

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

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 diente, 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.<sup>1</sup> So kann das, wofür die französischen Revolutionäre

<sup>1</sup> 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 Rechtsdogmatik<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup>

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

<sup>2</sup> Niklas Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (Stuttgart: Kohlhammer, 1974).

<sup>3</sup> 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).

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

Analysen hervorgehoben.<sup>5</sup> 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 dichterem 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

<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> 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

<sup>6</sup> 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 Gesetzesbüchern 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.<sup>7</sup>

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

<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> Ab den frühen 1950er Jahren hat die

<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> 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.

<sup>9</sup> Von den Befürworter dieses Prozesses wird ihn als „cause lawyering“ bezeichnet, die wohlwollend die moralisch richtigen Aspekten 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.<sup>10</sup> 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

<sup>10</sup> „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.<sup>11</sup> Diese höchstrichterlichen Entscheidungen stehen

<sup>11</sup> „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.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup>

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.<sup>14</sup> Hier

<sup>12</sup> „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.

<sup>13</sup> 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.)

<sup>14</sup> 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](http://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 Spivack, *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 ein 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,