj.12171>
- Coddou McManus, Alberto, „Addressing Poverty through a Transformative Approach to Anti-Discrimination Law in Latin America“, in Pedro Fortes, Larissa Boratti, Andrés Palacios Lleras und Tom Gerald Daly, *Law and Policy in Latin America: Transforming Courts, Institutions, and Rights*, London: Palgrave Macmillan, 2017, 221–237. Online: https://doi.org/10.1057/978-1-137-56694-2_13
- Colón-Ríos, Joel I, „Constitutionalism and Democracy in Latin America“, *Victoria University of Wellington Legal Research Paper* Nr. 118/2017 (2017). Online: <https://ssrn.com/abstract=2871610>
- Collins, Hugh, „Private Law, Fundamental Rights and the Rule of Law“, *West Virginia Law Review* 121, Nr. 1 (2018), 1–25. Online: <https://researchrepository.wvu.edu/wvrl/vol121/iss1/4>
- Condeixa, Fábio, „Parallels between Judicial Activism in Brazil and Australia: A Critical Appraisal“, *The Western Australian Jurist* 3, Nr. 1 (2012), 103–125. Online: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/WAJurist/2012/4.html>
- Cross, Mai’a K Davis, „Rethinking Epistemic Communities“, *Review of International Studies* 39, Nr. 1 (2013), 137–160.
- Cservák Csaba, „A jurisztokrácia aggálya és az ellentmondások feloldása“, *Jogelméleti Szemle* Nr. 2015/4 (2015), 55–61. Online: http://jesz.ajk.elte.hu/2015_4.pdf
- Cservák Csaba, *Az alapjogokat érvényesítő intézményrendszer*, Debrecen: Lícium-Art, 2018.
- Dawson, John P, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, MI: University of Michigan Law School, 1968.
- Deák Dániel, *Alkotmány és adójog*, Budapest: HVG-ORAC, 2016.
- Dubber, Markus, „Criminal Justice in America: Constitutionalization Without Foundation“, in John T Parry und L Song Richardson (Hrsg.), *The Constitution and the Future of Criminal Justice in America*, New York: Cambridge University Press, 2013, 27–42. Online: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139108034.004>
- Eörsi Máttyás, „2014“, *Magyar Narancs*, 28 April 2011. Online: <https://magyarnarancs.hu/publicisztika/2014-76021>
- Epp, Charles R, *The Rights Revolution*, Chicago–London, University of Chicago Press, 1998. Online: <https://doi.org/10.7208/chicago/9780226772424.001.0001>
- Esquirol, Jorge L, „The Geopolitics of Constitutionalism in Latin America“, in Colin Crawford und Daniel Bonilla Maldonado (Hrsg.): *Constitutionalism in the Americas*, New York: Edward Elgar, 2018, 79–108. Online: <https://doi.org/10.7208/chicago/9780226772424.001.0001>
- Esser, Josef, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen: Mohr, 1956.
- Esser, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main: Athenäum, 1970.

- Fisch, William B und Richard S Kay, „The Constitutionalization of Law in the United States“, *The American Journal of Comparative Law* 46, Nr. 437 (1998), 437–462. Online: <https://doi.org/10.1093/ajcl/46.suppl1.437>
- Fombad, Charles Manga, „Constitutional Reform and Constitutionalism in Africa: Some Current Challenges and Future Prospects“, *Buffalo Law Review* 59, Nr. 4 (2011), 1007–1108. Online: <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/buffalolawreview/vol59/iss4/4>
- Forsthoff, Ernst, *Der Staat der Industriegesellschaft*, München: Beck, 1971.
- Fudge, Judy, „Constitutionalizing Labour Rights in Canada and Europe: Freedom of Association, Collective Bargaining, and Strikes“, *Current Legal Problems* 68, Nr. 1 (2015), 267–305. Online: <https://doi.org/10.1093/clp/cuv003>
- Galvin, Daniel J, „From Labor Law to Employment Law: The Changing Politics of Workers’ Rights“, *Studies in American Political Development* 33, Nr. 1 (2019), 50–86. Online: <https://doi.org/10.1017/S0898588X19000038>
- Gao, Ceilidh, „What’s Next for Forced Arbitration? Where We Go after SCOTUS Decision in Epic Systems?“ *NELP: National Employment Law Project*, 5 Juni 2018. Online: www.nelp.org/blog/whats-next-forced-arbitration-go-scotus-decision-epic-systems
- Gardbaum, Stephen, „Are Strong Constitutional Court Always a Good Thing for New Democracies?“ *Columbia Journal of Transnational Law* 53, Nr. 285 (2015), 285–320. Online: <https://ssrn.com/abstract=2552816>
- Gárdos-Orosz Fruzsina, *Alkotmányos polgári jog? Az alapvető jogok alkalmazása a magánjogi jogvitákban*, Budapest–Pécs: Dialóg Campus, 2011. Online: <http://real.mtak.hu/id/eprint/137206>
- Gargarella, Roberto, *Too Much „Old“ in the „New“ Latin America Constitutionalism* (2015). Online: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/SELA15_Gargarella_CV_Eng_20150512.pdf
- Garth, Bryant G, „Brazil and the Field of Socio-Legal Studies: Globalization, the Hegemony of the US, the Place of Law, and Elite Reproduction“, *Revista de Estudos Empíricos em Direito* 3, Nr. 1 (2016), 12–23. Online: <https://doi.org/10.19092/reed.v3i1.94>
- GIDES, *Argentina’s Supreme Court and the Covenant* (2017). Online: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/ARG/INT_CESCR_ICO_ARG_28653_E.pdf
- Giménez, Francisca Pou, „Changing the Channel: Broadcasting Deliberations in the Mexican Supreme Court“, in Richard David und Davis Taras (Hrsg.), *Justices and Journalists: The Global Perspective*, New York: Cambridge University Press, 2017, 209–234. Online: <https://doi.org/10.1017/9781316672228.011>
- Giménez, Francisca Pou, „Supreme and Constitutional Courts: Directions in Constitutional Justice“, in Rachel Sieder, Karina Ansolabehere und Tatiana Alfonso (Hrsg.): *Routledge Handbook of Law and Society in Latin America*, London: Routledge, 2017.
- Giménez, Francisca Pou, „Constitutionalism and Rights Protection in Mexico and Brazil: Comparative Remarks“, *Revista de Investigações Constitucionais* 5, Nr. 3 (2018), 233–255. Online: <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i3.60972>
- Ginsburg, Tom, „Constitutional Courts in East Asia: Understanding Variation“, *Journal of Comparative Law* 80, Nr. 1 (2008), 80–99. Online: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5612&context=journal_articles

- Ginsburg, Tom, „The Constitutional Court and the Judicialization of Korean Politics“, in Andrew Harding und Penelope Nicholson (Hrsg.), *New Courts in Asia*, London: Routledge, 2009.
- Graglia, Lino A, „The Legacy of Justice Brennan: Constitutionalization of the Left-Liberal Political Agenda. *Washington University Law Review* 77, Nr. 1 (1999), 183–192. Online: https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol77/iss1/4
- Greco, Luís, „Das Bestimmtheitsgebot als Verbot gesetzgeberisch in Kauf genomener teleologischer Reduktionen. Zugleich: Zur Verfassungsmäßigkeit vom §§ 217 und 89a 2 Nr. 1 StGB“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 11 (2018), 475–483. Online: www.zis-online.com/dat/artikel/2018_11_1242.pdf
- Hailbronner, Michaela, *Tradition and Transformation: The Rise of German Constitutionalism*, New York: Oxford University Press, 2015. Online: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198735427.001.0001>
- Hassemer, Winfried, „Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?“, in Roland Hefendehl, Andrew Hirsch und Wolfgang Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatische Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003, 57–64.
- Hirschl, Ran, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Boston: Harvard University Press, 2004. Online: <https://doi.org/10.2307/j.ctv15d81nb>
- Holloway, Ian, „The Constitutionalization of Employment Rights: A Comparative View“, *Berkeley Journal of Employment and Labor Law* 14, Nr. 1 (1993), 114–141. Online: <https://www.jstor.org/stable/24050617>
- Huneus, Alexandra, „Constitutional Lawyers and the Inter-American Court’s Varied Authority“, *Law and Contemporary Problems* 79 (2016), 179–205. Online: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol79/iss1/7>
- Jahn, Matthias, Christoph Krehl, Geirg-Friedrich Güntge und Markus Löffelman, *Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen*, Heidelberg: Müller, 2011.
- Jardi, Dominic J, „Demand-Side Constitutionalism: How Indonesian NGOs Set the Constitutional Court’s Agenda and Inform the Justices“, *Centre for Indonesian Law, Islam and Society, University of Melbourne Policy Paper* 15 (2018). Online: <https://doi.org/10.46580/124359>
- Jestaedt, Matthias, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtgewinnungstheorie*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1999. Online: <https://doi.org/10.1628/978-3-16-158076-5>
- Jhering, Rudolph von, *Der Zweck im Recht* (Erster Band. Dritte durchgesehene Aulage), Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1893. Online: https://books.google.hu/books?id=W-oDAAAQAQAJ&printsec=frontcover&hl=hu&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false
- Jónás Tünde, „Véleménynyilvánítási szabadság a munkaviszonyban“, *Pécsi Munkajogi Közlemények* 3, Nr. 2 (2010), 23–48. Online: https://icell.ajk.pte.hu/downloads/PMJK_2010_02.pdf
- Keck, Margaret E und Kathryn Sikkink, *Activists beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*, Ithaca, NY – London: Cornell University Press, 1998.
- Kiss György, *Alapjogok kollíziója a munkajogban*, Pécs: Justis, 2010. Online: <http://real.mtak.hu/id/eprint/25691>

- Kranenpohl, Uwe, *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses: Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2010. Online: <https://doi.org/10.1007/978-3-531-92242-3>
- Kumm, Mattias, „Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law“, *German Law Journal* 7, Nr. 4 (2006), 341–369. Online: <https://doi.org/10.1017/S2071832200004727>
- Kunig, Philip, „Verfassungsrecht und einfaches Recht: Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit“, in Robert Alexy, Philip Kunig, Werner Heun, Georg Hermes, Wilfried Erbguth, Wolfram Höfling, Rudolf Streinz und Astrid Epiney, *Verfassungsrecht und einfaches Recht: Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit; Beiträge und Diskussionen auf der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Würzburg vom 3. bis 6. Oktober 2001*, Berlin – New York: de Gruyter, 2002, 34–78. Online: <https://doi.org/10.1515/9783110898743>
- Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (vierte Auflage), Berlin – New York: Springer, 1979. Online: <https://doi.org/10.1007/978-3-662-08715-2>
- Lee Kyung-min, „Constitutional Court Cannot Review Supreme Court Rulings“, *The Korea Times*, 25 August 2018. Online: www.koreatimes.co.kr/www/nation/2018/08/251_254783.html
- Leisner, Walter, *Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung*, Tübingen: Mohr, 1964.
- Lenkovic Barnabás, „Polgári alanyi jogok – alkotmányos alapjogok“, in Sajó András (Hrsg.), *Alkotmányosság a magánjogban*, Budapest: CompLex – Wolters Kluwer, 2006, 107–130.
- Lévay Miklós, „A büntető hatalom lehetséges korlátai egy alkotmányban, különös tekintettel a bűncselekményre nyilvánításra és a büntetésekre“, *Pázmány Law Working Papers* 24 (2011). Online: <https://plwp.eu/docs/wp/2012/2011-24.pdf>
- Lin, Chien-Chih, „Autocracy, Democracy, and Juristocracy: The Wax and Wane of Judicial Power in the Four Asian Tigers“, *Georgetown Journal of International Law* 48, Nr. 4 (2017), 1063–1145. Online: www.law.georgetown.edu/international-law-journal/wp-content/uploads/sites/21/2018/05/48-4-Autocracy-Democracy-and-Juristocracy.pdf
- Luhmann, Niklas, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart: Kohlhammer, 1974.
- Luhmann, Niklas, „Verfassung als evolutionäre Errungenschaft“, *Rechtshistorisches Journal* 9 (1990), 176–200.
- Lüke, Wolfgang, „Die Einwirkung der Grundrechte auf das Vertragsrecht des BGB“, *Ritsumeikan Law Review* 35 (2017), 155–168. Online: www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr35/021wolfgangluke.pdf
- Mathews, Jud, „State Action Doctrine and the Logic of Constitutional Containment“, *University of Illinois Law Review* 2 (2017), 655–679. Online: https://elibrary.law.psu.edu/fac_works/358
- McCluskey, Martha T, „Constitutional Economic Justice: Structural Power for «We the People»“, *Yale Law & Policy Review* 35, Nr. 1 (2016), 271–296. Online: www.jstor.org/stable/26601711
- Menyhárd Attila, „Diszkrimináció és polgári jog“, in Sajó András (Hrsg.), *Alkotmányosság a magánjogban*, Budapest: CompLex – Wolters Kluwer, 2006, 131–146.
- Mérieau, Eugénie, „Thailand’s Deep State, Royal Power and the Constitutional Court (1997–2015)“, *Journal of Contemporary Asia* 46, Nr. 3 (2016), 445–466. Online: <https://doi.org/10.1080/00472336.2016.1151917>

- Miranda Canales, Manuel Jesús, „Constitutionalization of Civil Law by the Peruvian Constitutional Court Jurisprudence“, *Yearbook of the School of Law Universidad Autónoma de Madrid* (2016). Online: www.ksrf.ru/ru/Info/Conferences/Documents/2016Miranda-CanalesEn.pdf
- Molnár András, Téglási András and Tóth J Zoltán, „A magánjogi és az alapjogi érvelések együttese“, *Jogelméleti Szemle* 2 (2012), 88–117. Online: <http://jesz.ajk.elte.hu/molnar50.pdf>
- Nagle, Luz Estella, „Evolution of the Colombian Judiciary and the Constitutional Court“, *Indiana International and Comparative Law Review* 6. Nr. 1 (1995), 59–90. Online: <https://doi.org/10.18060/17590>
- Nagy Ferenc, „A büntetőjogi legalitás elvéről és alkotmányossági megítéléséről“, in Homoki-Nagy Mária (Hrsg.), *Ünnepi kötet dr. Czúcz Ottó egyetemi tanár 70. születésnapjára*, Szeged: SZTE ÁJK, 2016, 485–492. Online: <http://acta.bibl.u-szeged.hu/id/eprint/53846>
- Naranjo Ponce, María Garcia, „Constitutional Changes in the Andes“, *Univ Estud. Bogotá (Colombia)* Nr. 13 (2016), 139–154.
- Német Imre, „A büntetőjog paradigmaváltása a 21. század hajnalán“, in Kóczy T László (Hrsg.): *Új Nemzeti Kiválóság Program 2017/2018 tanulmánykötet*, Győr: SZE, 2018, 325–339. Online: http://lnkiy.in/Nemet_2018
- Nolte, Detlef und Almut Schilling-Vacaflor, „Introduction: The Times They are a Changin': Constitutional Transformations in Latin America since the 1990s Detlef Nolte und Almut Schilling-Vacaflor (Hrsg.): *New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices*, New York: Ashgate, 2012, 3–31.
- Noltenius, Bettina, „Grenzenloser Spielraum des Gesetzesgebers im Strafrecht? Kritische Bemerkungen zur Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 26. Februar 2008“, *Zeitschrift für das Juristische Studium* 1 (2009), 15–21. Online: www.zjs-online.com/dat/artikel/2009_1_140.pdf
- Onufrio, Maria Vittoria, „The Constitutionalization of Contract Law in the Irish, the German and the Italian Systems: Is Horizontal Indirect Effect Like Direct Effect?“, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho* 4 (2007). Online: <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/78450>
- Oyhanarte, Martín, „Public Law Litigation in the US and in Argentina: Lessons from a Comparative Study“, *Georgia Journal of International and Comparative Law* 43 (2015), 454–506. Online: <https://digitalcommons.law.uga.edu/gjicl/vol43/iss2/4>
- Papier, Hans-Jürgen, „Das Bundesverfassungsgericht als «Hüter der Grundrechte»“, in Michael Brenner, Peter M Huber und Markus Möstl (Hrsg.), *Der Staat des Grundgesetzes: Kontinuität und Wandel – Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, 411–435. Online: www.gbv.de/dms/spk/sbb/toc/379164396.pdf
- Pathak, Rabindra K, *Constitutional Adjudication in India: A Study with Special Reference to Basic Structure Doctrine* (Doktorarbeit), Bardhaman, University of Burdwan, 2013.
- Pokol Béla, „A jog rétegei“, *Jogtudományi Közlöny* 45, Nr. 4 (1990), 201–209.
- Pokol Béla, „Law as a System of Professional Institutions“, *Rechtstheorie*, Nr. 3 (1990), 335–351.
- Pokol Béla, „A törvényhozás alkotmányossága“, *Világosság* 34, Nr. 1 (1993), 41–48.
- Pokol Béla, *Jogelmélet*, Budapest: Századvég, 2005.
- Pokol Béla, *Alkotmánybíráskodás: szociológiai, politológiai és jogelméleti megközelítésekben*, Budapest: Kairosz, 2014.

- Pokol Béla, „Generális bíraskodás versus specializált bírósági rendszer. Az alkotmánybíraskodás egy dilemmájáról“, *Jogelméleti Szemle* Nr. 2 (2014), 2–18. Online: http://jesz.ajk.elte.hu/2014_2.pdf
- Pokol Béla, *A jog elmélete*, Budapest: Rejtjel, 2001.
- Pokol Béla, *Theoretische Soziologie und Rechtstheorie: Kritik und Korrigierung der Theorie von Niklas Luhmann*. Passau: Schenk, 2013.
- Pokol Béla, „Alkotmánybírósági döntési stílusok Európában“, *Jogelméleti Szemle* Nr. 3 (2015), 107–129. Online: http://jesz.ajk.elte.hu/2015_3.pdf
- Pokol Béla, *A Sociology of Constitutional Adjudication*, Passau: Schenk, 2015.
- Pokol Béla, *Büntetőjogelméleti vizsgálódások*, Budapest: Rejtjel, 2016.
- Pokol Béla, *A jurisztokratikus állam*, Budapest: Dialóg Campus, 2017. Online: <http://hdl.handle.net/20.500.12944/6920>
- Pokol Béla, „Der juristokratische Staat: Die Zerlegung seiner Aspekte“, *NKE Working Papers on State*, Nr. 11 (2017). Online: http://ludovika.lnkiy.in/Der_juristokratische_Staat
- Pokol Béla, *The Juristocratic State*, Budapest: Dialóg Campus, 2017. Online: http://lnkiy.in/Juristocratic_State
- Pokol Béla, „Alkotmánybírósági törvényünk ellentmondásai és feszültségei“, *Jogelméleti Szemle* Nr. 1 (2018) 166–184. Online: http://jesz.ajk.elte.hu/2018_1.pdf
- Pokol Béla, „Az európai jurisztokrácia globális exportja“, *Jogelméleti Szemle* Nr. 1 (2019), 78–108. Online: http://jesz.ajk.elte.hu/2019_1.pdf
- Posner, Richard A., „Realism about Judges“, *Northwestern University Law Review* 105, Nr. 2 (2011), 577–586. Online: http://ludovika.lnkiy.in/Posner_2011
- Roxin, Claus, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Band I: *Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München: Beck, 1994.
- Ruffert, Matthias, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts: Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. Online: <https://doi.org/10.1628/978-3-16-158015-4>
- Ruiz Caro, Ariela, „The Dramatic Fall of Chile as Latin America’s Neoliberal Role Model“, *Counterpunch*, 05.02.2020. Online: www.counterpunch.org/2020/02/05/the-dramatic-fall-of-chile-as-latin-americas-neoliberal-role-model/
- Sajó András, „Előszó“, in Sajó András (Hrsg.), *Alkotmányosság a magánjogban*, Budapest: CompLex – Wolters Kluwer, 2006, 7–16.
- Scheingold, Stuart, „The Struggle to Politicize Legal Practice: A Case Study of Left Activist Lawyering in Seattle“, in Austin Sarat and Stuart Scheingold (Hrsg.), *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities*, New York: Oxford University Press, 1998, 118–150.
- Schor, Miguel, „An Essay on the Emergence of Constitutional Courts: The Cases of Mexico and Colombia“, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 16, Nr. 1 (2009), 41–43. Online: www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol16/iss1/6
- Schünemann, Bernd, „Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation“, in Roland Hefendehl, Andrew Hirsch und Wolfgang Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatische Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003, 255–260.

- Simon István, „Az Alaptörvény hatása az adójogra, különös tekintettel a magánszemélyek adózásában bekövetkezett változásokra“, *MTA Law Working Papers* Nr. 14 (2018).
Online: <https://jog.tk.mta.hu/mtalwp/az-alaptorveny-hatasa-az-adojogra-kulonos-tekitettel-a-maganszemelyek-adozasaban-bekovetkezett-valtozasokra>
- Simon István, „A magyar pénzügyi alkotmányjog átalakulása“, *MTA Law Working Papers* Nr. 2 (2019). Online: <https://jog.tk.hu/en/mtalwp/a-magyar-penzugyi-alkotmanyjog-atalakulasa>
- Spevack, Edmund, *Allied Control and German Freedom: American Political and Ideological Influences on the Framing of the West German Basic Law (Grundgesetz)*, Münster: LIT, 2012.
- Stein, Peter, *Regulae Iuris: From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 1966.
- Szabó András, „Büntetőjogi dogmatika – alkotmányjogi dogmatika“, *Jogtudományi Közöny* 5, Nr. 7–8 (1997), 293–301.
- Szabó András, *Jogállami forradalom és a büntetőjog alkotmányos legitimitása*, [s. l.]: Aquinas, 2000.
- Szomora Zsolt, *A nemi bűncselekmények egyes dogmatikai alapkérdéseiről* (Doktorarbeit), Szeged: SZTE ÁJK Doktori Iskola, 2008. Online: http://doktori.bibl.u-szeged.hu/id/eprint/5459/1/2008_szomora_zsolt.pdf
- Szomora Zsolt, *Alkotmány és anyagi büntetőjog: A büntetőjog alkotmányosságának egyes kérdései*, Szeged: Pólay, 2015.
- Szomora Zsolt, „A szexuális önrendelkezés büntetőjogi védelme“, *Fundamentum* Nr. 3–4 (2017), 61–65. Online: <http://fundamentum.hu/sites/default/files/fundamentum-17-3-4-09.pdf>
- Téglási András, *A tulajdonhoz való jog alkotmányos védelme* (Doktorarbeit), Szeged: SZTE ÁJK Doktori Iskola, 2011. Online: <https://doi.org/10.14232/phd.783>
- Téglási András, „Az alapjogok hatása a magánjogi viszonyokban az Alkotmánybíróság gyakorlatában az Alaptörvény hatálybalépését követő három évben – különös tekintettel a tulajdonhoz való jog alkotmányos védelmére“, *Jogtudományi Közöny* 70, Nr. 3 (2015), 148–157. Online: <http://real-j.mtak.hu/1901/13/jk1503.pdf>
- Téglási András und T Kovács Júlia, „Alkotmánybíráskodás visegrádi szomszédainknál: Áttekintés a cseh, a lengyel és a szlovák alkotmánybíráskodás kialakulásáról“, *Pro Bono Publico – Magyar Közigazgatás* 3, Nr. 1 (2015), 90–104. Online: <https://folyoirat.ludovika.hu/index.php/ppbmk/article/view/2728/1991>
- Varga Csaba, *A kodifikáció mint társadalmi-történelmi jelenség*, Budapest: Akadémiai, 1979.
Online: <https://mek.oszk.hu/14200/14206/14206.pdf>
- Varga Zs András, *Eszményből bálvány? – A joguralom dogmatikája*, Budapest: Századvég, 2015.
- Várnay Ernő, „Adalékok az alkotmányos pénzügyi jogi kérdésekhez“, *Acta Universitatis Szegediensis: Acta Juridica et Politica* 47 (1996), 187–196. Online: <http://acta.bibl.u-szeged.hu/6830>
- Venedig-Kommission, *Past and Present of the Korean Constitutional Justice: Independence of the Constitutional Court of Korea* (2011), 2. Online: www.venice.coe.int/WCCJ/Rio/Papers/KOR_Constitutional_Court_E.pdf
- Voigt, Rüdiger, „Verrechtlichung“, in Rüdiger Voigt (Hrsg.), *Verrechtlichung: Analysen zu Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse*, Königstein: Athenäum, 1980. 15–16.

- Wang, Yun-Ju, *Die Entwicklung der Grundrechte und Grundrechtstheorie in Taiwan*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2008. Online: <https://doi.org/10.1007/978-3-8350-5577-3>
- Wiener A Imre, *Büntetendőség, büntetethetőség: Büntetőjogi tanulmányok*, Budapest: KJK, 2000.
- Yun, Jeong-In, „Recent Abortion Decision of Korean Constitutional Court“, *IACL-AIDC Blog*, 31 Juli 2019. Online: <https://blog-iacl-aidc.org/2019-posts/2019/7/31/recent-abortion-decision-of-korean-constitutional-court>
- Zúñiga Urbina, Francisco, „Nueva constitución y constitucionalismo en Chile“, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 173 (2012), 173–183.
- Zsugyó Virág, „Az alkotmányellenes alkotmánymódosítás egyes elméleti kérdései az alkotmányosság tükrében“, *Állam- és Jogtudomány* 58, Nr. 3 (2017), 99–122. Online: <https://jog.tk.hu/uploads/files/2017-03-ZsugyoV.pdf>



Béla Pokol ist ein ungarischer Jurist, Politologe, Rechtsprofessor und Richter am ungarischen Verfassungsgericht. Er graduierte 1977 an der juristischen Fa-

kultät der Eötvös-Loránd-Universität und begann als Assistenzprofessor an der neu gegründeten Hochschule für öffentliche Verwaltung zu arbeiten, wo er nach Anfertigung der Dissertation seines Kandidaten Dozent wurde. 1991 wurde ihm die Universitätsprofessur verliehen. Seit 1991 leitet er den Lehrstuhl für Rechtstheorie und Rechtssoziologie an der Universität Szeged. Ab Anfang der 1980er Jahre unternahm er längere Studienreisen nach Deutschland und Frankreich.

Während der Parlamentsperiode von 1998 bis 2002 wurde er zum Abgeordneten gewählt und fungierte als Vorsitzender des parlamentarischen Ausschusses für Verfassungs- und Justizfragen.

Seine Hauptwerke sind *Trilogy on Social Criticism* (2004–2006), *Medieval and Modern Jurisprudence* (2008), *Authentic Theory of Law* (2010), *Speculations on Moral Theory* (2010), *The Last Days of Europe. The Consequences of the Demographic Collapse* (2011), *The Juristocratic State* (2017).

ISBN 978-963-531-956-5



9 789635 319565