



WORKING PAPERS ON STATE

— GOVERNANCE AND ADMINISTRATION —

No. 11/2017

Béla Pokol

**Der juristokratische Staat: die
Zerlegung seiner Aspekte
von Béla Pokol**

Nemzeti Közzolgálati Egyetem · National University of Public Service
Budapest

ISSN 2498-5627
www.allamtudomany.hu

Der juristokratische Staat: die Zerlegung seiner Aspekte von Béla Pokol

Einleitung

In den letzten Jahrzehnten haben solche Veränderungen in der Funktionsweise des demokratischen Rechtsstaates begonnen, von denen ihre grundlegende Charakterzüge ebenfalls betroffen sind. Für die Beschreibung dieser neuen Charakterzüge erscheint der Name des juristokratischen Staates anstelle des Rechtsstaates besser zu sein. Einige dieser Veränderungen sind durch die immer grössere Kompetenzen der Verfassungsgerichte neben der Kompetenzen der parlamentarische Mehrheit und des Staatsoberhauptes im Zentrum der Staatsmacht verursacht, und für diese Veränderungen kann die *juristokratische Regierungsform* neben des Parlamentarismus und Präsidialsystems als eine neuere Regierungsform entworfen werden. Aber im weiteren Sinne kann es nur als die Ersetzung des Rechtsstaats durch den *juristokratischen Staat* formuliert werden.

Für den Kontrast beider Formen können in idealtypischer Reinheit die folgenden Verschiedenheiten hervorgehoben werden. Das Funktionieren des Staats ist im Rechtsstaat durch die scharfe Trennung zwischen den politischen Entscheidungen und den Staatsverwaltungsentscheidungen gekennzeichnet, oder zumindest das Anstreben in dieser Richtung und zweitens die Unterwerfung der letzteren zu den ersteren. In dieser Konfiguration erscheinen die politischen Entscheidungen immer in den Gesetzen des Parlaments, beziehungsweise in den dem Gesetz unterworfenen Regierungsvorschriften und Ministerialdekreten bekleidet und von diesen genauen Regeln werden die tagtäglichen Entscheidungen der öffentlichen Verwaltung bestimmt. In diesem Betriebssystem verfügt die aktuelle politische Mehrheit über weite Machtkompetenzen aber sie ist zu den Stimmen der Millionen der Staatsbürgern zurückgebunden und im nächsten Wahlen kann sie immer von der Staatsmacht entfernt werden. Darüber hinaus soll die Staatsverwaltung ihre tägliche Aktivitäten im Rahmen der genauen Regeln ausführen und die Gerichten entscheiden meistens aufgrund der präzisen gesetzlichen Vorschriften im sehr begrenzten Ermessen, wenn die Beteiligten finden, dass ihre gesetzlichen Rechte durch eine Behörde oder eine Privatperson verletzt wurden.

Die Veränderungen, von denen der Aufstieg des juristokratischen Staates verursacht werden, führen in dieser Grundstruktur Umlagerungen durch. Die zentrale Änderung besteht darin, dass die präzise Regeln der Gesetze immer mehr durch die abstrakten Rechtsprinzipien, die offene normativen Wertungen und Grundrechte der Verfassung ersetzt wurden, die für die Rechtsauslegung der Richter breite Möglichkeiten bieten, und schließlich werden immer mit den freien Entscheidung der Richter bestimmt, welche Rechte und Pflichten in jeder Situation die Betroffenen haben. Diese Entscheidungsfreiheit der Richter wird durch solche Anordnung

¹ Béla Pokol, Verfassungsrichter und Professor von Eötvös Lóránd Universität in Budapest.

erhöht, dass der direkte Effekt der Rechtsprinzipien bzw. der feirelichen Erklärungen der Verfassung auf die Fallentscheidungen der Richter deklariert ist und auf diese Weise können die Richter noch weitere Ermessungsspielraum in ihren Entscheidungen haben. Das Verfassungsgericht wird nur noch an die Spitze dieser Struktur gesetzt und zusammen mit den höheren Gerichten können durch ihre Entscheidungen die tagtägliche Arbeit der öffentliche Verwaltung unmittelbar bestimmt werden. Andererseits wird die legislative Mehrheit der politischen Demokratie durch das Verfassungsgericht im engen Zügel mehr oder weniger detailliert bestimmt, und in den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen werden vorgeschrieben, welcher Inhalt in den zukünftigen Gesetze erlaubt sind. Somit liegt die Umlagerung darin, dass die Justiz und die über sie platzierte Verfassungsgericht im Zentrum der Staatsmacht drücken und einerseits wird die Bestimmung der politischen Prioritäten durch die parlamentarische Mehrheit von ihnen übernommen, andererseits werden die tagtägliche Aktivitäten der öffentlichen Verwaltung der Entscheidungen der durchpolitisierten Justiz und der Verfassungsrichter unterworfen. Auf diese Weise verwandelt sich die Triple-Struktur der Politik/Staatsverwaltung/Justiz in die doppelte Struktur der durchpolitisierte Justiz (in der Spitze mit dem Verfassungsgericht) und der unterworfenen öffentlichen Verwaltung. Die demokratischen Wahlen und die durch sie entstehende legislativen Mehrheit funktionieren nur als legitimierende Schleier über die tatsächliche Machtausübung.

Umgehen unter den schon bestehenden Analysen, von denen diese Veränderungen schon ans Licht gebracht wurden, kann in erster Linie die Analysen von Bernd Rüthers und Alec Sweet Stone erwähnt werden.² Die Analysen von Rüthers stellen die Umwandlung des Rechtsstaats zum Richterstaat in dem Zentrum und diese Analysen können am unmittelbarsten verwendet werden, damit die Entstehung des juristokratischen Staates verstehen zu können.³ Im Gegensatz zu seiner resignierten Konstatierung der Entstehung des Richterstaats klingt die Analyse von Sweet Stone in diesem Bereich in einer neutralen Tone, manchmal sogar mit ein bisschen Begeisterung.⁴ Meine gesamte Analyse kann hier als die

² In der Fußnote kann noch erwähnt werden, dass die Verrechtlichung der Politik schon von Otto Kirchheimer in den 1920er Jahren aufgrund der damaligen neuen Regulierung der Arbeitsverhältnisse hervorgehoben wurde und diese These wurde in den 1980er Jahren noch einmal zum Thema gemacht. Vgl. dazu Rüdiger Voigt: Verrechtlichung. In: ders (Hg.): Verrechtlichung. Königstein. 1980. 15-16-p. Die bisherigen Kritiken der Verrechtlichungstendenzen der Politik und der Politisierung der Verfassungsgerichtsbarkeit wurde von Basil Bornemann ausführlich und zusammenfassend in seinem in 2007 erschienen Schrift behandelt und er hat diese Tendenzen nur als die Verstärkung der strukturellen Kopplung zwischen dem Recht un der Politik durch die Verfassungsgerichtsbarkeit aufgefasst aber keine tiefere Bedeutung dazu gegeben. Vgl. dazu B. Bornemann: Politisierung des Rechts und Verrechlichung der Politik durch das Bundesverfassungsgerichts? Systemtheoretische Betrachtungen zum Wandel des Verhältnisses von Recht und Politik und zur Rolle des Verfassungsgerichtsbarkeit. Zeitschrift für Rechtssoziologie 2007 (Vol. 28) Heft 1. S. 75-95

³ Vgl. dazu: Bernd Rüthers Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Mohr Siebeck, Tübingen. 2014; aber die Auswirkungen dieses Überganges wurde von ihm schon in den ersten Jahren nach dem Jahrtausendwende im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit gestellt, vgl. B. Rüthers: Demokratischer Rechtsstaat oder oligarschischer Richterstaat? In: Picker / Rüthers (Hrsg.): Freiheit und Recht. München. 2003 S. 11-136. und ders.: Geleugneten Richterstaat und vernebelte Richtermacht. NJW 2006, S. 2759-2761. Aus der ungarischen Litaratur hat András Zs. Varga eine ähnliche Kritik über die” totale Rechtsstaat”ausgeübt, siehe A. Zs. Varga: „Eszményből bálvány? A joguralom dogmatikája. (Von Idee zum Idol?) Századvég, Budapest 2015).

⁴ Alec Sweet Stone: Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe. Oxford University Press. Oxford. 2000. und die erwähnte positive Beurteilung von “governing with judges” kann gelesen werden als folgende: “I have tried to show that constitutional review has generated an expansive (rather than simply

Erweiterung von R uthers's theoretischen Rahmen aufgefasst werden. Denn beschränkt er seine Analysen lediglich auf die immer gr oere Kompetenzen der Verfassungsgerichte und auf die objektiv-teleologische Rechtsauslegungsmethode der Gerichte, durch welche die Richterschaft von den Gesetzen stufenweise zerrissen wurde (1). Diese eingeschränkte Formulierung, wenn nicht ausreichend, ist doch nützlich für die breitere Identifizierung der strukturellen Veränderungen. Andererseits lohnt es sich, innerhalb der Machtzunahme der Verfassungsgerichtsbarkeit als einen besonderen Aspekt die Entstehung der pseudo-Verfassung zu isolieren, welche in einigen Ländern beobachtet werden kann (2). Noch bleibend an der Machtzunahme der Verfassungsgerichte sollen die Fragen der juristokratischen Regierungsform analysieren (3). Dann kommt die Analyse der objektiv-teleologischen Rechtsauslegung, von der die Richterschaft tendenziell von den Gesetzen zerrissen wurde (4). Eine weitere Veränderung des Rechts, von der die Umwandlung vom Rechtsstaat zum juristokratischen Staat also vorgetrieben wird, ist die zunehmende Abstrahierung der Rechtsnormen und anstatt den präzisen Rechtsvorschriften wird die Leitung der gerichtlichen Entscheidungen von den allgemeinen Rechtsprinzipien, den normativ offenen Grundrechte und verfassungsrechtlichen Wertungen übernommen (5). Durch diese Veränderungen werden die Grundsteine dafür gelegt werden, die politischen Kämpfe der Gesellschaft von den Parlamentssitzungen auf die Gerichtssaale hin berzugehen (6). Schließlich lohnt es sich, die Veränderung der moralphilosophischen Argumente zu analysieren, durch welche die Verschiebung der Machtausübung von den parlamentarischen Wahlen der Millionen zu der Juristokratie in der Theorie von John Rawls und Jürgen Habermas bestätigt werden (7). Als die Schieung der Analyse sollen noch einige Informationen darüber präsentiert werden, in welchem Masse in Ungarn diese Veränderungen verwirklicht wurden (8).

1) Die Verbreitung der Verfassungsgerichtsbarkeit und ihre Machtzunahme

Eine Veränderung, die mit anderen Wandlungen eine kumulative Wirkung ausgelöst hatte und den juristokratischen Staat anstelle dem Rechtsstaat in vielen Ländern der Welt geschaffen hat, war die Verbreitung der Verfassungsgerichte und ihr stufenweiser Kompetenzzuwachs. Die ursprüngliche Idee der Verfassungsgerichtsbarkeit entstand in den Vereinigten Staaten in den frühen 1800er Jahren und ursprünglich bedeutete sie nur die Entscheidungstätigkeit in Fragen der Kompetenzkonflikten zwischen den Mitgliedstaaten und dem Bund. Denn war die USA weltweit der erste Bundesstaat und bis dahin war es nicht entschieden, von welchem Organ die Kompetenzkonflikten zwischen den verschiedenen Ebenen der Staatlichkeit gelöst werden kann. Mit der Leitung von John Marshall hat der oberste Bundesgerichtshof im Jahr 1803 festgelegt, dass dieses Gericht in der Zukunft ein letztes Wort in dieser Debatte haben wird und wenn ein Gesetz von ihm als verfassungswidrig deklariert wird, kann es nicht mehr verwendet. Dieser bescheidene Umfang der Verfassungsgerichtsbarkeit hat einigermaßen

narrow) and relatively participatory (rather than exclusively elite-dominated) deliberative mode of governance, a governance that would not have emerged in the absence of constitutional review.)". 122. p. footnote 4.

während der 1800er Jahren erweitert, aber bis in die frühen 1900er Jahre kam es nur sehr selten vor, dass die obersten Richter neben den formalen Kompetenzgründen auch den Inhalt der Gesetze bestimmen wollten. Die Verfassungsgerichtsbarkeit wurde in dieser bescheidenen Rolle für Juristen der europäischen Länder bekannt und im Jahr 1920 - nach dem Zerfall der österreichisch-ungarischen Monarchie - hat die Zeit gekommen, die Verfassungsgerichtsbarkeit erstmals in Europa in die neue österreichische Verfassung zu übernehmen.⁵ Insofern veränderte sich die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, dass diese Aufgabe nicht zu den höheren Gerichten - letztlich dem obersten Bundesgerichtshof - anvertraut wurde, sondern ein abgesondertes Verfassungsgericht wurde außer dem hierarchischen Stufen der ordentlichen Gerichte geschaffen. Denn hatte die parlamentarischen Mehrheit der damals dominierenden österreichischen Sozialdemokraten starke Aversion gegen die konservative Richterschaft und sie dachten ein getrenntes Verfassungsgericht mit zuverlässigen sozialdemokratischen Anwälten und Rechtsprofessoren gefüllt als eine politisch bessere Lösung. Darüber hinaus hat die Zuständigkeit dieses Gerichts geändert, und dieses wurde nicht zu dem Endpunkt der regulären gerichtlichen Rechtsstreitigkeiten platziert, sondern unmittelbar über die parlamentarische Gesetzgebung. Auf diese Weise kontrollierte das Verfassungsgericht zeitlich viel enger die Gesetzgebung und die mögliche Aufhebung des Gesetzes war mit den politischen Kämpfen innerhalb dem Parlament unmittelbar verbunden. Dies bedeutete schon einen ziemlich großen Schritt auf dem Weg zur Ablösung der Demokratie durch die Juristokratie, aber schließlich realisierte sich diese Ablösung wegen einigen strukturellen Gründen hier nicht und die sonst bescheidenen Kompetenzen des österreichischen Verfassungsgerichts haben es nicht geschafft, die jeweilige parlamentarische Mehrheit unter umfangreicher Kontrolle zu bringen.

Dieser Schritt ist nur in den Jahren nach dem Zweiten Weltkrieg eingetreten, wenn in die neu geschaffenen deutschen und italienischen Verfassungen unter Kontrolle der amerikanischen Besatzungsbehörden das Verfassungsgericht aufgenommen wurde.⁶ Von der heimlichen Version der Verfassungsgerichtsbarkeit hätte man erwarten müssen, dass von den Amerikanern den ordentlichen Höchstgerichten die Verfassungsgerichtsbarkeit anvertraut würden, aber die Schöpfer des neuen Systems in Deutschland hatten noch größere Aversion gegen die Richterschaft - im Amt unter Hitler – als das war früher in Österreich, und auf diese Weise wurde auch hier ein separates Verfassungsgericht geschaffen. In Italien wurde das österreichische Modell wenig verändert und es blieb auch hier eine Organisation mit bescheidenen Kompetenzen. Aber in Deutschland änderte sich die Situation grundlegend. Hier wurde es eingeführt, durch die Bürger unmittelbar vor dem Verfassungsgerichtshof eine sofortige Verfassungsbeschwerde einreichen zu können, wenn von dem Zeitvergehen ihre Rechte irreversible Schäden erleidet würde und generell konnten und können alle Beteiligten

⁵ Begeistert von den Erfahrungen der US Verfassungsgerichtsbarkeit hat Georg Jellinek bereits im Jahre 1885 einen Vorschlag über die Umsetzung dieser Tätigkeit in Österreich gemacht, vgl. Jellinek: Verfassungsgerichtshof für Österreich. Wien, Hölder, 1885; aber tatsächlich wurde das Verfassungsgericht - inspiriert von Hans Kelsen - in die österreichische Verfassung in 1920 aufgenommen.

⁶ Weil dieser von den Besatzungsmächten kontrollierten Charakter dieser Verfassungen meistens nicht hervorgehoben wird, soll hier die Schrift von N. Feldman erwähnt werden, von der diese gezwungene Charakter ausnahmsweise dokumentiert wurde. Vgl. N Feldman: Imposed Constitutionalism. Connecticut Law Review (Vol. 37) 2005. Seite 851-865.

nach Beendigung der Prozesse vor den ordentlichen Gerichten mit Verfassungsbeschwerde vor dem Verfassungsgerichtshof auftreten. Darüber hinaus können die Landesregierungen gegen die Maßnahmen des Bundes und vice versa vor dem Verfassungsgerichtshof Beschwerde einreichen. Diese Veränderungen haben wesentlich die Dominanz des Verfassungsgerichts über die demokratische parlamentarische Mehrheit erhöht, aber es wurde noch dadurch zugespitzt, dass das Verfassungsgericht mit Vertrauensleute und freundschaftliche Rechtsprofessoren voll gefüllt wurde, und diese vertrauten Verfassungsrichter - immer bewusst in dem sicheren Rückhalt – haben es begonnen, ihre Kompetenzen am weitesten zu interpretieren.⁷ In den frühen 1950er Jahren gab es tatsächlich ein Konflikt zwischen der Parlamentsmehrheit und dem Verfassungsgerichtshof, weil die erstere im sicheren Bewusstsein ihrer demokratischen Legitimität die Priorität der Verfassungsrichter nicht zugeben wollte. In der Situation der US-Besatzung war es jedoch klar, welche Seite eine bessere Position hatte, und auf diese Weise konnten die deutschen Verfassungsrichter ihre sonst weiten Kompetenzen ungehindert noch weiter ausbauen. Die Haupttroute dessen bestand hauptsächlich darin, dass einige leere Formeln, die kaum normativen Gehalt hatten (wie “das Recht auf die allseitigen Entwicklung der Persönlichkeit”, oder die “Unverletzlichkeit der Menschenwürde” usw.), in solcher Weise interpretiert wurden, dass sie als Mutterrechte Geburt zu immer neu und neu Grundrechte geben konnten. Auf diese Weise haben während einigen Jahren eine neue Verfassung statt der ursprünglichen erstellt wurde und die Verfassungsrichter haben es begonnen, auch die ursprünglichen Verfassungsbestimmungen im Lichte dieser selbstbeschaffenen Verfassung auszulegen. Darüber hinaus verkündeten sie ihre erweiterte Kompetenz auf die Kontrolle der Verfassungsänderungen auch, und damit erreichten sie die Priorität nicht nur über die gesetzgebende Gewalt sondern auch über die Verfassungsgebende Gewalt und dies hatte schon nichts mit der ursprünglichen Idee der Verfassungsgerichtsbarkeit zu tun.

In den Verhältnissen des wirtschaftlichen Wohlstandes nach dem Zweiten Weltkrieg und in dem keynesianischen Modell des Wohlfahrtskapitalismus wurden gute Lebensbedingungen im ganzen Westeuropa – darin Deutschland - geschaffen und das begrenzte Modell der Demokratie durch die starke Verfassungsgerichtsbarkeit haben keine größere Kritik hervorgerufen und erst von einigen deutschen theoretischen Juristen wurden manche Kritik geäußert. Mit dem Hintergrund der parlamentarischen Demokratie mit ihren oft scharf und eher geschmacklosen Debatten trafen die Verfassungsrichter in ihren feierlichen Marschen mit zeremoniellen Roben gekleidet für die Ankündigung der Entscheidungen immer große öffentliche Sympathie. Von diesem großen Erfolg wurden die westlichen Großmächte - unter ihnen besonders die US-Regierung - am Ende der 1970er Jahre darauf gedrängt, für die Ländern nach dem Zusammenbruch der bisherigen Diktatur als die neuen staatlichen Strukturen das Modell der begrenzten Demokratie durch die starken Verfassungsgerichtsbarkeit vorzuschlagen. Für dieses Modell wurde die Benennung des demokratischen Rechtsstaats verwendet, und das ist geeignet in dem Masse, solange durch

⁷ Vgl. zu der radikalen Elitenwechsel in Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg Stefan Scheil: Transatlantische Wechselwirkungen: Der Elitenwechsel in Deutschland nach 1945 Duncker und Humblot. Berlin. 2012, in Bezug auf die Verfassungsrichter besonders Seiten 155-159.

die Verfassungsgerichtsbarkeit nur der formale Rahmen der zyklischen Regierungswechsel garantiert und der freie Weg der demokratischen Veränderungen geschützt wird. Aber hier werden viel zu weitere Kompetenzen an das Verfassungsgericht übertragen.

Das über die Verfassung dominierende Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit wurden von Portugal und Spanien in den späten 1970er Jahren nach dem Zusammenbruch ihrer Diktaturen übernommen, und insbesondere haben die Spanier das erweiterte Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit der Deutschen verwirklicht. Sogar wurde die Trennung von der schriftlichen Verfassung in Spanien nicht nur dadurch erhöht, dass aufgrund der normativen leeren Formeln der Verfassung eine neue selbstgeschaffene Verfassung konzipiert wurde, sondern waren die spanische Verfassungsrichter auch dafür bereit, die konkreten Vorschriften der Verfassung in ihren Entscheidungen wegzuwischen.⁸ In den 1980er Jahren wurde von der auf die internationalen Szene dominierende US politische Elite verwirklicht, dieses deutsch-spanisches Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit in den südamerikanischen Ländern zu benutzen, und in einer Reihe der Staaten in diesem Kontinent wurden Verfassungsgerichte mit den breitesten Kompetenzen eingerichtet. Dann kam es zu dem Zusammenbruch des sowjetischen Imperiums und auch für die zerrissenen mitteleuropäischen Satellitenstaaten wurde das deutsche Modell der starken Verfassungsgerichtsbarkeit gedrängt. Der innere Zusammenbruch der Sowjetunion in 1991 und die neuen unabhängigen Staaten verwirklichten also das starke deutsche Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit und unter dem direktesten amerikanischen Einfluss in Russland in den Zeiten von Präsident Jelzin wurde auch hier eine starke Verfassungsgerichtsbarkeit eingerichtet. Dieser Prozess wurde dann in den 90er Jahren in einer Reihe von asiatischen Ländern und in Afrika weitergeleitet und heute funktionieren auch hier die starken Verfassungsgerichte mit umfangreichsten Kompetenzen ausgestattet. Diese Position steht aber am weitesten von den ursprünglichen Ideen der Verfassungsgerichtsbarkeit.

2) Die pseudo-Verfassung der Verfassungsgerichte

In den Verfassungen werden die Normen, Grundrechte und verfassungsrechtliche Werte im Vergleich zu den einfachen Gesetzen auf einer abstrakteren Ebene festgelegt. Auf diese Weise müssen von den Verfassungsrichtern bei der Entscheidung der verfassungsrechtlichen Konflikten viel mehr Konkretisierung und Auslegung geleistet werden - und diese können in viel größerer Freiheit gemacht werden -, als es im Falle der ordentlichen Gerichten vorkommt. Daher bekommen die Verfassungsrichter eine breite Kompetenz und damit Verantwortung und Macht, um die Verfassung auszulegen, und während dieser Auslegung können sie

⁸ Siehe die Entscheidung über die eingeschlechtliche Ehe im Jahr 2012, wenn trotz der ausdrücklichen Bestimmungen der spanischen Verfassung wurde die Möglichkeit der eingeschlechtlichen Ehe in dem Bürgerlichen Gesetzbuch als verfassungsmäßig erklärt,; ausführlich dazu vgl. B. Pokol: Alkotmánybírószági döntési stílusok Európában. (Verfassungsgerichtliche Entscheidungsstile in Europa.) Jogelméleti Szemle/ Rechtstheorie 2015 No. 3.

bindende Präzedenzentscheidungen treffen, welche manchmal als Ergänzungen zu der Verfassung funktionieren. Die immer neu eingetroffenen Verfassungsrichter werden von den Vertretern der veränderten demokratischen öffentlichen Meinung in der Form der neu parlamentarischen Mehrheit ausgewählt werden, und sie sind im Grunde natürlich nur an die Verfassung gebunden - in Übereinstimmung mit ihren Eid – und auf diese Weise können sie immer die vorhandenen verfassungsgerichtlichen Präzedenzen umdeuten oder sogar vollständig ablehnen und neue Präzedenzen etablieren. Die neuen Verfassungsrichter (und mit ihnen die neue verfassungsgerichtliche Mehrheit) sind nur in solchem Masse von den alten Präzedenzen gebunden, dass sie für die Abweichung explizite Gründe geben zu müssen, weil ohne diese explizite Argumentation nur willkürliche Entscheidungen und chaotische Verfassungsauslegung entstanden würden. Diese partielle Gebundenheit der Verfassungsrichter ist aber in der Realität nur prinzipiell vorhanden, und es wird von einer Reihe der strukturellen Ursachen schwierig gemacht, von den vorhandenen Präzedenzen abweichen zu können. Von dieser Schwierigkeit kann sogar der endgültige Bruch mit der ursprünglichen Verfassung geschaffen werden, und von den unlösbaren Präzedenzen wird eine pseudo-Verfassung hergestellt.⁹ Damit rutscht implizit die konstitutionelle Macht durch die Hände des Verfassungsgerichts.

Fünf strukturellen Faktoren können hervorgehoben werden, von denen die starke Bindung der Verfassungsrichter an den alten Präzedenzen erklärt werden können und dadurch die Entstehung einer pseudo-Verfassung in einigen europäischen Ländern beobachtet werden kann.¹⁰

1) Der wichtigste Grund dafür ist die allgemeine, nichtspezialisierte Natur der Verfassungsgerichtsbarkeit, die dem europäischen System der Fachgerichtsbarkeit entgegensteht, und welches seit den frühen 1800er Jahren in Europa entwickelt hat. In den Vereinigten Staaten blieben die nichtspezialisierten Generalgerichte in jeden Ebenen der Gerichtsbarkeit und die einzelnen Richter treffen die Entscheidungen in strafrechtlichen, zivilrechtlichen usw. Prozessen gleichermaßen. Oder wenn es in einem Sektor, der ein Ausnahmefall ist, ein solches Fachgericht (z. B. für Patentfälle) gibt, so treffen die Richter des Obersten Gerichts mit allgemeiner Entscheidungskompetenz die Entscheidungen auch in

⁹ Der polnische Verfassungsrichter Lech Morawski formulierte diese Erscheinung in einer seiner Vorlesungen folgendermaßen: “By means of interpretative judgements, the Tribunal creates constantly new rules or modifies the content of existing rules. Someone ironically said that there are two Constitutions in Poland – one created by the parliament and the other by the tribunal.” L. Morawski: The Polish constitutional crisis and institutional self-defence. 9 May 2017, Trinity College, University of Oxford. http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/uoczystosci_spotkania_wizyty/2017/2017_05_09_Oxford/Wystapienie_prof._L.Morawskiego_w_Oxfordzie.pdf

¹⁰ Die soziologische Analyse des deutschen Verfassungsgerichts wurde von Uwe Kranenpohl ausgeführt und in einem Interview in seinem Buch zitiert er eine Aussage eines deutschen Verfassungsrichters, von dem die stärkere Präjudizengebundenheit der deutschen Kollegen in Gegensatz zu der Amerikaner damit erläutert wird, dass es wegen der jüngeren Rechtsprechung der Deutschen verursacht wird: „Im Vergleich zum *Supreme Court* ist das BVerfG ein sehr junges Gericht und ist um so stärker bemüht Rechtsprechungstradition zu entwickeln. Beim *Supreme Court* gibt es so Wellenbewegungen von etwa dreißig Jahren, so ungefähr nach einer Generation gibt es einen Wandel in der Rechtsprechung.“ (Uwe Kranenpohl: Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses. Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts. VS Verlag für Sozialwissenschaften. Wiesbaden. 2010, S. 144.

diesen Fällen nach der Beschwerde.¹¹ Die Verfassungsgerichtsbarkeit wurde erstmals in den Vereinigten Staaten in den frühen 1800er Jahren geschaffen und sie ging dann in den ersten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts nach Europa und heute gibt es schon Verfassungsgerichte in vielen europäischen Ländern. Das europäische Fachgerichtssystem mit der spezialisierten und differenzierten Richterschaft - und nicht zuletzt auch mit der juristischen Gemeinschaft, die sektorspezifisch differenziert ist - hat grundsätzlich unterschiedliche Merkmale der Verfassungsgerichtsbarkeit zugeordnet, wie es auf der ursprünglichen Stelle war. Natürlich kommen die Verfassungsrichter in Europa immer aus den einzelnen fragmentierten Teilen des Rechts (Strafrecht, Privatrecht, Arbeitsrecht usw.) mit einer nur engen Kompetenz, und nachdem sie die Mitglieder des Verfassungsgerichts wurden, sollten sie in der Lage sein, über alles zu entscheiden, was im vollen Spektrum des Rechtssystems zu finden ist. Durch ihre frühere Spezialisierung auf einen engen Rechtsbereich sind die europäischen Verfassungsrichter mit größeren Problemen konfrontiert als ihre Kollegen in den USA. Die Richter des höchsten Bundesgerichtshofes in den USA, von denen die Funktion der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in erster Linie ausgeübt werden, waren vor ihrer Benennung seit Jahren in der Funktion der Generalrichter auf einer niedrigeren Ebene - typischerweise parallel zu den Professorenaktivitäten - und damit bedeutet die Verfassungsgerichtsbarkeit für sie keine besondere Herausforderung. Immerhin müssen sie sich weiterhin mit den Fragen des Straf-, Zivil-, Eigentumsrecht, Verwaltungsrecht, etc. beschäftigen, wie sie immer getan haben.¹²

2) Bei den europäischen Verfassungsrichtern wird dieses Kompetenzproblem noch dadurch erhöht, dass sie nur für eine relativ kurze Zeit in ihrer Position bleiben. Im Gegensatz zu ihren amerikanischen Kollegen, die ohne zeitliche Begrenzung zum Leben ernannt werden, werden die europäischen Verfassungsrichter in der Regel für kurze Zeit (9-12 Jahre) gewählt, und das ist mit einer Altersgrenze - in der Regel 65-70 Jahre - verbunden. Auf diese Weise verbringen die europäischen Richter oft nur sechs bis acht Jahre in der Post, im Gegensatz zu den üblichen 30-40 Jahren der amerikanischen Kollegen. Eine Folge davon ist, dass sich die Zusammensetzung der europäischen Verfassungsgerichte häufig ändert, und es gibt immer zwei oder drei neue Richter, die gerade erst mit der Entscheidungsfindung beginnen, während ein Teil der alten Mitglieder bereits begonnen hat, sich für den Ausstieg aufgrund der Altersgrenze vorzubereiten. Im Vergleich zu ihren amerikanischen Kollegen verwenden die europäischen Verfassungsrichter ihre Entscheidungsbefugnisse mit einer viel vorübergehenden Natur, und dies verstärkt das erwähnte Kompetenzproblem, und von diesen beiden Faktoren werden eine entmutigende Wirkung in Bezug auf das Umdenken der bestehenden verfassungsrechtlichen Präzedenzen verursacht, was im Fall der Richter des US-

¹¹ Vgl. zu der Auswirkungen der generalistischen Richterschaft in den Vereinigten Staaten und dem Vergleich mit der europäischen Fachgerichtssystem siehe Diane P. Wood: Generalist Judges in a Specialized World. SMU Law Review (Vol. 50), 1997, Seite 1755-1768.; bzw. Herbert Kritzer: Where Are We Going? The Generalist vs. Specialist Challenges. (Vol. 47.) Tulsa Law Review 2011. Seite 51 - 64.

¹² Vgl. zu der ausführlicheren Analyse der Probleme der generalistischen Verfassungsgerichtsbarkeit siehe meine frühere Schrift, B. Pokol: A Sociology of Constitutional Adjudication. Schenk Verlag, Passau 2015. Seite 69-101.

Obersten Gerichtshofs nicht besteht. In den ersten Jahren nach ihrer Wahl sollen sich die europäischen Verfassungsrichter auf die Beherrschung der vielen Tausende von Seiten der bestehenden Rechtsprechung konzentrieren, aber für einen souveränen Umdenken dieser Präzedenzen auf Grund der konstitutionellen Werte gibt es nur wenige Möglichkeiten. Nur kann es eine Ausnahme sein, von dem die Erstrebungen für die Wandlung kleiner Teile der bisherigen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ausgeübt wird. Auf diese Weise kann festgestellt werden, dass die einmal festgelegten Präzedenzen der europäischen Verfassungsgerichten größtenteils keine veränderbare Rechtsprechung bedeuten, sondern erscheinen sie als eine endgültige pseudo-Verfassung, die für die immer neuen Verfassungsrichter schon eine unüberwindbare Barriere bilden wird.

3) Zusätzlich zu diesen beiden Faktoren sollte die Rolle der wissenschaftlichen Mitarbeiter der europäischen Verfassungsrichter hervorgehoben werden, was sich grundsätzlich von der Rolle von *law clerks* ihrer amerikanischen Kollegen unterscheidet. Die Möglichkeit von *law clerks* der einzelnen Richter entwickelte sich seit den frühen 1990er Jahren im Obersten Gerichtshof der USA, um die Entscheidungsfindung zu unterstützen, und heutzutage gibt es vier *law clerks* im Fall der Richter des Obersten Gerichtshofs. Diese amerikanischen *law clerks* werden von den Richtern unter den Studenten der besten Jurastudien ausgewählt und sie erhalten ein einjähriges Mandat, auch wenn in einigen Fällen dieses Mandat wiederholt wird. Durch diese Bedingungen sind die *law clerks* eindeutig ihren Richtern untergeordnet, die jahrelange richterliche Erfahrung haben.¹³ Die Situation ist bei der Beziehung zwischen den europäischen Verfassungsgerichten und ihren Mitarbeitern radikal anders. Da das deutsche Modell von den meisten europäischen Verfassungsgerichten kopiert wurde, sollten wir mit dessen Präsentation beginnen. Dieses Modell ist mit dem amerikanischen Jurastudenten-Schema gebrochen, und die Mitarbeiter der Verfassungsrichter sind aus den jungen ordentlichen Richtern mit einigen Jahren Erfahrung ausgewählt. Die andere Veränderung war, dass die wissenschaftlichen Mitarbeiter ihre Position nicht für ein Jahr haben, sondern sie während einer längeren Zeit an diesen Posten bleiben. Mit diesen Veränderungen wird das Verhältnis der Verfassungsrichter und ihrer Mitarbeiter im Vergleich zum Amerikaner weitgehend verändert und die Entscheidungskompetenz der Mitarbeiter meistens erreicht - sogar übertrifft - die der Verfassungsrichter.¹⁴ Es ist nicht möglich, genau zu wissen, was der

¹³ Von diesen kleineren Entscheidungskompetenzen von ihren *law clerks* werden die amerikanischen Richter aber daran nicht gehindert, die Ausarbeitung der Entwürfe in den Routineangelegenheiten den Mitarbeiter-clerks zu überlassen. Allerdings wird von der größeren Rolle von *law clerks* in den Routineangelegenheiten die mechanische Gefolgschaft der alten Präzedenzen erhöht: „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, Carodozo, 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 (Vol. 105.) 2011 No. Seite 2583.

¹⁴ Früher konnte ein wissenschaftlicher Mitarbeiter in einem Dezernat noch fünf oder sechs Jahren verbringen, aber in jüngster Zeit hat er in der Regel nur zwei oder drei Jahren. (Vgl. dazu Kranenpohl, Seite 106-108.p.) Durch Email-wechsel schrieb mir Kranenpohl, dass trotz der kürzeren Zeit der wissenschaftlichen Mitarbeitern in dem Dezernat ist es üblich, dass der Neuling-Verfassungsrichter durch einen alten Mitarbeiter des Vorgängers während einer Trainingsperiode für die Aufgabe fertiggemacht wird.

Anteil der deutschen Verfassungsrichter ist, die den Großteil der Entscheidungstätigkeit an ihre Mitarbeiter weitergegeben haben, aber durch die empirische Forschung zu diesem Thema wird dies als ein ernstes Problem dargestellt. Der deutsche Forscher, Uwe Kranenpohl schrieb nach der Befragung der deutschen Verfassungsrichter: „Dabei signalisiert der leicht kritische Unterton dieses Gesprächspartners, dass einige Kollegen bei ihm durchaus im Verdacht stehen, ihren Mitarbeitern unangemessen umfangreiche autonome Gestaltungsbereiche einzuräumen. Noch deutlicher bringen dies zwei andere Interviewpartner durch Flucht in Sarkasmus zum Ausdruck: „Das hängt eben sehr vom einzelnen Richter ab. Ich glaube, ich kann für mein Dezernat sagen, dass da kein 'Entzug des gesetzlichen Richters' stattgefunden hat – aber ich kann das nicht allgemein behaupten“ (Interview No.6.) „So gibt in der Tat Verfassungsrichter, da muss man davon ausgehen, die unterschreiben jeden Mist, der ihnen von den Wissenschaftlichen Mitarbeitern vorgelegt wird und kontrollieren das nicht!“ (Interview No. 21.)”¹⁵

Als eine weitere Verschiebung dieses deutschen Modells ist bei den anderen europäischen Verfassungsgerichten zu sehen, dass der große Teil der verfassungsgerichtlichen Mitarbeiter nach Ablauf der Amtszeit ihres Verfassungsrichters nicht ausgetauscht werden, aber sie bleiben und arbeiten neben dem unerfahrenen Newcomer-Richter. Tatsächlich werden die Neulinge, die vor den elementaren Kompetenzproblemen stehen, von den erfahrenen alten wissenschaftlichen Mitarbeiter in den ersten Monaten unterrichtet und die neuen Verfassungsrichter werden in der Entscheidungsfindung von ihnen geleitet und erzogen. In dieser Situation wird es zur Allgemeingültigkeit, die im Interview des deutschen Verfassungsrichters ironisch erwähnt wurde, und die Fälle werden von den Mitarbeitern von dem "rechtmäßigen Richter" abgelenkt. Dieses Bild wird nur in Ausnahmefällen geändert, wenn der neue Verfassungsrichter eine besondere souveräne Persönlichkeit hat und auf diese Weise sich nach einer Weile von der Vormundschaft befreien kann. Neben der souveränen Persönlichkeit kann natürlich auch erwähnt werden, dass es für die Newcomer-Richter genügend Zeit geben muss, kompetente Verfassungsrichter zu werden und diesen Posten nach fünf oder sechs Jahren wegen der Altersgrenze nicht zu verlassen. Aber diese außergewöhnliche Kompetenz kann nur durch solchen Newcomer-Richter erreicht werden, der früher auf der Grundlage der bisherigen Praxis auf breite Rechtsgebiete arbeiten konnte und sich nicht nur auf einen engen Bereich der juristischen Kompetenz spezialisierte. Aber auch wenn alle diese vorhanden sind, muss ein solcher "abweichender" Verfassungsrichter immer mit den Kollegen und ihren Mitarbeiter konfrontiert werden, die bei den Fallentscheidungen die pseudo-Verfassung als Bibel ihrer Arbeit benutzen.¹⁶

¹⁵ Vgl. Kranenpohl, S. 88.

¹⁶ In Welche Art von Belastung nimmt auf sich der neuen Verfassungsrichter, der aufgrund der ursprünglichen Verfassung ihre Entscheidungsrichtung formulieren möchte, und erst in zweiter Linie der alte Rechtsprechung benutzen wollte, wird auch von Kranenpohl herausgehoben:

„Gerade das BverfG hat eine starke Neigung, im Sinne der Wahrung von Rechtssicherheit die bisherige Rechtsprechung weitgehend beizubehalten. (...) Schon durch den bloßen Umfang der bisherigen Rechtsprechung sind damit bereits weite verfassungsrechtlich relevante Bereiche vorstrukturiert, was dem Berichterstatter im Regelfall lediglich erlaubt, sich mit seinem Vorschlag innerhalb der bereits formulierten Prinzipien zu bewegen.“ (vgl. Kranenpohl, Seite 143.)

4) Der vierte Grund, von dem die Entstehung der Pseudo-Verfassung anstelle der einfachen verfassungsgerichtlichen Präzedenzen verursacht wird, ist die große Arbeitsbelastung der europäischen Verfassungsgerichte. Wie bereits erwähnt wurde, gibt es einen deutlichen Unterschied zwischen der Arbeitsbelastung des Obersten Gerichtshofs der USA und den europäischen Verfassungsgerichten, und während der Richter des Obersten Gerichtshofs nur einhundert Fälle pro Jahr entschieden werden müssen, müssen die europäischen Verfassungsrichter sich mit Tausenden von Fällen jedes Jahr beschäftigen. Auf diese Weise sind die überladenen europäischen Verfassungsrichter kaum in der Lage, eine Menge konkurrierender und abweichender Meinungen zu schreiben, sondern sind sie auch nicht in der Lage, die einstige frühere Rechtsprechung im Lichte der konstitutionellen Werte und auf der Grundlage des originalen Text der Verfassung selbst zu überdenken. Dieses Problem wurde bereits von Richard Posner angedeutet: "The heavier a court's caseload, the less likely it is to reexamine (...)." ¹⁷

5) Diese Effekte wurden durch eine obligatorische unkritische Haltung in den Rechtswissenschaften in Bezug auf die Verfassungsgerichtsbarkeit, die in den letzten sechzig Jahren entstand, durch die Tatsache erhöht, dass die Verfassungsgerichte gewöhnlich im Zuge der gerade gestürzten Diktaturen geschaffen wurden und die neue Verfassungsgerichte wurden als Symbole der Freiheit gesehen. Während der Diktatur wurden die Disziplinen des Verfassungsrechts und der Rechtslehre natürlich meist unterdrückt, da sie sich mit der zentralen Staatsmacht und den alternativen Rechtsbegriffen (anders als dem offiziellen der Diktatur) beschäftigen müssten. Wo lange Zeit eine Diktatur gab, wie in Deutschland, später in Spanien, Portugal und dann wieder in den Ländern des sowjetischen Reiches, gab es zwei oder drei Generationen von Juristen, die folglich auch aus der verfassungsrechtlichen und rechtstheoretischen Wissen völlig ausgefallen waren. In Bezug auf die Länder Osteuropas kam dann sofort in 1989 die parlamentarische Demokratie des Mehrparteiensystems und die Verfassungsgerichtsbarkeit wurde durch nachdrücklichen Vorschlag von Ausland eingerichtet. Völlig unerfahren in diesem Sektoren des Rechts wurden von den frisch gebackenen Verfassungsrechtler und der theoretischen Juristen von Osteuropa die abstrakten Erklärungen und normativen Argumente gefeiert, die in den Entscheidungen der Verfassungsrichter als unwiderrufliche Wahrheiten beinhaltet waren. Diese wurden natürlich weitgehend aus den deutschen und italienischen verfassungsgerichtlichen Entscheidungen übernommen, aber zum Beispiel in Ungarn gingen diese Entscheidungen weit über die ursprünglichen in Bezug auf die Einschränkung der parlamentarischen Mehrheit und in Bezug auf die Abkehr von der schriftlichen Verfassung hinaus.

Insgesamt haben diese fünf Gründe und ihre kumulativen Auswirkungen eine kaum überwindbare pseudo-Verfassung vor die ursprüngliche Verfassung in vielen europäischen Ländern eingerichtet, und die neu gewählten Verfassungsrichter mit ihrer alten Garde der Mitarbeiter können die Entscheidungen meistens auf diese Pseudo-Verfassung basieren.

¹⁷ Vgl. dazu Lee Epstein/William M. Landes/Richard A. Posner: Why (and When) Judges Dissent: A Theoretical and Empirical Analysis. *Revista Forumul Judecatorilor*, No. 3/2011. 140. p. (Published in the original study, which took over the Romanian magazine. University of Chicago Law and Economics, Olin Working Paper No. 510, January 2010) Seite 117.

3) Die juristokratische Regierungsform

Der entscheidende Punkt für die Schaffung der juristokratischen Regierungsform ist die Kompetenzänderung des Verfassungsgerichtsbarkeit und das besteht darin, dass von den Verfassungsrichtern die neuen Gesetze der parlamentarischen Mehrheit sofort nach ihrer Entstehung annulliert werden können. Auf diese Weise kommen die Verfassungsrichter in das Zentrum der Staatsmacht und sie werden die Schiedsrichter der pluralistischen Demokratie. Jedoch hängt das Gewicht dieser Kompetenzänderung in beiden Seiten von mehreren Faktoren ab.¹⁸

Um die Stärke des Hauptträgers der juristokratischen Regierungsform gegen die parlamentarische Mehrheit und seine Regierung beurteilen zu können, soll der Grad des monopolisierte Zugangs zu der Verfassung von dem Verfassungsgericht aufgeklärt werden. Der direkte Zugriff auf die Verfassung wird für das Verfassungsgericht schon von seiner Funktion her gesichert und so ist dafür keine Erklärung erforderlich. Im Gegensatz dazu, dass dieser Zugang wie weit der parlamentarische Mehrheit in den einzelnen Ländern gewährt wird, kann erst durch besondere Exploration aufgedeckt werden. Aber letztlich hängt es von dieser Tatsache ab, wie starke Dominanz von dem Verfassungsgericht über die parlamentarische Mehrheit und ihre Regierung etabliert werden kann und wie stark der Halbparlamentarismus dieser Mehrheit von dem juristokratischen Regierungsform der Verfassungsrichter unterdrückt wird. Je mehr es für die parlamentarische Mehrheit schwierig ist, die Verfassung oder die Gesetze über das Verfassungsgericht ändern zu können, desto größer ist der Grad des monopolisierten Zugangs des Verfassungsgerichts zur Verfassung. Umgekehrt, je leichter die Verfassungsänderung, oder zumindest die Änderung des Gesetzes über das Verfassungsgericht für diese Mehrheit ist, desto mehr das Gewicht der Macht der parlamentarischen Mehrheit gegen der juristokratische Macht gesichert ist. In der letzteren Version verwirklicht sich die Zurückschneidung des Parlamentarismus auf die Form von Halb-parlamentarismus nur in der gemäßigten Masse.

Durch den hohen Grad an dem monopolisierten Zugang des Verfassungsgerichts wird die Stärke der juristokratischen Regierungsform erhöht. Dies könnte jedoch bei weiter verstärkt werden, wenn die Formulierung des Textes der Verfassung in großem Maße auf allgemeine Erklärungen und vage Prinzipien basiert wird. Die vage Formeln der Verfassung geben die größte Bevollmächtigung für die Verfassungsrichter, die ganze Staatsmacht zu kontrollieren, und im Gegensatz dazu gibt eine Verfassung mit präzisen Vorschriften erst eine von außen stärker kontrollierbare Stellung für sie. Um dies zu verstehen, lohnt es sich, den ziemlich genauen Wortlaut der Verfassung der Vereinigten Staaten mit dem deutschen Grundgesetz zu vergleichen. Der Text des letzteren beinhaltet zum Beispiel “das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit” oder die “menschliche Würde” und aufgrund der

¹⁸ Für eine ausführlichere Analyse über die Konstruktion der juristokratischen Regierungsform siehe B. Pokol: The Juristocratic Form of Government and its Structural Issues. In: Tamara Ehs/Heinrich Neisser (Hg.): Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie. Europäische Parameter in Zeiten politischer Umbrüche? Böhlau Verlag. Köln – Weimar, 2017 S. 61-78.

normativen Leere dieser Grundrechte konnten die deutsche Verfassungsrichter eine zweite selbstgeschaffene Verfassung zustande bringen. Wegen der normativen Leere der Verfassung und in Abwesenheit von normativem Gehalt können die Verfassungsrichter eigentlich ganz frei entscheiden, was die Verfassung ist. Umgekehrt, wenn die Regeln in der Verfassung genaue Bedeutung geben, dann die Deutungsmacht der Verfassungsrichter begrenzt wird. Wenn wir die beide zusammen betrachten, und wir sehen können, dass das Verfassungsgericht in einem Land ein hohes Maß an monopolisierte Zugriff auf die Verfassung hat, und zusätzlich dazu der Text der Verfassung allgemeine leere normative Leitlinien enthält, dann kann es festgestellt werden, dass die Verfassungsrichter hier fast unkontrollierbare Macht erreichten konnten. In dieser Situation kann die Macht der Juristokratie von der demokratischen Mehrheit von Millionen von Bürger erst außergewöhnlich revidiert werden. Im Gegensatz dazu, wenn die parlamentarische Mehrheit über eine einfache Möglichkeit für die Verfassungsänderung oder mindestens die Änderung des Gesetzes über das Verfassungsgericht und die Ermächtigung des Verfassungsrichters verfügt, dann kann die Macht der juristokratischen Regierungsform einigermaßen unterdrückt werden, und die Institutionen des Halb-Parlamentarismus werden die Möglichkeit haben, entgegenzuwirken. In dieser letzten Situation kommt es die Machtlage zustande, welche als *Cohabitation* in Frankreich genannt wird.

Eine andere Frage ist in diesem Zusammenhang, ob die Veränderung der Verfassung durch die Verfassungsrichter überprüft werden können. Diese Option entstand in Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg zum ersten Mal, wenn ein starkes Verfassungsgericht in Europa geschaffen wurde. Dann hat dieses Muster die Impulse für die Verfassungsrichter anderer Länder gegeben, die Überprüfung der Verfassungsänderungen in ihre Kompetenzen einzubeziehen. Dieser Schritt bedeutet bereits die offene Übernahme der konstituierenden Macht, da in diesem Fall der monopolisierte Zugriff des Verfassungsgerichts auf die Verfassung fast vollständig wird.

Die Aktivierungsgeschwindigkeit der Kompetenz des Verfassungsgerichts für die Annullierung der Gesetze ist die dritte in der Reihenfolge der strukturellen Fragen, durch welche die Stärke der juristokratischen Regierungsform aufgeklärt werden kann. Denn können der monopolisierte Zugriff auf die Verfassung und die weite Auslegungsmacht noch gesteigert werden, wenn die Verfassungsrichter über einen schnellen Zugriff auf die Annullierungsprozesse der Gesetze verfügen. In dieser Situation kann die Dominanz der Verfassungsrichter über die parlamentarische Mehrheit und ihre Regierung auf die Spitze getrieben werden. Dies kann möglich sein, wenn alle Oppositionsparteien oder alle Einzelabgeordneten im Parlament das Recht haben, ein Gesetz anzufechten, und auf diese Weise kann das Verfassungsgericht alle neuen Gesetze unmittelbar nach ihrer Veröffentlichung aufheben. Eine weitere Unterfrage in dieser Hinsicht ist die Gebundenheit des Verfassungsgerichts auf den Rahmen des Antrags auf Nichtigkeitserklärung. Es ist möglich, dass diese Bindung eine ziemlich begrenzte Möglichkeit für die Entscheidung der Verfassungsrichter gibt, aber es kann sein, dass das Verfassungsrichter eine weite Bewegungsfreiheit innerhalb dem Rahmen des Antrags haben, und sie können zusätzliche Gesetze und ihre Bestimmungen für die Annullierung in Betracht ziehen, indem sie einfach

die enge Beziehung zwischen ihnen erklären. Diese breite Annullierungsmacht kann noch in solcher Weise weiter gesteigert werden, wenn das Verfassungsgericht die Überprüfung des neuen Gesetzes von Amts wegen auch beginnen zu können. Auf diese Weise können die Annullierungsprozesse fast nach Belieben aktiviert werden. In allen diesen Aspekten existieren die verschiedensten Regulierungen in der Welt und von manchen werden die Macht des Trägers der juristokratischen Regierungsform gesteigert und umgekehrt werden von manchen die Machtposition der parlamentarischen Mehrheit gesichert. Zum Beispiel haben die Verfassungsrichter in Ungarn unter der Regulierung der früheren ungarischen Verfassung bis 2012 die größte Freiheit in dieser Hinsicht genossen und alle Einzelpersonen oder Organisation hatten das Recht – in der sogenannte *populäre action* -, um eine Beschwerde ohne irgendeine persönliche Betroffenheit gegen alle Gesetze und Verordnungen einzureichen. Diese alte Regulierung hat auch nichts für die Gebundenheit der Verfassungsrichter auf den Rahmen des Antrags beinhaltet und so konnten sie in dieser größten Ungebundenheit beliebig fast alle Rechtsvorschriften unter Überprüfung hineinbeziehen. Es kam vor, dass die damaligen ungarischen Verfassungsrichter ein neues Gesetz annullieren wollten, aber von niemandem dieses Gesetz in Frage gestellt wurde, und dann hat plötzlich die Frau eines Mitarbeiters des damaligen Präsidenten des Verfassungsgerichts einen entsprechenden Antrag eingereicht, und der Prozess konnte sofort losgegangen werden. Umgekehrt hat die neue ungarische Verfassung im 2012 - lernend aus den vergangenen Problemen - die unbeschränkte populäre Action für die Verfassungsbeschwerde abgeschafft und auch einige andere Gesteigerungsmittel von den Kompetenzen der Juristokratie zurücknahm. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass diese Fragen in einer vergleichenden Weise detailliert untersucht werden müssen, wenn wir in einem Land wissen wollen, ob die parlamentarische Mehrheit des Halbparlamentarismus noch über die wichtigsten Machtpositionen dieses Landes herrscht oder umgekehrt, die Kräfte der juristokratischen Regierungsform haben bereits die Oberhand in diesem Bereich.

Schließlich ist die Dauer des Mandats der Verfassungsrichter, die sie von der Wiederwahl durch die politischen Akteure trennt, für die Analyse der Stärke der juristokratischen Regierungsform wichtig. Trotz des hohen monopolisierten Zugangs zur Verfassung und der breitesten Interpretationsmacht über die Verfassung auf der Grundlage ihrer allgemeinen leeren Formel und darüber hinaus die ausreichende Aktivierungsgeschwindigkeit der Kompetenz zur Aufhebung der parlamentarischen Gesetze ist die Macht des Verfassungsgerichts über die parlamentarische Mehrheit noch einigermaßen eingeschränkt, wenn die Verfassungsrichter nur für einen kurzen Zeitraum ernannt werden. Auf diese Weise werden die Bestimmung der Kräfteverhältnisse des Verfassungsgerichts in eher kurzen Intervallen immer von der parlamentarische Mehrheit und dem Staatsoberhaupt in Form der neuen gerichtlichen Ernennungen zurückgenommen. Vor allem, wenn auch die Wiederwahl der alten Verfassungsrichter - neben dem kurzem Zyklus - möglich ist, ist der Gehorsam der Verfassungsrichter der parlamentarischen Mehrheit meistens unvermeidlich. Mit all dem kann das Gewicht der Macht der juristokratischen Regierungsform gegen die parlamentarische Mehrheit unterhalb einer Schwelle gehalten werden. Umgekehrt, wenn der Zyklus der Verfassungsrichter lang ist, letztlich für ein Leben (vor allem, wenn es keine Obergrenze für Zwangsrückzug gibt, wie in den USA zum Beispiel), dann wird all diese

Tendenz die Macht der Juristokratie erhöhen. Der sehr lange Zyklus der Verfassungsrichter allein reicht aus, um das Gewicht der Macht über die anderen Zweige der Macht zu erhöhen, wie es in den USA gezeigt wird, wo die obersten Bundesgerichte in jeder Hinsicht eine engere Macht haben als die neuen Verfassungsgerichte von Europa oder Asien.

4) Die objektiv-teleologische Gesetzesauslegung: Die Loslösung der Richter von dem Gesetzestext

Die Vorschriften der Gesetze geben nur den Rahmen für die richterlichen Fallentscheidungen, und sie bestimmen diese Entscheidungen nicht in vollem Ausmaß. Aber seit den frühen 1800er Jahren wurde eine gemeinsame Technik der Rechtslegung - basierend in erster Linie auf die Interpretationskanonen von Savigny – in dem deutsch-römischen Rechtskreis zusammengebracht und durch diese wurde die Gebundenheit der Richter auf die Gesetzen mehr oder weniger gesichert, und die genauen Regeln der Präzedenzgebundenheit konnten in dem anglo-amerikanischen Gewohnheitsrecht also beobachtet werden. Diese Interpretationskanone wurde dann in den 1870-Jahren in den kontinental-europäischen Ländern von Rudolf von Jhering ergänzt und zu dem bisherigen Quartett der Kanonen (grammatische-, logische-, systematische- und historische Auslegung) hat noch die teleologische Auslegung als fünfte beigetragen. Jhering selbst befürwortete das Gesetzesgebundenheit des Richters, und er betrachtete diese Gebundenheit als eine der wichtigsten Grundlage der Rechtssicherheit, welche in der moderner Zeiten noch wichtiger wurde, aber mit der Hervorhebung der Zwecke hinter den Rechtsnormen - und damit das Zustandekommen der Möglichkeit der Konkurrenz zwischen dem Normtext und dem Normzweck - hat er dazu unwissentlich beigetragen, die Richter den Gesetzestexten zu entreißen. Denn kamen einige Besorgnis erregende Entwicklungen im Strafrecht schon nach dem Tod von Jhering in 1892 zustande. Von dem Jheringschüler, Franz von Liszt wurde der Zweckgedanke hinter dem Text in 1887 in seiner Schrift in einer doppelten Richtungsweisung für die Richter verwandelt.¹⁹ Nach seiner These ist der Text des Strafgesetzbuchs für die Richter pflichtig, aber hinter diesem Text ist der den Text schaffende Zweck auch zwingend und diese Verdoppelung gab dann die Möglichkeit für die Richter den Gesetzestext zu revidieren. In Anbetracht des Normzwecks kann immer vorgebracht werden, dass die Gesetzgeber es nicht finden konnten, zu diesem Zweck die richtigen Textphrasen zu benutzen, und im Hinblick auf das Zweck kann der Text durch die Strafrichter immer verändert, neu geschrieben, erweitert oder eben verengt werden. Diese Interpretationswendung im Strafrecht stand im polar entgegengesetzt gegenüber dem strafrechtlichen Rechtsprinzip von *nullum crimen sine lege*, welches seit der Aufklärung in der modernen Ära am wichtigsten betrachtet wurde, so Franz von Liszt selbst hat von der Folgen erschreckt und er hat die relevante Teile aus seinem neu ausgegeben Lehrbuch im

¹⁹ Vgl. dazu Franz von Liszt: Der Zweckgedanke in Strafrecht. In: ders.: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Band 1 (1875-1891). J. Guttentag Verlag. Berlin 1905 Seite 126-179.

1990 gelöscht.²⁰ Im Privatrecht gab es zunächst kein solches Problem, weil hier der Jheringsche Zweckgedanke von Philip Heck in seinen anbrechenden Schriften von 1912 in solcher Weise weitergeführt wurde, dass die Absichten der Gesetzgeber von der Interessenjurisprudenz in dem Mittelpunkt gestellt wurde und die Gesetzesgebundenheit der Richter immer hervorgehoben wurde.

Diese Gesetzesgebundenheit bei der Interessenforschung begann sich dann in den 1950er Jahren in der deutschen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung zu verändern und auf die Ausstrahlungseffekte dieser Wandlung kamen ähnliche Wandlungen in mehreren Ländern in Kontinentaleuropa vor. Um dies zu tun, bedeutete eine Hilfe die solche Erklärung nach der Zweiten Weltkrieg, von der die Ungerechtigkeiten in der Nazi-Deutschland als die Folgen des Rechtspositivismus qualifiziert wurden und es hat begonnen, diese Sünden auf dem Hals der durch Rechtspositivismus geschuldeten Richterschaft zu nähen. Heute ist diese Erklärung schon widerlegt - eben als ein Ergebnis der gründlichen Analyse von Bernd Rüthers²¹ - aber der auf den Gesetzestext gebundenen Richter ist noch immer ein negatives Modell für viele Rechtswissenschaftler. In diesem Klima dann begann es zu verbreiten, dass der Richter und die anderen Auslegungsexperten nicht suchen zu brauchen, was die Gesetzgeber mit der gesetzlichen Regelung tatsächlich erreichen wollten, aber stattdessen was vernünftigerweise damit erreichen werden könnten.²² Über die Vernünftigkeit soll der Richter immer individuell entscheiden, und sein Ausgangspunkt sollte bei der Erwägung immer sein, dass das Gesetz schlauer als der Gesetzgeber selbst war. Diese objektiv-teleologische Auslegungsmethode verbreitet sich in der letzten Jahren in ganzem Europa auch deshalb - meiner Meinung nach -, weil die größte politische Bruchlinie in vielen Ländern Europas zwischen den Anhänger von föderalen Europa und den Anhänger der nationalstaatlichen Struktur existiert. Die starken internationalen Netzwerke der Stiftungen mit hunderten von Stipendium hinter den Gruppen der Rechtswissenschaftler mit föderaler Richtung können eine mit Größenordnung stärkere Wirkung ausüben als die Anhänger der nationalstaatlichen Gesetzgebung. Insbesondere kann diese Loslösung von den Gesetzestexten dann verwirklicht werden, wenn diese Texte selbst immer weniger in der Ebene der Regelgenauigkeit formuliert werden, sondern nur als allgemeine Grundsätze oder abstrakte normative Erklärungen und verfassungsrechtliche Grundrechte. Untersuchen wir jetzt die Änderungen, von denen der letzterwähnte Trend vorangetrieben wurden.

²⁰ Vgl. dazu die akademische Antritt von Ferenc Finkey: Unrechtmäßigkeit als eine strafbare Handlung. Ungarische Akademie der Wissenschaften. Budapest 1909 S. 24-25.

²¹ Vgl. dazu B. Rüthers: Die unbegrenzte Auslegung. 7. Auflage. 2012. Tübingen.

²² In einer der Vorlesungen von Bernd Rüthers wird der Präsident des Bundesgerichtshofs zitiert, der in einem Artikel geschrieben hat: „Es geht also nicht darum, was sich der Gesetzgeber - wer immer das sein mag - beim Erlaß des Gesetzes gedacht hat, sondern darum, was er vernünftigerweise gedacht haben sollte. (...) eröffnet die objektive Theorie den Richtern die Möglichkeit, vom subjektiven Willen des historischen Gesetzgebers abzuweichen. Insoweit gilt dann eben das geflügelte Wort, daß das Geetz klüger ist als der Gesetzgeber.“ Bernd Rüthers: „Rechtsstaat oder Richterstaat? - Methodenfragen als Verfassungsfragen. 14.p. In: www.richterkontrolle.de (2007) derselbe noch ausführlicher in seinem schon oben zitierten Buch B. Rüthers: Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Mohr Siebeck, 2014. S. 89-95.

5) Die Rollenverschiebung zwischen der Regelgenauigkeit und der abstrakten Normativen im Rechtssystem

Das auf Rechtsdogmatik basierte Rechtssystem mit einem widerspruchsfreien Begriffsapparat wurde im 19. Jahrhundert in ganz Kontinentaleuropa verbreitet, und die alten juristischen Maximen, Parömien, *brocarda* und andere topische Gesichtspunkte wurden als widerspruchsvoll und dem systematischen Denken nicht entsprechend verworfen.²³ Aber parallel zu dieser Entwicklung hat auch ein anderer Prozess seit den frühen 1600er Jahren eingesetzt. Einerseits wurde die Idee des säkularen Naturrechts innerhalb dem Rechtsdenken eingeführt und andererseits wurde die Idee des Menschenrechts geschaffen, die in erster Linie von den Moralphilosophen propagiert wurde. Die abstrakten Menschenrechte halfen zwar bei den Kämpfen gegen die feudalen Verhältnisse, erwiesen sich aber nach der bürgerlichen Wende als ungeeignet zur Streitschlichtung in den tagtäglichen richterlichen Prozessen. Denn muss in jedem Einzelfall für ein dieser Rechte Priorität eingeräumt werden, und kann diese Priorität in einem anderen Fall gerade umgekehrt sein.

Die Ereignisse der französischen Revolution von 1789 zeigten, dass die Anführer der Revolution mit Blick auf die Menschenrechte als absoluten Anforderungen sich gegenseitig fast ausnahmslos abgeschlachteteten. Die französischen Revolutionäre haben ihre Überzeugungen in der Deklaration der Menschenrechte von 1789 für die Nachwelt hinterlassen und obwohl diese Gedanken in Europa wegen der schrecklichen Erfahrungen der Revolution noch längere Zeit keine unmittelbaren Folgen hatten, wurden sie in die Verfassung von den Vereinigten Staaten inkorporiert. Diese Menschenrechte waren größtenteils politischer Natur (Meinungsfreiheit, Pressefreiheit, Versammlungsfreiheit etc.) und wurden später auch in Kontinentaleuropa in die revolutionären Verfassungspläne von 1848 integriert. Aber diese galten nur als Zielsetzungen für die Gesetzgebung und waren kein bindendes Recht für die Richter bei der Urteilsfällung. Diese Natur wurde auch beibehalten, als die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten im Jahre 1803 eingerichtet wurde. Denn bedeutete die Verfassungsgerichtsbarkeit hier zuerst nur die Entscheidung des Supreme Courts in den Auseinandersetzungen des Bundes mit den einzelnen Bundesstaaten in Fragen der gesetzgeberischen Kompetenzen. Diese Natur der Verfassungsgerichtsbarkeit begann sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zu wandeln und Schritt für Schritt wuchs die Bedeutung die Verfassungsgerichtsbarkeit für die inkorporierten Menschenrechte. Das bedeutete die inhaltliche Überprüfung der einzelnen Gesetze durch die höchsten Gerichte, und damit begann die Verfassungsgerichtsbarkeit als Korrektiv zur gesetzgebenden Volksvertretung zu funktionieren.

Aus rechtssoziologischer Perspektive kann gesagt werden, dass diese Wandlung für die Elitegruppen, die bei den Kongresswahlen in der Kongress keine Mehrheit erreichen konnten, eine Möglichkeit eröffnete, durch die Beeinflussung der Verfassungsgerichtsbarkeit eine

²³ 18 Vgl. dazu Peter Stein: *Regulae Iuris. Von Juristischen Regeln Legal Maxims.* Edinburgh: an der University Press. 1966. S. 87-91.

gewisse Kontrolle über die Gesellschaft zu erzielen. Diese Strategie wurde von Gruppen des großen Finanzkapitals in den 1910er Jahren ausgearbeitet. In ihren Kämpfen gegen die konservativen Gruppen des Produktionskapitals unterstützten sie die Rechte der Minderheiten - zuerst die der Schwarzen, dann die der Homosexuellen, der Frauen usw. Die massive konservative Mehrheit der Kongress wurde so in vielen Minderheiten zersplittert, so dass die Umgestaltung der Gesellschaft nicht durch die Kongressmehrheit bestimmt wurde, sondern aufgrund der Inkorporation der Menschenrechte durch die Verfassungsgerichtsbarkeit des Supreme Court. Die Dominanz des Finanzkapitals über die amerikanische Gesellschaft gegen die Gruppen der Produktionskapitals wurde durch die Verfassungsgerichtsbarkeit und durch die „Minderheitswaffe“ zustande gebracht, und von den finanzkapitalistischen Gruppen wurden solche Stiftungen ins Leben gerufen, die später die Kämpfe für Menschenrechte aufnahmen: „The American Fund for Public Service was created in 1922, and for a short time it supported key rights-advocacy efforts. Roger Baldwin, the Director of the ACLU, became the director of the new fund as well, and the original board of directors consisted largely of the members of the ACLU’s national committee (...) the Fund supported a wide array of left-wing causes in the twenties and thirties and the Fund was the primary source of financial support for court battles directed by the ACLU in the twenties (...) The stock market crash of 1929 devastated the Fund, however, and as a consequence its support for litigation dropped dramatically in the thirties.”²⁴ Auf diese Weise wurde *Federal Supreme Court* das höchste Organ zur Schaffung der grundlegenden Rechtsnormen und seit den 1960er Jahren begann die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht nur die Gesetzgebung sondern auch die alltägliche Entscheidungstätigkeiten der Gerichte ihrer Kontrolle zu unterziehen. Neue Techniken der politischen Kämpfe wurden durch diese Prozesse geschaffen, und es wurde die Rolle des *movement lawyers* („cause lawyer“) ins Leben gerufen, die aufgrund des Menschenrechts der Verfassung für verschiedene Minderheiten auf den Rechtsweg und nicht als Politiker im Gesetzgebungsverfahren kämpften.²⁵

Diese Ereignisse förderten neue rechtstheoretische Schulen in den 1960er Jahren in den Vereinigten Staaten, die einerseits das rechtsdogmatische System angriffen und andererseits die juristische Argumentation mittels moralischen Maximen und Rechtsprinzipien neuerlich ins Zentrum des Rechtsdenkens stellten.

(Die Rehabilitierung der Maximen und der allgemeinen Rechtsprinzipien über die Rechtsregel) Während der oben beschriebenen „Grundrechtsrevolution“ rückten die früher diskreditierten Maximen und Rechtsprinzipien neuerlich ins Zentrum des Rechtslebens der Vereinigten Staaten und das auf Rechtsdogmatik basierende systemische Recht wurde als formalistisch teilweise beiseite geschoben. Im praktischen Rechtsleben orientierten sich die Gerichte immer stärker an den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen des Supreme Court und sie basierten parallel hierzu ihre Urteile zunehmend auf die Grundrechte der Verfassung und die abstrahierten Rechtsprinzipien anstatt den einfachen Gesetzregeln. Dieser Vorgang wurde von politischen Kämpfen der verschiedenen Gruppen des Großkapitals begleitet, und

²⁴ Charles R. Epp, *The Rights Revolution*. Chicago and London, 1998, S. 58.

²⁵ Siehe für cause lawyering: Stuart Scheingold, *The Struggle to Politicize Legal Practice: A Case Study of Left Activist Lawyering in Seattle*, in: Sarat, Austin/S. Scheingold (ed.): *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities*, New York, 1998, S.118-150.

in erster Linie wurde die Umwandlung des Rechts von einfachen Gesetzregeln zur Anwendung der Grundrechte der Verfassung (und zu verfassungsgerichtlichen Entscheidungen) von Gruppen des Finanzkapitals angeregt. Diese Gruppen konnten die Kontrolle der Massenmedien und des Kulturbetriebs schon am Anfang des 20. Jahrhunderts erlangen und - mit Gramsci gesagt - eine „organische Intelligenz“ für die Verteidigung ihrer Interessen ausbauen, so dass die positive Bewertung seitens der öffentlichen Meinung für diese Umwandlung des Rechts gesichert wurde. Die Wandlung wurde seitens des kulturellen Betriebs mit Hilfe der organischen Intelligenz des Finanzkapitals so interpretiert, dass von jetzt an 'die Rechte der Menschen statt der Gesetze der Politiker' bestimmend wurden und die abstrakten Rechte der Verfassung sowie die Rechtsprinzipien neuerlich ins Zentrum des amerikanischen Rechtslebens gerückt wurden.

In diesem geistigen Klima trat Ronald Dworkin auf und betonte die Priorität der Rechtsprinzipien vor den Regeln des Rechts. Dworkin formulierte diese These gegen das Buch 'The Concept of Law' von H. L. A. Hart, der die herrschende Meinung über das moderne Recht als auf Regeln basierte Rechtsanwendung zum Ausdruck gebracht hatte. Dworkin betonte gegen dieses Konzept, dass das Recht davon gekürzt werde, weil es neben den Regeln des Rechts auch von den Rechtsprinzipien stünde. Wenn es zu einer Kollision zwischen den Regeln und den Rechtsprinzipien in einem Rechtsfall komme, hätten die Rechtsprinzipien die Priorität.²⁶

In der deutschen Rechtswissenschaft gab es schon 1953 einen Rehabilitierungsversuch zugunsten der juristischen Maximen und Rechtsprinzipien, als Theodor Viehweg das mittelalterliche topische Rechtsdenken statt der systematischen Rechtsdogmatik zurückholen wollte. Nach einer längeren Diskussion wurde dieser Versuch aber abgelehnt und nur als partielle Korrektur der Rechtsdogmatik akzeptiert.²⁷ Eine ähnliche Kritik wegen zu abstrakter normativer Gesichtspunkte erfuhren in den 1970er Jahren die Generalklauseln, die nur leere Scheinanweisungen bei der Urteilsfällung abgaben und faktisch den Richtern die Bestimmung des Rechts überließen.²⁸ Auf diese Weise blieben die Maximen und die abstrakten Rechtsprinzipien im kontinentaleuropäischen Rechtsdenken als partielle Hilfe der systematischen Rechtsdogmatik den Gesetzregeln untergeordnet, wie es auch schon vor sechshundert Jahren von Bartolus und Baldus verlangt wurde.

Es muss aber gesehen werden, dass das Denken in Rechtsprinzipien und Maximen her wegen des starken Drucks der Grundrechte und der Verfassungsgerichtsbarkeit in den letzten Jahrzehnten auch in den kontinentaleuropäischen Ländern eine große Unterstützung erhalten hat. Die Verschiebung der Gesellschaftskontrolle und der höchsten staatlichen

²⁶ Siehe: *Ronald Dworkin*, Is Law the System of Rules? In: *ders* (ed.) *The Philosophy of Law*, London, 1977, S. 65-89.

²⁷ Siehe *Theodor Viehweg*, *Topik und Jurisprudence*. Fünfte, durchgesehene u. erweiterte Auflage, München, 1974; für die Diskussion dieser Idee: *Rhetorische Rechtstheorie*. F. S. für T. Viehweg, herausgegeben von *Ottmar Ballweg*, Freiburg/München 1982; für die partielle Verwendung der topischen Methode: *Josef Esser*, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956, und *Claus-Wilhelm Canaris*, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlin, 1968.

²⁸ Siehe z. B. *Günther Teubner*, *Standards und Direktiven in Generalklauseln*. Frankfurt am Main, 1971.

Machtspitze von der Gesetzgebung zum jeweiligen Verfassungsgerichtshof nach amerikanischen Vorbild konnte in den 1990er Jahren insbesondere in den neuen osteuropäischen Demokratien beobachtet werden, so dass das Denken in abstrakten Rechtsprinzipien und Maximen statt des Systemdenkens hier eine besondere Rolle spielt. Für die Verschiebung von den Regeln der einheimischen Gesetze hin zu den abstrakten Rechtsprinzipien ist neben dem Einfluss der USA als Siegermacht nach dem zweiten Weltkrieg und als führender Weltmacht auch die Kontrolle der nationalen Gesetzgebungspraktiken durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg verantwortlich. Als Ergebnis können z. B. in Ungarn die Bestrebungen zur Unterdrückung der systematischen Rechtsdogmatik beobachtet werden, und sogar innerhalb des Privat- und des Strafrechts gibt es schon Verschiebungen vom rechtsdogmatischen Systemdenken in Richtung auf das lockere topische Denken in Rechtsprinzipien und Maximen.

6) Politische Willensbildung durch richterliche Prozesse

In den westlichen Gesellschaften wurde es seit Anfang des zwanzigsten Jahrhundert möglich gemacht, durch die demokratischen politische Kämpfe der großen gesellschaftlichen Gruppen den Inhalt der Gesetzen bestimmen zu können, und in die Gesetzesinhalte die Interesse und Werte der einzelnen Gruppen einzubringen. Der wichtigste Weg dafür sind die parlamentarischen Wahlen und die Wahlkämpfe bzw. die politische Kämpfe während der Wahlperiode dienen dazu, die Millionen der Wähler von der Wichtigkeit dieser Interessen und Werten zu überzeugen. Bei dieser Anordnung werden die Endergebnisse der politischer Kämpfe von den Gesetzesinhalten getragen und die Verlierer warten immer auf die nächste Wahl, um die Gesetzesinhalte verändern zu können. In diesem Arrangement verwenden die Richter in ihren Fallentscheidungen die präzisen gesetzlichen Regelungen, von denen nur einen schmalen Rahmen für die Auslegung gelassen werden und wenn sie wollen oder nicht, können sie nur als politisch neutral verhalten. In dieser Situation gibt es nicht viele Möglichkeiten für die Richter, ihre eigenen politischen Präferenzen in den Fallentscheidungen verwirklichen zu können.

Dieses Arrangement konnte in der oben geschriebenen Entwicklung geändert werden, und diese Änderungen verwirklichten sich tatsächlich in den Vereinigten Staaten seit Anfang der 1960er Jahren.²⁹ Durch diese Änderungen wurden für die große Gruppen der Gesellschaft möglich gemacht, ihre politischen Kämpfe nicht durch den parlamentarischen Weg zu organisieren, um die Bestimmung der Gesetzesinhalte beeinflussen zu können, sondern unmittelbar durch die richterlichen Prozessen in den Gerichtssälen. Von Anfang der 1900er Jahre entwickelte sich hier, dass solche gesellschaftliche Minderheiten, die in den Kongresswahlen gegen die Mehrheit keine Chancen hatten, wandten sich direkt an die

²⁹ Vgl. dazu Charles R. Epp: The Rights Revolution. Chicago University Press. 1998.

Gerichte und mit der Hervorhebung der Verletzung ihrer Verfassungsrechte versuchten sie, die Rechtslage in Richtung ihrer Interessen durch die richterlichen Urteile zu verändern. Durch die Erfolge der Schwarzen in diesen neuen politischen Willensbildung wurde auch die anderen gesellschaftlichen Minderheiten dazu veranlasst, diesen richterlichen Weg der Politik zu benutzen, und zu erreichen, was wegen der legislativen Mehrheit in dem Kongress nicht erreichen konnte. In den frühen 1960er Jahren unter den damaligen Präsidenten Kennedy und dann Johnson wurden diese Bestrebungen mit der Hilfe der Mehrheit der Demokraten positive bewertet und der neue Weg der Politik durch richterliche Prozesse wurde durch speziellen Gesetzen unterstützt. Die Verteidiger dieses neuen politischen Wegs erlebten diese Veränderungen und die gesellschaftlichen Änderungen, die durch diesen verursacht wurden, als eine Grundrechtsrevolution.³⁰ Doch muss es erwähnt werden, dass sich im Folgen dieser Veränderungen die US-Gerichten in großem Masse durchpolitisierten und die richterlichen Prozesse in den Gerichtssälen manchmal nur als ein parlamentarischer Kampf in den Parlamentssitzung ablaufen können. Von da an wurde es vor der Auswahl und Ernennung der Bundesrichter das wichtigste zu wissen, welche politische Werte der Kandidaten haben und von ihren früheren Äußerungen und ihren Lebensläufen werden es versucht, herauszufinden, welche politische Einstellungen sie später in den richterlichen Entscheidungen verwirklichen würden. Manchmal läuft der Ernennungsprozess der neuen Richter in den Massenmedien unter den größten politischen Kämpfen als die Kämpfe der Präsidentschaftskandidaten. Auf diese Weise kommen dauerhafte politische Bruchlinien zwischen den Richter der Gerichte in den Vereinigten Staaten zustande und die gerichtlichen Entscheidungsprozesse laufen als politische Debatte ab, wenn auch natürlich mit anderen Argumenten als im Falle der Kongressteilnehmer.

Diese Entwicklung kann zusammengefasst werden, dass von den in die richterlichen Sitzungssälen eingerichteten politischen Kämpfen am direktesten die Veränderung der Grundstrukturen des Rechtsstaats in Richtung auf die juristokratische Staat gezeigt werden und während dieser Entwicklung kann der Weg beobachtet werden, wie im Platze des Trios der getrennten Politik/Verwaltung/Justiz die Zweiheit der durchpolitisierten Justiz und der verrechtlichten Politik stufenweise trat und von dieser Struktur die Tätigkeit der Verwaltung direkt bestimmt wird. Natürlich wurde diese Änderung in Europa erst in geringen Umfang verbreitet, ist aber in Spuren an vielen Orten schon präsent. Die Bestrebungen für die Übertragung werden meistens von den amerikanische Stiftungen ausgeübt, die schon über reichen heimischen Erfahrungen verfügen oder andere von ihnen unterstützte Stiftungen (zB. die norwegische Stiftung in Ungarn). Aber bisher konnten sie nur im solchen Falle einige Erfolge in diese Richtung in den europäischen Ländern erreichen, wenn sie auch in der heimlichen Richterschaft eine Allianz finden konnten. Ich bin der Meinung, dass diese Entwicklung in den letzteren Jahrzehnten lieber in Osteuropa als in Westeuropa verwirklichen konnte. Denn hat die westeuropäische Rechtskultur eine stärkere Immunität gegen diesen Einfluss als die osteuropäischen Länder mit ihren vierzig Jahren von Sowjetdiktatur.

³⁰ Als ein Theoretiker und ein aktiven Kämpfer von *movement lawyering* kann Stuart Scheingold erwähnt werden, vgl. dazu S. Scheingold: *The Struggle to Politicize Legal Practice. A Case Study of Left Activist Lawyering in Seattle*. In: Austin Sarat/S. Scheingold (eds.): *Cause Lawyering*. Oxford University Press. 1998. S. 118-150.

7) Moral Diskurs und deliberativen Demokratie

Während der Forschung der Umwandlung des Rechtsstaats in Richtung auf den juristokratischen Staat können solche Wandlungen auch im Bereich der Moraltheorie in den letzten Jahrzehnten beobachtet werden, von denen auf die Stelle der Millionen der Massengesellschaft und ihrer parlamentarischen Demokratie eine enge Elitenmoral und eine dazu gebundenen Justiz platziert werden.³¹ Die Vorgeschichte dieser Wandlung geht auf die Konfrontation zwischen Kant's individuelle Moralphilosophie und Hegel's Philosophie der öffentlichen Sittlichkeit zurück, in der Kant die öffentliche Sittlichkeit lediglich als minderwertige Gewohnheitssitte bewertete und die wahre Moral wurde von ihm zu den bewussten Entscheidungen der Einzelnen gebunden. In den letzten Jahrzehnten wurde Kants These von Jürgen Habermas's Diskursmoral – mit großer journalistischen Unterstützung der Medien – radikalisiert und von ihm wurde letztlich die Moral selbst als Normensystem der Verhalten weggeworfen und sie ist aufgefasst als nur kulturelles Wissen. Nach Habermas'Auffassung können die moralischen Richtlinien in den modernen komplexen Gesellschaften nur von der Diskurs der aktiven Bürger immer fallweise als Diskursmoral zustandegebracht werden und in der deliberativen Demokratie müssen diese von den Zivilen ausgehandelten moralischen Richtlinien für die Gesetze als Grundlage benutzt werden. Damit sind die Moral und Recht in dieser Theorie zusammengeflochten und das gibt für das durchmoralisierte Recht einen erhöhten Status. Letztendlich werden die Gesetze der Gesetzgebung auf diese Weise nicht durch die Moral als öffentliche Moral der Millionen sondern durch die moralischen Richtlinien der Intellektuellen der Zivilorganisationen bestimmt.³²

Habermas möchte - nach seinen subjektiven Absichten – die auf die bloße Stimmeneinwerfung verengte Demokratie in die wahre debattierende, deliberativen Demokratie umwandeln und aufbessern. Aber aufgrund einer realistischen Einschätzung verfehlt diese Bestrebung einerseits die tatsächliche kleine Möglichkeit der Millionen der Menschen für die Teilnahme an der zivilgesellschaftlichen Diskursen, andererseits die Möglichkeit des Verstehens der schwierigen Sachfragen in den täglichen moralischen Diskursen der Durchschnittsbürger. In der Tat können in der Debatten von NGOs regelmäßig nur die Intellektuellen - befreit von dem mühsamen täglichen geistigen oder körperlichen Arbeit – teilnehmen und die deliberative Demokratie kann sich in der Realität erst als die Debatten der Verfassungsrechtler, Politologen, Soziologen, Ökonomen usw. der Rundtischgespräche in dem Fernsehen verwirklichen, wie es in jedem Tag in den Fernsehdebatten beobachtet werden können. Darüber hinaus kann sich dieser enge Kreis nur durch die von großen Geldsummen betriebenen Massenmedien in die öffentlichen Diskurse

³¹ Für die ausführliche Analyse dieser moraltheoretischen Entwicklung siehe meine andere Schrift, B. Pokol: Theoretische Soziologie und Rechtstheorie. Kritik und Korrigierung der Theorie von Niklas Luhmann. Schenk Verlag. Passau, 2013. S. 185-209.

³² Siehe Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung. Beiträge des Recht und zur Diskurstheorie der Demokratischen Rechtsstaates. Frankfurt Suhrkamp. 1992. 146 p.

einschalten und hinsichtlich eines ganzen Landes kann die Zahl dieser Media-Interkulturellen nicht mehr als ein paar hundert oder paar tausend sein, von denen die Debatten in den Fernsehsender, Tages- und Wochenzeitungen und Online-Portalen ausgeführt werden. Aber diese Medien sind politisch nicht neutral und die Debatten bzw. die Teilnehmer sind sorgfältig nach den entsprechenden Gesichtspunkten sortiert. Unter diesen Bedingungen würde von der deliberativen Demokratie nicht eine aufbesserte Qualitätsdemokratie sondern die Herrschaft kleiner Intellektuellenkreisen zustandegebracht – trotz den Habermas's Vorstellungen. Die Verbreitung und Wiederholung der Argumente über Minderwertigkeit der parlamentarischen Demokratie reduzieren jedoch in der breiten Öffentlichkeit weiter die Legitimität der parlamentarischen Gesetzgebung, und solche Auslegungsmethode werden auf diese Weise geholfen, von denen anstatt der Gesetzesgebundenheit der Richter ihre freie moralische Rechtsfindung bestärkt werden.³³

Eine andere Version der direkten Verbindung der Moral und des Rechts wird durch die Menschenrechtsideologie verwirklicht. Vom Anfang des 19. Jahrhunderts hat sich die Idee des Naturrechts in Europa aufgehört zu existieren, aber in den Vereinigten Staaten blieb die Menschenrechtsideologie lebend, und nach der Zweiten Weltkrieg wurde die ehemalige Idee des Naturrechts durch die Dominanz von USA wiederbelebt. Als eine Folge davon wurden die internationalen Verträge der Bürgerrechte in der Menschenrechtskonvention bekleidet. Diese Konvention ist als jede andere internationale Abkommen gleichermaßen legalistisch durchgedacht und formuliert, und ihre fallweise Verwendung erfolgt durch ebensolchen rechtlichen Auslegungsmethoden wie in den anderen Teilen des Rechts, aber von der menschenrechtlichen Benennung wird ein Akzent zu dieser Regulierung gegeben, von dem sie als ein durchmoralisiertes Recht aufgezeigt wird: ein Recht durchdrungen mit der Moral. Die Verletzung dessen ist also nicht einfach eine „Rechtsverletzung“ - besonders in den Massenmedienpräsentationen - sondern auch ein moralisch verabscheuungswürdiger und schändlicher Vorfall. Während es oftmals vorkommt, dass der mit der Verletzung der Menschenrechtskonvention verurteilte Staat mit Recht darauf verweist, das von dem Menschenrechtsgericht in Straßburg am weitesten den Wortlaut des Übereinkommens ausgelegt wurde und es ging weit über die menschenrechtlichen Vorschriften hinaus. Aber der moralische Akzent toleriert keine “worklauberische Argumentation”....

Insgesamt kann zusammengefasst werden, dass von diesen moraltheoretischen Unterstützungen und sprachpolitischen Wendungen die Dominanz der Träger des juristokratischen Staates von der Kritik entzogen wird und wer das tut, geht von vornherein benachteiligt.

³³ Im Unterschied zu Habermas kann ein anderes Bild des mit Moral durchtränkten Richter in den Schriften von Gerard Postema gefunden werden, siehe dazu G. Postema: Moral Responsibility in Professional Ethics New York University Law Review. (Vol 55.) 1980. S. 63-89.

8) Die inländische Lage: der juristokratische Staat in Ungarn

Jetzt wurde zu der Analyse der Lage in Bezug auf Ungarn gekommen, und es soll betont werden, dass die oben angegebenen Umwandlungstendenzen nur ein analytischen Rahmen über die strukturellen Eigenschaften des juristokratischen Staat in idealtypischen Reinheit skizzieren wollten. Wie es tatsächlich in einigen Staaten verwirklicht wurde - das heißt, in welcher Grade die Umwandlung in den juristokratischen Staat bereits stattgefunden hat - kann nur durch bestimmten Analysen gezeigt werden. Diese spezifische Analyse sollte zunächst in dem betroffenen Staat darauf abzielen, wie von den Vorschriften der Verfassung bzw. des Gesetzes über das Verfassungsgericht die relevanten Bereiche reguliert werden. Weiterhin sollte in die Analyse hineingezogen werden, unter welchen politischen, organisatorischen und prozessrechtlichen Funktionsbedingungen die Staatsgewalten – unten ihnen das Verfassungsgericht - ihre Tätigkeiten ausüben. So die erste Frage in Ungarn ist zu analysieren, wie starke Kompetenzen dem Verfassungsgericht von der Verfassung in Kraft ab 2012 und darauf basierend von dem Gesetz über das Verfassungsgericht gegeben wurden. Aufgrund dieser Analyse kann einerseits geklärt werden, in welcher Grade durch die juristokratische Regierungsform die andere Staatsgewalten auf die halbparlamentarische Regierungsform in Ungarn zurückgedrängt wurde, und darüber hinaus andererseits, in welchem Umfang sich der Staat als Ganze in die Form des juristokratischen Staates umgewandelt hat. Die nächste Frage ist, inwieweit von der institutionellen Struktur bzw. den Entscheidungsprozessen für das Verfassungsgericht es möglich gemacht wurden, die konstituierende Macht zu ersitzen und die Präzedenzen seiner Rechtsprechung als die pseudo-Verfassung an dem Platz der originellen zu stellen. Dann geht die Analyse über die Verfassungsgerichtsbarkeit hinaus, und in Bezug auf die ganze Richterschaft wird gefragt, inwieweit sich die Dominanz der objektiv-teleologischen Auslegungsmethode an die Stelle der Gesetzesgebundenheit sichernden Methoden in Ungarn verwirklichte. Eine weitere Frage der Analyse ist, welche Stärke die Rolle der Generalklausen, der leeren verfassungsrechtlichen Deklarationen, Wertungen und Formulen statt den Normen auf der Ebene der Regelpgenauigkeit in den richterlichen Entscheidungsprozessen erreichen konnte. Ebenso soll das Ausmaß untersucht werden, was die politisch Kämpfe durch die richterlichen Prozesse in Ungarn erreichen konnten, wie letztlich die moralische und theoretische Unterstützung dieser rechtlich-politische Kämpfe auch, weil diese Prozessen zu der Verwirklichung des juristokratischen Staates beitragen können. All diese Fragen können nur durch gründliche Forschung aufgeklärt werden, aber als Ausgangspunkt kann nun kurz einige Antworten präsentiert werden.

Das ungarische Verfassungsgericht kann aufgrund der Regulierung des Grundgesetzes und des Gesetzes über das Verfassungsgericht (GüV) als einer der mächtigsten Verfassungsgerichte der Welt qualifiziert werden. Das neue Grundgesetz in Kraft ab 2012 hat dem Verfassungsgericht das Recht der Kontrolle über die gerichtlichen Entscheidungen gewährt und dazu kommt noch seine Befugnis für die direkte Kontrolle der Gesetze des Parlaments und der anderen Rechtsregel. Darüber hinaus sollten wir auch darauf hinweisen, dass das Verfassungsgericht während dem Prozess der Verfassungsbeschwerde gegen

gerichtliche Entscheidungen auch auf die Kontrolle der zugrunde liegenden Rechtsvorschriften immer übergehen kann, sogar kann nach dem Übergang auch die eng verwandten Vorschriften oder das ganze Gesetz annulliert werden.³⁴ Aber wenn die Verfassungsrichter die unter Kontrolle gezogenen Rechtsvorschriften nicht annullieren wollen, können sie den Inhalt dieser Vorschriften ändern oder ergänzen. Denn ist es für sie möglich, die geprüfte Rechtsvorschrift nur mosaikartig zu annullieren, und von da an kann diese Vorschrift nur in dieser veränderten Form verwendet werden. Weiterhin kann es auch sein, dass von dem Verfassungsgericht der geprüften Rechtsregel eine konstitutionelle Anforderung beigelegt wird und die Gerichte können diese Rechtsregel in der Zukunft nur gemeinsam mit dieser ergänzenden Anforderung verwenden.³⁵ Darüber hinaus können die Verfassungsrichter meistens wählen, ob sie die geprüfte Rechtsvorschrift annullieren oder stattdessen stellen sie eine legislative Unterlassung fest und der Gesetzgeber wird aufgefordert, die festgestellten Lücken aufgrund der angegebenen Inhalt auszufüllen.³⁶ In anderer Richtung kann aber als eine Schranke des Verfassungsgerichts bewertet werden, dass das Grundgesetz mit einer seiner Vorschriften ihm explizit verbot, die Verfassungsänderungen inhaltlich zu prüfen. Diese Änderungen kann von dem Verfassungsgericht nur aufgrund solcher Prozessregeln prüfen, die in dem Grundgesetz selbst beinhaltet sind.³⁷ Diese Regelung resultierte aus der Erfahrung, dass wenn in einem Land die Frage der Kontrolle der Verfassungsänderung in der Verfassung nicht explizit geregelt wurde, dann kommen oft solche Bestrebungen innerhalb dem Verfassungsgericht zustande, die ganze Verfassungsänderung unter Kontrolle hinzuziehen, wie es tatsächlich in Ungarn passierte.

In Bezug auf das Gewicht des Verfassungsgerichts und der hauptsächlich von ihm geprägten juristokratischen Regierungsform in Ungarn kann eindeutig festgestellt werden, dass die öffentlich-rechtliche Position dieser Regierungsform stark ist, und die Position der parlamentarischen Mehrheit - und die davon geprägte Regierungsmacht – in großem Maße zu halbparlamentarischer Regierungsform zurückgedrängt wurde. In jede der vier aufgeführten Dimensionen genießt das Verfassungsgericht ein hohes Maß an Primat. 1) Das Verfassungsgericht hat einen hohen Grad des monopolisierten Zugangs zu der Verfassung und dem Gesetz über seine Organisation und Tätigkeit und von der parlamentarischen Mehrheit kann diese nur mit Stimmen von zwei Drittel berührt werden. Das heißt, bis es keine solche Mehrheit gibt, haben die Verfassungsrichter ein Monopol in diesem Bereich. 2) Die Formulierung des Textes des Grundgesetzes in Ungarn wurde in großem Maße auf allgemeine Erklärungen und vage Prinzipien basiert, und diese vage Formeln und Deklarationen geben die größte Bevollmächtigung für die Verfassungsrichter, die ganze Staatsmacht zu kontrollieren. 3) Die Aktivierungsgeschwindigkeit der Kompetenz des Verfassungsgerichts ist ziemlich groß für die Annullierung der Gesetze, obwohl sie einigermaßen wegen der Entfernung der Möglichkeit von *populare action* von jedermann ab 2012 reduziert hat. 4) Schließlich ist die Dauer des nichtverlängbaren Mandats der Verfassungsrichter in Ungarn 12 Jahren ohne Altersgrenze, und sie werden von dieser langen Zeit von den politischen

³⁴ Vgl. dazu das Gesetz § 28 Absatz (1) über das Verfassungsgericht.

³⁵ Vgl. dazu das Gesetz § 46 Absatz (3) über das Verfassungsgericht.

³⁶ Vgl. dazu das Gesetz § 46 Absatz (1)-(2) über das Verfassungsgericht.

³⁷ Vgl. dazu das Grundgesetz § 24 Absatz (5) - (6).

Akteuren getrennt und andererseits ist diese Zeit dafür geeignet, die Mehrheiten von drei parlamentarischen Zyklen kontrollieren zu können.

Die nächste Frage ist die Entstehung einer pseudo-Verfassung aufgrund der Präzedenzen der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichts anstelle der originellen schriftlichen Verfassung in Ungarn und der Beobachter ist in einer bequemen Position. Denn wurde von dem ersten Präsident des Verfassungsgerichts – von László Sólyom - sofort in den ersten Monaten nach der Entstehung dieses Gerichts deklariert, dass die Aufgabe des Verfassungsgerichts darin bestehen würde, mit seinen Entscheidungen eine „unsichtbare Verfassung“ zustandezubringen, die als eine für ewig gültige Verfassung einen Vorteil vor dem geschriebenen Verfassung haben sollte.³⁸ Vielleicht wurde diese These so offen noch niemals in der Welt deklariert, obwohl in der Tat schon die Deutschen seit den späten 1950er Jahren das ausgeübt haben, und von der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichts auch in Deutschland eine pseudo-Verfassung zustandegebracht wurde. Bei diesem Verfahren werden die relevanten Vorschriften der Verfassung formal und höflich erwähnt, aber die tatsächliche Argumentation und Entscheidung werden aufgrund der pseudo-Verfassung getroffen. Der erste Präsident des Verfassungsgerichts in Ungarn hatte diese Methode sofort bei dem Anfang der Verfassungsgerichtbarkeit erkannt und er setzte sie ganz offen vor die Öffentlichkeit und dann wurde sie von ihm als das Konzept der “unsichtbaren Verfassung” genannt. Ich habe die Vermutung, dass diese offene Verlautbarung - neben dem grundlegenden Mangel an tief verwurzelt demokratische Tradition - auch davon möglich gemacht wurde, dass es in Ungarn nie ein Verfassungsgericht gab, und auch keine Kenntnisse davon in den Juristenkreisen existierten. Die Entscheidungspraxis aufgrund der ‘unsichtbaren Verfassung’ ist dann so stark verwurzelt, dass trotz der neuen Verfassung von 2012 - und trotz ihrem ausgesprochenen Verbot! - die Entscheidungen auch in diesen Tagen von der Mehrheit der Verfassungsrichter noch immer aufgrund der alten verfassungsgerichtlichen Präzedenzen (das heißt: unsichtbare Verfassung) getroffen werden.

Es ist noch zu bemerken, dass diese von den Deutschen übernommene Entscheidungspraxis in Europa nicht nur in Ungarns sondern auch in Spanien und Litauen verwirklicht wurde und im Gegensatz dazu kann die Trennung von der ursprünglichen schriftlichen Verfassung in Kroatien, Slowenien und den Tschechen nicht beobachtet werden.³⁹

Die Verbreitung der objektiv-teleologischen Auslegung - und damit die Annäherung an die juristokratische Zustand - kann in Bezug auf die Richterschaft in Ungarn nicht festgestellt werden und die Mehrheit der Richter scheint bei den gesetzestreuen Interpretationsmethode auszuhalten. Obwohl von dem Artikels 28 des Grundgesetzes für die Auslegung der Richter die Auslegung in Übereinstimmung mit dem Zweck der Rechtsvorschriften verbindlich gemacht wurde, gab es noch keine klare Richtung, ob diese

³⁸ Vgl. dazu die parallele Begründung von László Sólyom über die „unsichtbare Verfassung“ in der Entscheidung 23/1990 (X 31) von Verfassungsgericht von Ungarn.

³⁹ Vgl. dazu ausführlich B. Pokol: Alkotmánybíróági döntési stílusok Európában. (Verfassungsgerichtliche Entscheidungsstile in Europa.) Jogelméleti Szemle/ Rechtstheorie 2015 No. 3.

Zweckorientierung aufgrund der subjektiven Zwecke der Gesetzgeber oder der objektiv-teleologische Methode weitergehen wird. Die verbreitete Einstellung innerhalb der ungarischen Richterschaft kann lieber die erstgenannte Methode förderlich sein.

Die Verbreitung der Benutzung der allgemeinen normativen Wertungen und abstrakten Prinzipien anstelle der relevanten Vorschriften - oder mindestens neben ihnen - kann aber schon in der Urteilstätigkeit in den letzten Jahren gefunden werden und in einigen neugeschaffenen Gesetzbücher wurden in den einführenden Bestimmungen vorgeschrieben, dass die einzelnen Vorschriften in dem Gesetz immer mit Hilfe der allgemeinen Rechtsgrundsätze ausgelegt werden sollten. In den letzten Jahren wurde diese Auslegungsrichtung noch damit weiter gestärkt, dass von dem Artikel 28 des neuen Grundgesetzes auch vorgeschrieben wurde, die Auslegung immer in Übereinstimmung mit den Grundrechten und den Werterklärungen des Grundgesetzes verwirklicht werden sollte. Ob diese Auslegungsvorschriften in der Zukunft die stärkere Trennung der Richterschaft von der Gesetzestreue verursachen werden, kann heute noch nicht entschieden werden.

Was die politischen Kämpfe durch richterliche Prozesse in Ungarn angeht, kann festgestellt werden, dass die Übersiedlung dieser Kämpfe von den Parlamentssitzungen in die Gerichtssäle erst begonnen hat. Diese Veränderung wurde meistens von den Amerikanischen Stiftungen, insbesondere von der Finanzierung der Soros Foundation Networks (Open Society, Helsinki-Komitee usw.) vorgetrieben und am Anfang der 90er Jahren wurden einige Tochterorganisationen der amerikanischen *movement lawyering* in Ungarn zustandegebracht. Die Politik durch richterliche Prozessen konnte aber nur eine bescheidene Rolle erreichen. Allerdings betätigt sich dieses Motiv hinter einem Teil der eingereichten Verfassungsbeschwerden und obwohl diese formal als Beschwerde der Einzelpersonen eingereicht werden, betätigen sich tatsächlich die spezialisierten Tochterorganisationen von amerikanischen *cause lawyering*.⁴⁰

Schließlich, um die moralischen Gründungen des juristokratischen Staates überzugehen, können wir sagen, dass es Bestrebungen in dieser Richtung in den engen intellektuellen Kreisen in Ungarn gab und gibt. Diese Bestrebungen hatten aber einen bemerkenswerten Einfluss nur in winzigen aktivistischen Kreisen und noch die breitere intellektuelle Öffentlichkeit blieb kühl gegen ihre Argumente. Im Gegensatz dazu wurde von der Menschenrechtsideologie der verflochtenen rechtlichen und moralischen Argumente einen breiteren Einfluss in den intellektuellen Kreisen erreicht. Allerdings kann nicht so sehr von diesem Erfolg die Verschiebung in Richtung auf den juristokratischen Staat in Ungarn verursacht werden, sondern vielmehr das - meiner Meinung nach -, dass es bei uns niemals eine massenhafte Glaube an die Demokratie gab.

⁴⁰ Zum Beispiel kann als solche Organisationen in Ungarn die Vereinigung für Menschenrechte, oder die Organisation des átlátszó.hu (internet-Portal) genannt werden.