



Pázmány Law Working Papers
2017/13

Béla Pokol

**Der juristokratische Staat
(Entstehung, Aspekte, Verzerrungen
und Möglichkeiten zur Sublimierung)**

Pázmány Péter Katolikus Egyetem
Pázmány Péter Catholic University Budapest
<http://www.plwp.jak.ppke.hu/>

Der juristokratische Staat

(Entstehung, Aspekte, Verzerrungen und Möglichkeiten zur Sublimierung)

von Béla Pokol¹

Die Verrechtlichung der Politik wurde schon sehr früh von Otto Kirchheimer aufgeworfen und in den letzten Jahrzehnten hat die Diskussion darüber immer neulich aufgeflammt. Die Analysen erweiterten diese Erscheinung und schon auch die gegenseitige Durchdringung der Politik und des Rechts wurde behauptet. Daneben haben die Analysen über die zunehmenden Kompetenzen der Verfassungsgerichte dazu geführt, um behaupten zu haben, dass es sich hier um die Umwandlung des Rechtsstaates zum Richterstaates handelt (*Bernd Rüthers*) und die staatliche Regierung schon auf die Richter basiert sind (*Alec Sweet Stone*). In dieser Schrift möchte ich diese Gedankenrichtung aufnehmen und in einer ausführlichen Analyse versuche ich es, die Entstehung, die Aspekte und die Verzerrungen der immer mehr auf juristische Argumentation basierte Typ des Staates offenzulegen. Ich benutze für seine Benennung den Name von juristokratische Staat und nicht "Richterstaat", damit die neutrale Beschreibungsweise nicht sofort mit kritischen Obertönen zu vermischen.

I. Der juristokratische Staat: die Zerlegung seiner Aspekte

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 Präsidialsystem als ein neuere Regierungsform entworfen werden. Aber im weiteren Sinne kann es nur als die Ersetzung des Rechtsstaates durch den *juristokratischen Staat* formuliert werden.

Für den Kontrast beider Formen können in idealtypischer Reinheit die folgenden Verschiedenheiten hervorgehoben werden. Das Funktionieren des Staates 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 täglichen Aktivitäten im Rahmen der genauen Regeln ausführen und die Gerichten entscheiden meistens aufgrund der präzisen gesetzlichen Vorschriften im sehr begrenzten

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

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 Staats 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 Andordnung 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 plazierte Verfassungsgericht im Zentrum der Statsmacht 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 demokratische Wahlen und die durch sie entstehende legislativen Mehrheit funktionieren nur als legitimierende Schleier über die tatsächliche Machtausübung.

Umgeesehen unter den schon bestehenden Analysen, von denen diese Veränderungen schon ans Licht gerbacht wurden, kann in erster Linie die Analysen von Bernd Rütters und Alec Sweet Stone erwähnt werden.² Die Analysen von Rütters stellen die Umwandlung des Rechtsstaats zum Richterstaat in dem Zentrum und diese Analysen können am unmittelbarsten verwendet werden, damit die Entstehung des juristokratische Staates

² In der Fußnote kann noch einmal 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 und der Politik durch die Verfassungsgerichtsbarkeit aufgefasst aber keine tiefere Bedeutung dazu gegeben. Vgl. dazu B. Bornemann: Politisierung des Rechts und Verrechtlichung 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

verstehen zu können.³ Im Gegensatz zu seiner resignierten Konstatierung der Entstehung des Richterstats 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 Erweiterung von Rüthers's theoretischen Rahmen aufgefasst werden. Denn beschränkt er seine Analysen lediglich auf die immer grössere 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 Regierungform 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 Parlamentsitzungen auf die Gerichtssaale hinüberzugehen (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 Schließung der Analyse sollen noch einige Informationen darüber präsentiert werden, in welchem Masse in Ungarn diese Veränderungen verwirklicht wurden (8).

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 oligarchischer Richterstaat? In: Picker / Rüthers (Hrsg.): Freiheit und Recht. München. 2003 S. 11-136. und ders.: Geleugneter Richterstaat und vernebelte Richtermacht. NJW 2006, S. 2759-2761. Aus der ungarischen Literatur 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 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.

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 ursprünglichen Idee der Verfassungsgerichtsbarkeit entstand in den Vereingten Staaten in den frühen 1800er Jahren und ursprünglich bedeutete sie nur die Entscheidungstätigkeit in Fragen der Kompetenzkonflikten zwischen den Mitgliedstaten und des Bundes. Denn war die USA weltweit der erste Bundesstaat und bis dahin war es nicht entschieden, von welchem Organ die Kompetenzkonflikten zwischen den verschiedenen Ebene 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 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 Komptenzgründen 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 Europe 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 plaziert, 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 geschaffen, 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 geschaffene deutsche und italianische Verfassungen unter Kontrolle der

⁵ Begeistert von den Erfahrungen der US Verfassungsgerichtbarkeit 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.

amerikanischen Besetzungsbehörden 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 Organization 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 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 weite Kompetenzen ungehindert noch weiter ausbauen. Die Haupttroute dessen bestand hauptsächlich darin, dass einige leere Formel, 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 wurden 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 des Verfassungsgerichtsbarkeit zu tun.

In den Verhältnissen des wirtschaftlichen Wohlstandes nach dem Zweiten Weltkrieg und in dem keynesianischen Modell des Wohlfahrtskapitalismus wurden gute

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.

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.

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 zeremonialen Roben gekleidet für die Ankündigung der Entscheidungen immer grosse öffentliche Sympathie. Von diesem grossen Erfolg wurde 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 die Verfassungsgerichtsbarkeit nur das 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 den 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 President Jelcin 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 Verfassungsgerichten mit umfangreichsten Kompetenzen ausgestattet. Diese Position steht aber am weitesten von den ursprünglichen Ideen der Verfassungsgerichtsbarkeit.

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 verfassungsgemäß erklärt.; ausführlich dazu vgl. B. Pokol: Alkotmánybírószági döntési stílusok Európában. (Verfassungsgerichtliche Entscheidungsstile in Europa.) Jogelméleti Szemle/Rechtstheorie 2015 No. 3.

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 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 ihrem 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 endgültigen Bruch mit der ursprünglichen Verfassung geschaffen werden, und von den unablösbaren 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

⁹ Der polnische Verfassungsrichter Lech Moravski 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. Moravski: *The Polish constitutional crisis and institutional self-defence*. 9 May 2017, Trinity College, University of Oxford. http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/uroczystosci_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 im 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 Rechtsprechungstraditionen 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.

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 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

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.

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-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 der die Erstrebenungen für die Wandlung kleiner Teile der bisherigen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ausgeht. Auf diese Weise kann festgestellt werden, dass die einmal festgelegten Präzedenzen der europäischen Verfassungsgerichte 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 Anteil der deutschen

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, Carozo, 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

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 Gesprächspartner, 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

4) Der vierte Grund, von dem die Entstehung der Pseudo-Verfassung anstelle der einfachen verfassungsgerichtlichen Präzedenzen verursacht wird, ist die große Arbeitsbelastung der

einen alten Mitarbeiter des Vorgängers während einer Trainingsperiode für die Aufgabe fertig gemacht wird.

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.)

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 der Mehrparteiensystem 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 besonderen 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 monopolisierte Zugang 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 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

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.

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 erreichen konnten. In dieser Situation kann die Macht der Juristokratie von der demokratische 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 Verfassungsgericht 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 Unbebundenheit belibig 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 Präsident 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 ungeschränkte 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 den 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 der anglo-amerikanischen Gewohnheitsrecht also beobachtet werden. Diese Interpretationskanone wurde dann in den 1870 Jahren in den kontinental-europäische 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 die 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 1990 gelöscht.²⁰ Im Privatrecht gab es zunächst kein solches Problem, weil hier der Jheringsche Zweckgedanke von Philip Heck in seinen bahnbrechenden 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 began 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

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.

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

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 geschulteten 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 verberitet sich in der letzten Jahren in ganzen 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 Stipendiums 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.

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

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.

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

frühen 1600er Jahren eingesetzt. Einerseits wurde die Idee des säkularen Naturrechts innerhalb dem Rechtsdenken eingeführt und andererseits wurde die Idee des Menschenrechte 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 abgeschlachtet. 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 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 den Menschenrechten 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 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 Gesetzen 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.

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.

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 letzteren Jahrzehnten auch in den kontinentaleuropäischen Ländern eine große Unterstützung erhalten hat. Die Verschiebung der Gesellschaftskontrolle und der höchsten staatlichen 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 Strassbourg 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

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 Jurisprudenz*. 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.

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 Andordnung 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.

Diese Arrangement konnte in der oben geschriebenen Entwicklung geändert werden, und diese Änderungen verwirklichten sich tatsächlich in den Vereinigten Staaten seit Anfangs 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 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 positiv 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 ein Grundrechtsrevolution.³⁰ Doch muss es erwähnt werden, dass sich im Folgen dieser Veränderungen die US-Gerichten in großer Masse durchpolitisierten und die richterlichen Prozesse in den Gerichtssälen manchmal nur als ein parlamentarischer Kampf in den Parlamentsitzung 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

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

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.

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 amerikanischen 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 der osteuropäischen Ländern mit ihren vierzig Jahren von Sowjetdiktatur.

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 plaziert 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 zustandgebacht 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

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.

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 einschalten und hinsichtlich eines ganzen Landes kann die Zahl dieser Media-Intellektuellen 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 Intellektuellenkreise 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 Ausgegungsmethode werden auf diese Weise geholfen, von denen anstatt der Gesetzesgebundenheit der Richter ihre freie moralische Rechtfindung bestärkt werden. ³³

Eine andere Version der direkte 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

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

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.

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.

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 Gesetz über das Verfassungsgericht die relevante 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 verfassungsgrechtlichen Deklarationen, Wertungen und Formeln statt den Normen auf der Ebene der Regelgenauigkeit 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 der 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 sein 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 beigefügt 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 ein 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 getragten juristokratischen Regierungsform in Ungarn kann eindeutig festgestellt werden, dass die öffentlichrechtliche Position dieser Regierungsform stark ist, und die Position der parlamentarischen Mehrheit - und die davon getragte 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 monopolisierte 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.

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).

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 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 den 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 relevante 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 is 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

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

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 Zweckorientierung aufgrund der subjektiven Zwecke der Gestzgeber oder der objektiv-teleologische Methode weitergehen wird. Die verbreitete Einstellung innerhalb der ungarischen Richterschaft kann lieber der 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 entscheiden.

Was die politische Kämpfe durch richterliche Prozese in Ungarn angeht, kann festgestellt werden, dass die Übersiedlung dieser Kämpfe von den Parlamentsitzungen 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

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

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

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.

II. Möglichkeiten zur Sublimierung des juristokratischen Staates

Wie in den früheren Seiten dieser Schrift in Detail analysiert wurde, die Verfassungsgerichte haben sich in den letzten Jahrzehnten immer mehr auf der ganzen Welt verbreitet und sie haben immer breitere Kompetenzen. Auf diese Weise wurden sie zum Zentrum der gesellschaftslenkenden Entscheidungen anstatt der bloßen verfassungsrechtlichen Garantie der Demokratie. Die Benennung von "Rechtsstaat", die auf diese veränderte staatliche Machtstruktur verwendet wird, ist immer weniger geeignet, die Realität wiederzugeben. Nämlich ist das Verfassungsgericht in dieser erweiterten Form nicht nur ein Mittel zum Schutz über den verfassungsmässigen Tätigkeiten der staatlichen Organen, sondern auch die neue Stelle der staatlichen Grundentscheidungen, welche von ihm ganz oder teilweise von den Millionen demokratisch gewählten Körperschaften weggenommen wurde. Die Auslösung aus den Organisierungssprinzipien der Demokratie betrifft nicht nur das Verfassungsgericht, sondern auch die gesamte obere Richterschaft kann von den Gesetzen zerrissen werden, und auf der Grundlage der freien Rechtsauslegungsmethoden bzw. basierend auf nomativ leere Verfassungswerte können die Gerichte für sich grundsätzlich eine freie Rechtspraxis zustandebringen. Auf dieses staatliche Machtssystem ist der Name des juristokratischen Staates mehr geeignet, weil es die Realität der Staatsmacht besser zurückgibt. Dadurch kann vor dem Auge gestellt werden, dass es sich hier nicht um die "sublimierte" Demokratie durch Rechtsherrschaft handelt, sondern von einer begrenzten Form der Demokratie, welche mit den demokratischen Fundierung der Ausübung der Staatsmacht auf die Millionen der Bürger bereits teilweise gebrochen hat.

Die unvoreingenommene Präsentation des juristokratischen Staates als eine beschränkte Demokratie macht es möglich, seine Entstehung besser verstehen zu können. Nämlich war die ursprüngliche Idee des Verfassungsgerichtsbarkeit überhaupt nicht auf die Unterdrückung der Demokratie gerichtet und dadurch sollte nicht der Wille von Millionen der Bürger beiseite geschoben werden, sondern nur auf die Garantien für die zyklische Erneuerung der demokratischen Regierungswechsel und der Gewaltenteilung. Diese betraf die verfassungsgerichtlichen Befugnisse der Justiz in der amerikanischen Anfängen zwischen der Bundesebene und nationaler Ebene ebenso wie die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit seit 1920 aufgrund den Vorstellungen von Hans Kelsen. Nur die deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit, die unter der Kontrolle der US-Besatzungsbehörde in 1949 zustandegebracht wurde, begann auf dem Weg, der zur Schaffung von zunehmend stärkeren juristokratischen Staat in der letzten Jahrzehnten in einer Reihe von Ländern der Welt geführt hat.. Der Erfolg dieses Modells und die Schaffung der Verfassungsgerichte auf der Grundlage dieses Modells seit Anfang der 1980er Jahre in vielen Ländern, die sogar noch immer weitere Kompetenzen für die Verfassungsgerichte gegeben hatte, schuf die neue Machtausübung des juristokratischen Staates. Hier werden die Machtkämpfe immer mit rechtlichen und verfassungsrechtlichen Argumenten getarnt und anstatt den offenen

politischen Kämpfen laufen die Kämpfe aufgrund den rechtlichen Argumenten. Neben dem deutschen Modell war für die Änderung der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt wichtig auch die Veränderung der originellen Idee des Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten selbst, die hier in den 1960er Jahren stattgefunden hat.⁴¹ Hier began die “Grundrechtsrevolution”, die neue Techniken für politischen Kämpfen zustandegebracht hat, und gemeinsam mit dem Modell der expansiven deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit konnte von dieser Mischung der juristokratische Staat in eine Reihe der Länder der Welt geschaffen werden.

Es soll also unvoreingenommen aufgedeckt werden, dass das erweiterte deutsche Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit, die später einen immer größeren Teil der Welt übernommen wurde, nicht als eine mit Verfassungsgericht aufbesserte, “adelte” Demokratie geschaffen wurde, sondern es handelte sich schon aufgrund den Absichten des Schöpfers um eine begrenzte Demokratie, die eine starke Überwachung über die vielen Millionen von deutschen Massen möglich gemacht hat. Darüber zu reden war ein Tabu in der deutschen wissenschaftlichen Forschung während einer langen Zeit, aber in den letzten Jahren hat es - wenn doch nicht in den Kreisen von Verfassungsrechtler, sondern mehr in den Reihen von Historiker - begonnen, den Aufbau der kontrollierten Demokratie durch die amerikanischen Besatzungsbehörden in Deutschland zu rekonstruieren.

Von der Konrad-Adenauer-Stiftung organisierten Konferenz im Mai 2009 wurde Rüdiger Löwe zitiert, dass das tatsächliche Ausmaß des amerikanischen Einflusses auf die Entstehung des Grundgesetzes und auf dessen Inhalt sei immer noch Tabuthemen zu wissenschaftlichen Forschungszwecken: “Löwes Meinung nach sei der Einfluss der USA auf die Entstehung des Grundgesetzes heute immer noch ein Tabu-Thema. Die USA hätten mit sanfter Strenge auf den richtigen Weg geholfen. “General Lucius D. Clay und die amerikanische Regierung gaben nach dem Zweiten Weltkrieg ein engen Korridor vor, in dem sich die deutschen Gründungsväter bewegen konnten”.⁴² Über diese Frage schreibt Marcus M. Payk in seiner Rezension wie folgt: “Über Brisanz der Frage, inwieweit das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland von 23. Mai 1949 als eine eigenständig deutsche Verfassung oder doch eher als ein ”Diktat der Alliierten” zu werten sei, ist die Zeit hinweggegangen. Das Problem eines demokratischen Legitimationsdefizits durch die “Verfassungsschöpfung unter Besatzungsherrschaft” (R. M. Orsey) is zwar wiederholt aufgeworfen, größtenteils aber unter Hinweis auf den eigenständig deutsche Anteil an der Entstehung des Grundgesetzes sowie auf die akklamatorische Funktion der ersten und der nachfolgenden Bundestagswahlen verworfen worden.”⁴³

Hermann-Josef Rupieper hat in seiner Studie drei umfassende Zeilsetzungen der Amerikaner während ihrer Besatzungszeit für die Schaffung einer besonderen Form der Demokratie hervorgehoben, in welchem Zentrum die dauerhafte Kontrolle der Deutschen stand: “1949 hatten sich drei Stategien herauskristalisiert, um zu verhindern, dass die

⁴¹ Siehe Charles Epp: Rights Revolution. Chicago University Press. Chicago - London 1998, insbesondere auf den Seiten 7-21; für die Tätigkeiten der Bewegungsjuristen und ihre politische Kämpfe siehe Stuart Scheingold: The Struggle to Politicize Legal Practice. A Case of Left Activist Lawyering In: Sarat, Austin/S. Scheingold (ed.): Cause Lawyering. Political Commitment and Professional Responsibilities. Oxford University Press. New York. 1998. 118- 150.p.

⁴² Siehe die Veranstatungsberichte von Adeauer Konrad Stiftung, Berlin, 26. Mai 2009.

⁴³ Siehe Paykel’s Rezension: www.hsozkult.de/publikationreview/id/rezbuecher-238, Payjkel rezensierte Edmund Spevack’s voluminöses Buch: Allied Contoll an Geman Freedom: American Political and Ideological Influences on the Framing of the West German Basic Law. Münster LIT Verlag 571. p.

Deutschen jemals wieder zu einer Gefahr für die “demokratischen Welt” werden konnten. Sie sollten “zum überzeugten Glauben an die Demokratie” gebracht werden, sie mussten durch “Kontrolle und Überwachung” in Schach gehalten werden, und sie waren durch Europäische Integration” in breitere Beziehungen einzubetten. Alle Elemente dieser Politik existierten weiterhin parallel zueinander.”⁴⁴

Barbara Fait machte deutlich in ihrer Analyse der Dokumente über die Ereignisse der ersten Jahre der amerikanischen Besatzung, dass die Amerikaner wollten die Deutschen im Jahr 1945 nicht befreien, sondern als Feinde unter Kontrolle gebracht werden und sie zu bestrafen. Sie zitierte aus den Dokumenten in der ursprünglichen englischen Sprache, wie stark die Kontrolle über alle wesentlichen Entwicklungen in den frühen Jahren - wie die Schaffung der Bundesverfassung – von den Amerikaner praktiziert wurde: “Die (Straf-)Direktive JCS 1067, von April bis Juli 1947 offizieller Richtlinienkatalog der amerikanischen Militärregierung, bringt die restriktive Haltung der Sieger deutlich zum Ausdruck. “Germany will not be occupied for the purpose of liberation but as defeated enemy nation.”⁴⁵ Eine weitere gute Zitat aus Fait’s Analyse zeigt, dass hinter den Bestrebungen der amerikanischen Besatzungsbehörde in Richtung auf die begrenzte Demokratie die Angst vor den deutschen Massen stand: „Deutschland wird nicht zum Zweck der Befreiung, sondern als besiegter Feindstaat besetzt werden.“ „Es war der Hauptziel der USA wie auch die anderen Siegermächte, eine neuerliche Bedrohung der Welt durch Deutschland endgültig auszuschließen.“⁴⁶

Die OMGUS (Office of Military Government for Germany U.S. US - der Name der US-Militärregierungsbehörde) hat bereits im Jahr 1945 entschieden, dass eine neue Verfassung für das Land als Ganzes festgelegt werden müssen, und ebenso auch für die Bundesländer. Die Schaffung einer Arbeitsgruppe von OMGUS für die Verfassungsvorbereitung hat bereits im Dezember 1946 geschehen, und darin waren als Mitglieder ein amerikanischer Richter und der Staatsrechtsprofessor Carl Loewenstein, der früher in die Vereinigten Staaten emigriert hatte und jetzt hat er mit den Amerikaner zurückgekehrt: “Die Abteilung ließ sich dabei von einer im December 1945 eingesetzten Inter-Divisional Working Party on Land Constitutions beraten. Diesem Arbeitsausschuß, der sich bereits seit Dezember mit der Frage der Länderverfassungen beschäftigt hatte, gehörten hochrangige Persönlichkeiten an, so der OMGUS-Legal Advisor Joseph Warren Madden, Professor der Rechte und zeitweilig Richter am US-Court of Claims, und der von 1933 von München nach Amerika emigrierte Verfassungsrechtler Carl Loewenstein.”⁴⁷ Hinter den Länderverfassungen war die echte Souverän der US-Militärregierung und die Verfassungsgebenden Versammlungen spielten wirklich nur eine beratende Rolle: “Bis zum 15. September 1946 erwartete die Militärregierung die Vorlage der fertigen Verfassungsentwürfe, die nach ihrer Genehmigung nicht später als am. 3. November 1946 dem Volk zur Abstimmung unterbreitet werden sollten. (...) Mit der Anweisung

⁴⁴ Hermann-Josef Rupieper: Peacemaking with Germany. Grundlinien amerikanischer Demokratisierungspolitik 1945-1954. In.: Arnd Bauerkämper (Hg.) Demokratiewunder. Transatlantische Mittler und die kulturelle Öffnung Westdeutschlands 1945-1970. Vandenhoeck und Ruprecht. Göttingen. 2005. S. 41-56.

⁴⁵ Barbara Fait: “In einer Atmosphäre der Freiheit”. Die Rolle der Amerikaner bei der Verfassunggebung in den Ländern der US-Zone 1946. Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte 1985. No. 3. S. 420.

⁴⁶ Siehe Fait, 420 p.

⁴⁷ Siehe Fait, 426.p.

verzichtete die Militärregierung aber keineswegs auf ihre alleinige Souveränität. Auch die Verfassungsgebenden Versammlungen hatten de jure nur beratende Funktionen.“⁴⁸ Die Arbeitsgruppe von OMGUS wollte auch die endgültigen Entscheidungen über die Länderverfassungen durch die Verfassungsgebenden Versammlungen erledigen, aber der amerikanische General Lucius Clay bestand stattdessen ein Referendum zu organisieren. Nämlich, während die OMGUS die Herstellung der Länderverfassungen im Grunde in den Händen hielt, besorgte Clay über die Tatsache, dass ein solches Bild über die Verfassung vor die Öffentlichkeit entstehen werde, dass die Verfassung von den Besatzungsbehörde erstellt wurde: “These constitution must go to the German people as free creation of their elected representatives and with the least possible taint of Military Government dictation”⁴⁹ Und der Verfasser der Studie, Barbara Fait hat noch zugefügt: “Andererseits waren weder Clay noch sein Stab geneigt, den Besatzungszielen oder vitalen amerikanischen Interessen zuwiderlaufende Verfassungsinhalte zu akzeptieren.”⁵⁰

Für mich gaben diese Analysen klare Antwort auf die Frage, warum der Bruch mit der ursprünglichen Idee der Verfassungsgerichtsbarkeit passierte und stattdessen wurde die erweiterte Machtposition des deutschen Verfassungsgerichtshofs ausgebaut. Die Bestrebungen waren eindeutig auf einer Einschränkung der Demokratie gerichtet, welche Demokratie auf der Grundlage der vielen Millionen der Deutschen immer eine Bedrohung für die Amerikaner und die andere Staaten gewesen wäre. Im Falle der Gefahr einer inakzeptablen massiven politischen Willensbildung können die gefährlichen Weiterentwicklungen von einer mächtigen Körperschaft im Grunde gestoppt werden und auf diese Weise kann eine kontinuierliche Überwachung der US-dominierten westlichen Welt über Deutschland gewährleistet werden. Dieses begrenzte Modell der Demokratie ist dann vor der Öffentlichkeit eine solche Legitimation erhalten, dass es sich hier um die “echte” Demokratie handelt, die mit der Rechtsstaatlichkeit aufgebessert wurde. Und da die alltägliche Ereignisse der politischen Demokratie wirklich eine Reihe von dissonanten Erfahrungen zeigen und von denen starke Abneigung der Millionen der Menschen gegen die feindseligen Debatten im Parlament und in den Massenmedien verursacht werden, können die Verfassungsgerichte mit ihren geheimen Entscheidungsmechanismen und nur mit der feierlichen Verkündungen ihrer Entscheidungen vor der Öffentlichkeit eine massive Unterstützung in den meisten Ländern erhalten.

Das deutsche Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit wurde dann in vielen Ländern auf der ganzen Welt in den 1980er und 1990er Jahren übernommen. Wir müssen aber sehen, dass es zu dieser ungehinderten Ausbreitung und der Entstehung einer massiver Unterstützung auch beigetragen hat, dass dies immer in Ländern geschehen hat, wo früher eine gewisse Form der Diktatur bestanden. Die den Sturz der Diktaturen von aussen organisierende Großmächte - in der Regel mit der führenden Rolle der Vereinigten Staaten unter ihnen - konnten das deutsche Modell der Demokratie als eine echte Demokratie der modernen Zeiten vor die Öffentlichkeit stellen. Es sei hier nichts in den Grundlagen der Demokratie geändert, nur hat sie durch die Verfassungsgerichtsbarkeit eine weitere Garantie erhalten. Dies ist jedoch nicht der Fall in der erweiterten Machtposition der

⁴⁸ Siehe Fait, 429.p.

⁴⁹ Clay's Anweisung wird von dem Autor zitiert, siehe Fait, 432.p.

⁵⁰ Siehe Fait, 432.p.

deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit und es wäre wahr nur in Bezug auf die bescheidene Rolle des originellen österreichischen Verfassungsgerichts von 1920. Die grundlegende Änderung des deutschen Modells bedeutet schon einen klaren Bruch mit den politischen Prinzipien der Demokratie, die auf die Willen der Millionen der Menschen basiert ist, und dieses Modell schaffte ein politisches Entscheidungssystem, das im juristischen Argumente gekleidet ist und der Name der juristokratischen Staat für seine Charakterisierung mehr geeignet ist.

Wenn der Umbau des Staasbetriebs von der Demokratie zu der juristokratischen Basis im Zentrum der Analyse gestellt wurde und die Diskrepanz der bisherigen Legitimationsargumente mit der Realität beobachtbar wurde, dann kann aufgeworfen werden, in welcher Richtung Änderungen geplant werden könnten, damit die Argumente der politischen Legitimation mit dem tatsächlichen Funktionieren des Staates mehr in Harmonie sein zu können. Es ist wichtig darauf hinzuweisen, dass kein vollständiger Bruch mit der Demokratie in dem juristokratischen Staat verwirklicht wurde, nur gerade ein gehobenes Machtzentrum über sie gelegt wurde. Hier ist die Basis der Legitimation - neben der partiellen Legitimation der Träger des juristokratischen Staates durch die Wahlen der qualifizierte Mehrheit der Parlamentmitglieder in den meisten Ländern - die Entscheidungsverfahren mit präzisen rechtlichen Argumenten. Niklas Luhmann hat dies mit der Formel ausgedrückt: „die Legitimitätsgewinnung durch die Qualität des Entscheidungsprozesses selbst“.⁵¹ Nämlich werden die Träger des juristokratischen Staates nicht direkt vom Volk gewählt, aber ihre Entscheidungen werden von dem abstrakten normativen Rahmen der Verfassung abgeleitet und *diese abgeleitete Argumentationsweise gibt die spezifische Legitimation für die Entscheidungen des juristokratischen Staates*. Bis zu einem gewissen Grad kann dies als eine doppelte Legitimation genannt werden. Es sei darauf hingewiesen, dass nicht allein von der Verfassung die Legitimation für die Verfassungsgerichtsbarkeit und das Verfassungssgericht gesichert wird, sondern nur die daraus abgeleitete Natur des Entscheidungsverfahrens des Verfassungsgerichts es schaffen kann. Auf diese Weise soll diese abgeleitete Natur der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen einerseits fortlaufend aufbewahrt werden, andererseits soll diese Aufbewahrung immer von aussen kontrolliert werden

Aus dieser Position können in zwei entgegengesetzten Richtungen gestartet werden. Es ist eine theoretische Möglichkeit zu versuchen, die umfangreiche Verfassungsgerichtsbarkeit zu der einfachen Verfassungsgarantie zurückzuschrauben und daneben die höchstgerichtliche Rechtsauslegung zu dem Gesetzestreue zurückzuholen, und so würde der Schwerpunkt des Staates neulich auf die Basis der politischen Demokratie gestellt. Es ist aber möglich auch, dass einerseits die passende Legitimation des juristokratischen Staates ausgearbeitet, und andererseits bis zu einem bestimmten Grad diese Legitimation mit dem Prinzip der Demokratie gebunden und damit sublimiert werden. Ohne diese Änderungen funktionieren nämlich die Träger des juristokratischen Staates hinter dem Rücken der Öffentlichkeit mit den größten Verzerrungen und auf der anderen Seite werden die Grundsätze der Demokratie noch mehr marginalisiert.

⁵¹ Siehe Niklas Luhmann: Legitimation durch Verfahren. Surhkamp. Frankfurt am Main 1982.; für seine Kritik siehe Stefan Machura: Niklas Luhmanns „Legitimation durch Verfahren“ im Spiegel der Kritik. Zeitschrift für Rechtssoziologie. (Vol. 14.) 1993. No. 1.

Die Reduzierung des juristokratischen Staates auf die Demokratie erfordert keine spezielle Analyse, gerade genug, um entsprechend auf diese Liste zu erinnern: Die Verfassungsgerichtsbarkeit dient hier nur den Rahmen für die Verfassungsgarantien über die zyklisch wechselnden demokratische Regierung, damit die parlamentarischen Mehrheiten in Schranken halten zu können und von der aktuellen Regierungsmehrheit die verfassungsrechtlichen Garantien nicht beseitigt werden. Das Verfassungsgericht funktioniert hier vor allem im Interesse der Aufbewahrung des Wahlsystems und die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen sollen helfen, die Freiheit des politischen Willensbildung intakt zu erhalten, um das Funktionieren der politischen Rotation beibehalten zu können. Die Bestimmung des Inhalts der Gesetzen aber - unter Bezugnahme auf die abstrakten Grundrechte - stellt bereits eine Verschiebung in Richtung auf den juristokratischen Zustand, so bleibend fest neben Kelsen's Ideen der Verfassungsgerichtsbarkeit muss es abgelehnt werden.

Die andere Richtung bedeutet die Aufbesserung und Sublimierung des juristokratischen Staates, der in den letzten Jahrzehnten in vielen Ländern der Welt schon zu einer Realität wurde. Die Bestrebungen sollten in dieser Richtung einerseits die Beseitigung der bestehenden strukturellen Verzerrungen in dem Funktionieren der Verfassungsgerichte, andererseits eine stärkere Zurückbindung der verfassungsgerichtlichen Entscheidungsmechanismen an die Anforderungen der Demokratie dienen. Zurzeit wird das Funktionieren der Verfassungsgerichte hinter der Öffentlichkeit durch die folgenden Verzerrungen gekennzeichnet: 1) In ihrem Auswahlmechanismus ist die Garantie für die Vermeidung des bloßen Parteisoldat-Verfassungsrichters in vielen Ländern nicht gesichert und diese Verzerrung kann über einen Grad - neben der schlechten Qualität des juristokratischen Staates - die reibungsglose politische Rotation in Frage stellen. 2) Die ausgewählten Verfassungsrichter, die typischerweise aus den schmalen spezialisierten Rechtsbereiche stammen, können der generalisierten Entscheidungstätigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht gerecht zu werden. 3) Von dem ständigen personellen Team der Mitarbeiter der Verfassungsgerichte wird einerseits die Wahrscheinlichkeit des Erreichens des Niveaus der authentischen Verfassungsgerichtsbarkeit der neu gewählten Mitglieder verringert und andererseits wird es für den Präsident oder andere hohe Beamte des Verfassungsgerichts möglich gemacht, die Körperschaft der Verfassungsrichter durch das zentralisierte Mitarbeitersteam zurückzudrängen. 4) Eine weitere Verzerrung bedeutet, dass im Falle mehrerer Verfassungsgerichte - wie auch in Ungarn - der Präsident des Verfassungsgerichts von keinem Automatismus in Bezug auf die Auswahl des Berichterstatters für die einzelnen Fälle begrenzt wird - oder sogar kann er die Fälle für selbst aufrechterhalten - und damit kann in den wichtigsten Fällen die Richtung der verfassungsgerichtlichen Entscheidung persönlich bestimmt werden. 5) Als nächste Verzerrung kann formuliert werden, dass kein Organisation über dem Verfassungsgericht steht, und auf diese Weise entstehen zwangsläufig solche sezessionistische Tendenzen, von denen die Verfassungsrichter von den Bestimmungen der Verfassung entfernt werden, und diejenigen, von denen die Verfassung geschützt werden sollte, werden zu der größten Gefahr.

Wenn die tatsächlich bestehende juristokratische Natur des Staates angenommen wird, aber innerhalb seiner Struktur noch Bestrebungen für die Stärkung der Komponente der Demokratie gemacht werden sollte, erfordern die folgenden Mängel Änderungen an der aktuellen Situation über die oben schon aufgeführten: 6) Die verfassungsgerichtliche

Entscheidungsfindung erfolgt vollständig hinter der Öffentlichkeit, und während es im Falle der einfachen Höchstgerichten akzeptable ist, kann im Falle der Verfassungsgerichte, von denen die Grundentscheidungen des Staates aufgrund dem freien Ermessen getroffen werden, nicht toleriert werden. 7) Schließlich muss hervorgehoben werden, dass im Falle der juristokratischen Entscheidungsmechanismen des Staates die juristische NGO-Organisationen zum Zentrum der politischen Willensbildung wurden, aber sie sind meistens als menschenrechtlichen Rechtsverteidiger getarnt und sind qualifiziert als einfache Zivilorganisation. Tatsächlich sind sie die Gruppierungen der Juristen-Kämpfer - geschnitten eben zu dem Funktionieren des juristokratischen Staates - und sie spielen die gleiche Rolle, die von den politischen Parteien in der Demokratie gespielt werden. Auf diese Weise sollten diese Juristen-Kämpfer-Gruppen von den einfachen Zivilorganisationen unterschieden und eine separate Regelung für sie geschaffen werden.

Schließlich muß noch erwähnt werden, dass obwohl die Richter der Höchstgerichten in mehreren Ländern an den Prozessen von Grundentscheidungen des juristokratischen Staates teilnehmen, verfügen sie aber nicht über das Minimum an demokratischen Legitimation und sie werden meistens durch eine geschlossene korporative Auswahl zu ihren Positionen ausgewählt. Es soll aufgeworfen werden, dass im Interesse der stärkeren Legitimation zumindest die Vorsitzenden der Höchstgerichten von den parlamentarischen Mehrheit gewählt werden sollten.

1) Die Auswahl de Verfassungsrichter

Die Verfassungsrichter entscheiden wegen der normativen Offenheit der abstrakten Verfassungsbestimmungen zwangsläufig im weiten Ermessen, und die große Offenheit ihrer konkretisierenden Verfassungsinterpretation macht es möglich, von den individuellen Wertgesichtspunkten der einzelnen Verfassungsrichter bzw. ihrer persönlichen Wertungshierarchie die Richtung der Auslegung bestimmt werden. Die Auswahl der einzelnen Verfassungsrichter wird meistens aufgrund der Entscheidungen der Spitzenpolitiker (Parteienführer, Fraktionsführer und/oder der ehemaligen Politiker im Person von Staatsoberhaupt) getroffen, und - neben der Einhaltung der formellen Anforderungen - ihre Entscheidung über den Person des Verfassungsrichters wird aufgrund der politischen Werte getroffen, welche aus den bisherigen Tätigkeiten der Ausgewählte wahrscheinlich machen, dass von dem neuen Verfassungsrichter die Verfassungsauslegung regelmässig in einer bestimmten Richtung ausgestaltet wird. Folglich kann als allgemeine Regel formuliert werden, dass die Mehrheit der Mitglieder des Verfassungsgerichts in Bezug auf ihre politischen Wertgesichtspunkten zu einem der politischen Lager gehört. Obwohl große Unterschiede unter ihnen existieren können, wie intensive Kontakte und Bindungen sie in ihrer neuen Positionen mit den Parteienpolitiker aufbewahren. Im Falle dauernder und starker Bindungen kann sogar die Parteiensoldat-Richterrolle ausgebildet werden, während im Falle des allmählichen Verschwinden dieser Bindungen der einzelne Verfassungsrichter nur als politischer Wertverwandte eines politischen Lagers aber nicht als einem Parteiensoldat aufgefasst werden kann. Im letzten Fall können von den blossen Parteieninteressen die Gesichtspunkte des Richters nicht bestimmt werden.

Die große Macht der Verfassungsgerichte im juristokratische Staat kann längerfristig die unerträglichen politischen Konflikte zustandebringen, wenn im Falle der Mehrheit der Verfassungsrichter die Stärke ihrer politischen Bindung den Grad der Parteiensoldat erreicht. In solchen Fällen kann sogar die Regierungsfähigkeit des Landes gelähmt werden, wenn die Entscheidungen des mit feindlichen politischen Mitgliedern gefüllten Verfassungsgerichts systematisch mit den neuen Regierungsmehrheit gegenüberstehen, und in einer längeren Zeit können die politischen Kämpfe zwischen dem Verfassungsgericht und der Regierungsmehrheit zu einer Explosion führen. Deshalb ist es im Interesse der Lebensfähigkeit des Systems ratsam, solche Auswahlmechanismen der Verfassungsrichter auszugestalten, von denen die Stärke der politischen Bindungen der Mehrheit der Richter minimalisiert werden können.

Wenn wegen der Notwendigkeit der minimalen demokratischen Legitimation des Verfassungsgerichts die Rolle der juristischen Berufsverbände bei der Auswahl der Verfassungsrichter beiseite geschoben wird - weil diese Verbände notwendigerweise von den Interessen von Cliques hinter der professionellen Maske dominiert werden -, dann kann die Auswahl durch die parlamentarische Mehrheit als richtig angesehen werden. Allerdings soll es gesehen werden, dass dies nur dann sinnvoll sein kann, wenn die hohen fachlichen Anforderungen für diese Auswahl durch das Gesetz über das Verfassungsgericht ziemlich genau festgelegt werden. Die Erfahrung zeigt, dass wenn sie nicht genug bestimmt sind, dann werden die voneinander abhängigen Parteien im Parlament – im Interesse der Erreichung der hohen qualifizierten Mehrheit für die Auswahl - sogar auch die grundlegenden Anforderungen für die Position des Verfassungsrichters verzichten, damit die eigenen Kandidaten mit Hilfe der gegenüberstehenden anderen Parteien in das Verfassungsgericht hineinschmuggeln zu können. Auf diese Weise, während die Auswahl der Verfassungsrichter durch die qualifizierte parlamentarische Mehrheit als geeignet bewertet werden kann, soll darüber noch die Wichtigkeit der Kontrollrechte des Staatsoberhauptes als Beendigung dieses Auswahlprozesses herausgehoben werden. Es muss im Niveau der formellen Überwachungsrolle des neutralen Staatsoberhauptes bleiben und die Ernennung zum Verfassungsrichter kann - sogar soll – von ihm nur abgelehnt werden, wenn es einen Mangel an formalen Voraussetzungen ist.

Es muss jedoch gesehen werden, dass bei der Auswahl der Verfassungsrichter die Filterung der wahrscheinlichen Parteiensoldaten nur dann möglich ist, wenn auch die Besonderheiten der für die Auswahl in Betracht kommenden juristischen Berufen analysiert werden. Denn sind diese Berufe mit der täglichen politischen Tätigkeiten auf verschiedene Weise verflochten. Daher ist es im Falle der Rechtsprofessoren mehr wahrscheinlich, von der täglichen Politik nachhaltig isoliert zu sein und die gleiche Wahrscheinlichkeit gilt für die Richter der Höchstgerichten. Wenn die Auswahl auf diese juristischen Kreisen eingeschränkt wird, können die einfachen Parteienjuristen mit grösserer Wahrscheinlichkeit aus den Verfassungsgerichten gefiltert werden. Natürlich können Ausnahmen in beiden Richtungen sein und Rechtsprofessoren werden sich als echte Parteiensoldaten im Verfassungsgericht tätigen und im Gegensatz können auch die frühere Anwälte als politisch neutraler Verfassungsrichter entscheiden. Aber als Hauptregel wäre die erwähnten Einschränkung für die Auswahl nützlich sein.

2) Die Erreichbarkeit des Niveaus des authentischen Verfassungsrichters

Egal, wie lange juristische Vergangenheit hinter dem Anfänger steht, wenn er die Teilnahme an den Entscheidungsprozessen des Verfassungsgerichts beginnt, muss er riesige Menge von neuen Informationen lernen. Der neue Verfassungsrichter war seit Jahrzehnten Rechtsprofessor oder Richter in einem der spezialisierten Rechtsbereichen aber er erinnert sich an die anderen Rechtsbereiche nur als die Gegenstände der Prüfungen aus dem Zeitalter des Jurastudiums. Aber jetzt müsste er in der Lage sein, Entscheidungen in allen Rechtsbereichen zu treffen. Die Verfassungsgerichtsbarkeit bedeutet eine generalisierte Gerichtsbarkeit – entsprechend dem Gerichtssystem in den Vereinigten Staaten, wo die Idee der Verfassungsgerichtsbarkeit entstand -, und das ist eben im Gegensatz mit der spezialisierten Gerichtsbarkeit in Europa.⁵² Auf diese Weise sind die Rechtsprofessoren und die höchstgerichtlichen Richter fast Anfänger, wenn ihre Tätigkeit als Verfassungsrichter beginnt. Um wirklich zum authentischen Verfassungsrichter wachsen zu können, müssen die größten Anstrengungen in den ersten Monaten gemacht werden, damit die Verarbeitung von Zehntausenden von Seiten des angesammelten Fallrechts des Verfassungsgerichts aneignen zu können. All dies ist weitgehend in den Rechtsbereichen, in welchen die Neulingen in ihrer früheren spezialisierten Rechtsarbeiten nicht aktiv waren und die Informationen darüber nur in den Erinnerungen an Prüfungen im Jurastudium leben. Kein Zweifel, dass ein solcher Rechtsprofessor, der als Rechtswissenschaftler nicht auf einem engen Rechtsgebiet forschte, hat eine größere Chance auf das Erreichen der generalisierten Sichtweise der Verfassungsgerichtsbarkeit. Im Gegensatz dazu bedeutet das Aufwachsen zum authentische Verfassungsrichter für die Juristen, die in der tiefsten Spezialisierung des Rechts gearbeitet haben (Rechtsanwalt, Richter, Rechtswissenschaftler) in vielen Fällen fast ein unlösbares Problem.⁵³

⁵² Siehe nur die wichtigsten Literatur über den Vergleich der generalisierten und der spezialisierten Gerichtsbarkeit: Richard A. Posner: Will the Federal Courts of Appeals Survive until 1984? An Essay on Delegation and Specialization of the Judicial Function. *Southern California Law Review* (Vol. 56.) 1983 No. 2. 761-791.p.; Diane P. Wood: Generalist Judge in a Specialized World. *SMU Law Review* (Vol. 50.) 1997. No. 4. 1755-1768.p.; Sarang Vilay Damle: Specialize the Judge not the Court: A Lesson from the German Constitutional Court. *Virginia Law Review*. (Vol. 91.) 2005. No. 4. 1267-12311.p.; Lawrence Baum: Probing the Effects of Judicial Specialization. *Duke Law Review*. (Vol. 58.) No. 6. 1667-1684.p.; Herbert Kritzer: Where Are We Going? The Generalist vs. Specialist Challenge. *Tulsa Law Review*. (Vol. 47.) 2011. No.1. 51-64.p.; Edward K. Cheng: The Myth of the Generalist Judge. *Stanford Law Review*. (Vol. 61.) 2008. No. 2. 519-572.p.; Steve Vladeck: Judicial Specialization and the Functional Case for Non-Article III. Courts. *JOTWELL*. 2012. 2-5.p.; Anna Rüefli: Spezialisierung an Gerichten. *Richterzeitung* 2013/2. 2-18.p.

⁵³ Der Amerikaner Richard Posner ruft unsere Aufmerksamkeit auf die Divergenz zwischen dem europäischen und dem amerikanischen Gerichtssysteme, und dass dieser Unterschied ergibt sich aus einer breiteren Divergenz zwischen der Struktur der beiden Rechte: „In Europe the judiciary is much more specialized than it is in this country; and I am not prepared to assert that is a bad thing, given the very different structure of the Continental system. I have serious reservations, however, about trying to graft on branch of that system, namely the specialized judiciary, onto an alien trunk” Richard A. Posner: Will the Federal Courts of Appeals Survive until 1984? An Essay on Delegation and Specialization of the Judicial Function. *Southern California Law Review* (Vol. 56.) 1983 No. 2. 778. p. Posner’s Argument kann aber für das Gegenteil umgekehrt werden, und man kann schließen, dass in Kontinentaleuropa - vor allem nach dem 1989 Regimewechsel in den mittel- und osteuropäischen Ländern - wurde von den USA ein Stück des generalisierten Gerichtsbarkeitssystem in solcher Weise in Europa übernommen, dass das generalisierte

Dies ist jedoch nur die Startposition, weil von den Strukturen und der Entscheidungspraxis des Verfassungsgerichts das Aufwachsen zu der Rolle des authentischen Verfassungsrichters mehr wahrscheinlich gemacht werden aber auch im grossen Maße behindert werden können. Wenn auf die neugewählten Verfassungsrichter schon die verfassungsgerichtlichen ständigen Mitarbeiter mit langjähriger Erfahrung und Praxis warten, um sie zu lehren und hineinzuführen, dann kommt der Neuangekommene sozusagen unter Vormunschaft für die erste Zeit, und es kann bis zum Ende dauern. Grundsätzlich ist es für den Verfassungsrichter von Bedeutung, dass er die entscheidungsvorbereitenden Mitarbeiter nur dann braucht, wenn er zum Berichtersteller eines Falles für die Erledigung des Entwurfes wird. In diesem Fall kann er die technischen Einzelheiten der Erledigung des Entwurfs den Mitarbeitern übergeben und er soll sich nur mit den wichtigen Aspekten des Falles beschäftigen. Auf diese Weise, wenn es sich um den Entwurf der anderen Kollegen handelt - und dies ist der Hauptregel in einer Körperschaft von zehn bis fünfzehn Mitglieder - dann kann von dem einzelnen Verfassungsrichter der Entwurf mit seinen vollständigen Unterlagen allein aufgearbeitet werden. Aber die erfahrenen Mitarbeiter, die von dem Vorgänger des neuen Verfassungsrichter hintergelassen wurden, ermöglicht es für den unerfahrenen neuen Verfassungsrichter auch, die Hunderten von Seiten der Dossiers beiseite zu schieben und nur in einem paar Seiten zusammengefasst die Einzelfälle zu memorisieren, damit in Sitzungen teilnehmen zu können. Natürlich ist dies ein bequemer Weg, und wenn der neue Verfassungsrichter diesen Weg wählt, wird er wahrscheinlich nie zu einem echten authentischen Verfassungsrichter aufwachsen und er bleibt für immer ein blosser Delegierte seiner Mitarbeiter in den Sitzungen und Entscheidungsfindungen des Verfassungsgerichts. Soziologisch macht es kein Problem für die anderen Kollegen und der für immer Anfänger gebliebene Verfassungsrichter kann sogar der Liebling des Verfassungsgerichts sein. Keine heftige Debatte kann von ihm gefürchtet werden, und die teure Zeit in der Debatte wird von ihm nicht in Anspruch genommen. Höchstens kann ein Problem für die Mehrheit der Richter machen, wenn die Mitarbeiter der abhängigen Kollege die Entscheidungsrichtung der Mehrheit in den einzelnen Fällen blockieren können. Aber egal, welche Möglichkeit kommt vor, ist dies sicherlich eine Verzerrung, und wenn mehrere Mitglieder des Verfassungsgerichts in solcher abhängigen Position geblieben sind, dann beginnt es stufenweise, hinter der großen parlamentarischen Legitimation von gewählten Verfassungsrichtern eine andere willensbildende Entität zum Zentrum des juristokratischen Staates hervorzuheben. Es ist daher zu prüfen, wie diese organisatorischen Verzerrungen überwunden werden können, und wie das Aufwachsen zu der Rolle des authentischen Verfassungsrichters garantiert werden kann.

In dem Zentrum der Änderungen sollten die Bestrebungen platziert werden, von denen es gesichert werden könnten, die neuen Verfassungsrichter so schnell wie möglich von ihren früheren spezialisierten Rechtsbereichen zu der generalisierten Entscheidungskapazität des Verfassungsrichters aufwachsen zu können und nicht unter der ständigen Vormundschaft der verfassungsgerichtlichen Mitarbeiter zu bleiben. Ausgehend von dem Zustand des Verfassungsgerichts in Ungarn – und das gilt vielleicht für die meisten Verfassungsgerichte der Welt - das Wichtigste wäre, dass der neue

Verfassungsgericht über das spezialisierte Gerichtssystem platziert wurde, ohne das Problem der Unterordnung der spezialisierten Höchstgerichte dem generalisierten Verfassungsgericht zu sehen.

Verfassungsrichter in dem ersten Jahr keine persönliche Mitarbeiter haben würde und damit gemeinsam auf ihn auch keine Aufgabe als Berichterstatter geteilt würde, weil die Mitarbeiter für diese Aufgabe unerlässlich sind. Von dieser strukturellen Änderung würden die neugewählten Verfassungsrichter darauf gedrängt, die Analyse der Entscheidungsentwürfe von anderen Kollegen und die Beilagen dafür (die Einreichungen der Beschwerdeführer, die Gerichtsurteile in den ersten und zweiten Instanz usw.) selbst zu machen. Diese Analyse bedeutet zunächst eine große Arbeitsbelastung - besonders in den Rechtsbereichen, die weit von seinem früheren Fachgebiet des Rechts stehen - aber nach der gründlichen Analyse von einigen Hunderten dieser Entwürfe für Entscheidungen wird es immer einfacher, und in den kommenden Jahren wird der neue Verfassungsrichter im Besitz der flüssigen Argumentierungsweisen als ein echter Generalist in den Fällen im Strafrecht, Zivilrecht, Verwaltungsrecht, Arbeitsrecht etc. entscheiden.

Diese Veränderungen und das Drängen zur eigenen Analyse der Entscheidungsentwürfe können jedoch nur dann wirksam, wenn von den Regelungen des Gesetzes über die Verfassungsgericht verpflichtet werden, dass jeder Verfassungsrichter auf jedem Entscheidungsentwurf schriftlich eine Stellung nehmen zu müssen. Dies ist wichtig auch für die alten und schon authentischen Verfassungsrichter - improvisieren sie doch nicht über die Nerven der Kollegen mit der Formulierung ihrer Positionen in der Sitzung! - aber besonders wichtig für den neuen Verfassungsrichter. Auf diese Weise kann er während den Debatten nicht friedlich sitzen und mit freundlichem Lächeln die Positionen der anderen Kollegen genehmigen, und er sollte ausdrücklich über die wichtigsten Aspekte des Falles Stellung nehmen. Also kann der Mangel an persönliche Mitarbeiter nur dann die vorteilhafte Wirkung ausüben, wenn der neue Verfassungsrichter tatsächlich darauf gedrängt wird, die Dossiers der Fälle und die Entscheidungsentwürfe selbst aufarbeiten zu müssen.

3) Die Reformmöglichkeiten des Teams der verfassungsgerichtlichen Mitarbeiter

Mit der Übernahme der Verfassungsgerichtsbarkeit von Amerika passierte auch die Übernahme des Systems für die Hilfe der Verfassungsrichter in Bezug auf die technischen Arbeiten von Entscheidungsvorbereitung und in meisten Ländern gibt es neben den Verfassungsrichtern das Team von wissenschaftlichen Mitarbeiter, juristische Assistenten, Dezernate usw. Aber während dieses Hilfssystem in der ursprünglichen Form nur die unter Jurastudenten für ein Jahr ausgewählten *law clerks* bedeutete - streng von den einzelnen Richter selbst ausgewählt -, wurde es nach der Übernahme das Hilfssystem der schon erfahrenen Richter aus den mittleren Ebene der Gerichtshierarchie oder der anderen erfahrenen Juristen. Zusätzlich dazu ist dies nicht mehr ein temporäre Team von Mitarbeiter, sondern bedeutet das Hilfssystem die ständigen Mitarbeiter des Verfassungsgerichts, die hier seit vielen Jahren angesiedelt sind. Sogar ist es möglich in mehreren Ländern (auch in Ungarn), dass die Mitarbeiter ein Leben lang hier aktiv werden und sie warten auf die immer neuen und unerfahrenen Verfassungsrichter, damit die Neulinge lehren zu können. Diese Mitarbeiter werden in den meisten Ländern von dem Vorsitzende oder ein von ihm ernannter Hochbeamte ausgewählt, wenn auch einige von ihnen formal die Mitarbeiter der einzelnen Verfassungsrichter sind.

Durch diese Veränderungen wird das Verhältnis zwischen Verfassungsrichter und ihren Mitarbeitern grundlegend verwandelt und auch der Status der Verfassungsrichter in dem Gefüge des Verfassungsgerichts damit berührt wird. Diese Veränderungen haben unterschiedlichen Graden in den einzelnen Ländern erreicht und um dies zu verstehen, lohnt es sich das originelle System von *law clerks* in den USA mit der Änderung zu vergleichen, die am weitesten davon entfernt ist. Auf diese Weise können die Auswirkungen dieser Veränderungen auch in solchen Ländern besser verstanden werden, die innerhalb der beiden Enden der Skala stehen. In dem originalen Hilfssystem von US ist jeder Richter des Obersten Gerichtshofs in der souveränen Entscheidungsposition mit seinen selbstausgewählten *law clerks*, die jährlich ausgetauscht werden, und von denen nur die technischen Details der Entscheidungsfindung erledigt werden. Darüber hinaus ist die tatsächliche Entscheidungskompetenz dieser clerks unvergleichlich geringer als die der Richter. Am weitesten zu diesem System ist das System des türkischen Verfassungsgerichts. Hier haben nicht die einzelnen Verfassungsrichter ein Team von Mitarbeiter sondern nur das gesamte Verfassungsgericht und diese Mitarbeiter sind streng an den Präsidenten untergeordnet und sie arbeiten unter der direkten Aufsicht einer hohen Beamte. Zusätzlich zu dieser Änderung werden hier die Entscheidungsentwürfe nicht von einem der Verfassungsrichter als Berichtstatter erledigt sondern immer von einem ständigen Mitarbeiter, der für diese Aufgabe von der Vorsitzende in den einzelnen Fällen ausgewählt wird. Die Verfassungsrichter können die Entwürfe vor den Sitzung erhalten und sie diskutieren über den Entwurf mit der Mitarbeiter, der ihn gemacht hat. Tatsächlich sind diese Mitarbeiter also mehr „extra-Verfassungsrichter“ und nicht einfache Hilfe, und sie sind im Zentrum der Entscheidungsfindung des Verfassungsgerichts. Es ist also ein solcher Entscheidungsmechanismus, wo der Vorsitzende des Verfassungsgerichts im Zentrum steht, und mit Hilfe der untergeordneten „extra-Verfassungsrichter“ kann er die ganze Entscheidungsfindung dominieren und die echten Verfassungsrichter können nur von aussen Bestrebungen machen, die Entscheidungsentwürfe der Mitarbeiter verstehen zu können. Weitere Studien würde es brauchen, die tatsächliche Chancen der Richter des türkischen Verfassungsgerichts in Bezug auf die Beeinflussung der Entscheidungsfindung zu offenbaren, aber es kann auf der Ebene einer Gesamtbeurteilung angegeben werden, dass es nur gering sein sollte.⁵⁴ Hier ist das Entscheidungsbefugnis des Verfassungsgerichts tatsächlich in den Händen des Vorsitzenden des Verfassungsgerichts und wenn er von dem türkischen Staatchef streng bestimmt werden kann, ist die ganze Einrichtung der Verfassungsgerichtbarkeit nur eine Verkleidung und Feigenblatt vor der tatsächlichen Macht des Staatsoberhauptes.

Wenn wir auf der Skala der beiden oben erwähnten Endpunkte von dem türkischen Endpunkt in die andere Richtung nähern, dann kommt als nächste in der Linie - nach meines Wissens - das rumänische Verfassungsgericht. Die Mitarbeiter sind auch hier in der Position des stellvertretenden Verfassungsrichters aber die Position des Berichtstatters haben sie nicht, und einer der echten Verfassungsrichter wird in den einzelnen Fällen von dem Vorsitzende beauftragt, der Entscheidungsentwurf zu schaffen. Aber auch hier stehen die stellvertretenden Verfassungsrichter im Zentrum der Entscheidungsfindung - in

⁵⁴ Die Abhängigkeit der türkischen Verfassungsrichter von den ständigen Mitarbeiter, von denen die Entscheidungsentwürfe erledigt werden, kann auch in der Analyse der Venedig Kommission im Jahr 2011 gesehen werden, siehe: Opinion on the law on the establishment and rules of procedure of the constitutional court of Turkey. Adopted by Venice Commission at its 88th plenary session 14-15 October 2011, 8-12.p.)

hierarchischer Unterteilung aufgrund der inneren Positionen - wie in der Türkei, und wirklich kann die Berichterstatter seine eigene Position in dem Entwurf nur in solchen Fällen formulieren, wenn der Fall klare politische Konsequenzen hat. Ein weitere Stufe nach der rumänischen Regelung bedeutet die Rolle der ständigen Mitarbeiter des kroatischen Verfassungsgerichts. Hier sind die Mitarbeiter offiziell nicht im Status des stellvertretenden Verfassungsrichters und sie gehören hier zu den einzelnen Verfassungsrichter als sein Team. Aber ihre Schlüsselrolle kann man daraus ablesen, dass das Gesetz über das kroatischen Verfassungsgericht in seinen Bestimmungen explizit zum Ausdruck bringt, dass die Mitarbeiter in den Sitzungen als Diskussionsteilnehmer präsent sein können. Darüber hinaus wird von diesem Gesetz explizit erlaubt, der Verfassungsrichter als Bereichterstatter die Aufgabe der Vorlegung des Entwurfs an der Sitzung für sein Mitarbeiter überzugeben.⁵⁵ Auf diese Weise können die Verfassungsrichter von den harten Arbeit der Dokumentenanalysen vollständig entkommen, und sie können die Entwürfe, die in ihrem Namen aber von den Mitarbeiter erledigt wurden, ganz von aussen beobachten. Die Verfassungsrichter werden in dieser Entscheidungsfindung zu einfachen Außenseiter und sie bleiben meistens weit von der Rolle des authentischen Verfassungsrichter - wie die Rumänen und die Türken -, obwohl die Entscheidungsentwürfe formell in ihrem Namen vorbereitet wurde.

Die nächste Stufe der Skala in Richtung auf die Authentizität wird vielleicht von dem ungarischen Verfassungsgericht eingenommen. Hier erhalten die Mitarbeiter der einzelnen Verfassungsrichter eine wichtige Rolle in der Entscheidungsfindung auch, aber es hängt einerseits von der Persönlichkeit des Verfassungsrichters – und es gibt grosse Unterschiede unter den Teams der einzelnen Verfassungsrichter in Bezug auf die Übergabe der wesentliche Entscheidungsarbeit oder nur die technische Aspekte⁵⁶ – andererseits können die Mitarbeiter an der Sitzung nicht teilnehmen und auf diese Weise muss der Verfassungsrichter als Berichterstatter sich in die Einzelheiten des Entwurfs immer hineinlassen, um ihn in den Debatten vertreten zu können. Da jedoch nach der ständigen Praxis die verfassungsgerichtlichen Mitarbeiter in Ungarn in langjähriger Arbeitsbeziehung mit dieser Aufgabe beauftragt werden - unter dem Vorsitzende als Arbeitgeber aber tatsächlich in den Teams der einzelnen Verfassungsrichter – werden die neuen Verfassungsrichter regelmässig von dem Team der erfahrenen alten Mitarbeiter in die Entscheidungsarbeit hineingeführt. Das bedeutet eine Vormundschaft über die neuen Verfassungsrichter während den ersten Monaten (oder Jahren) und auf diese Weise bleibt die vollkommene Entscheidungsarbeit in den Händen der Mitarbeiter.

⁵⁵ Siehe Artikel 47. (2) von dem kroatischen Gesetz über das Verfassungsgericht in englischen Übersetzung: "Unless the Constitutional Court decides differently the secretary general and the legal advisors of the Constitutional Court and the head of the Office of Records and Documentation are present at the Sessions and may take part in deliberations." bzw, Art. 48. (2): „The judge may authorize the legal advisor to present the case to the Sessions”

⁵⁶ In dem Zeitschrift des ungarischen Verfassungsgerichts wurden die Ergebnisse einer empirischen Erhebung veröffentlicht, und dementsprechend ist ein Drittel der Zahl der Verfassungsrichter, die die Substanz des Entwurfs selbst definieren, ein Drittel derjenigen, die auch diese Aufgabe mit ihrer Mitarbeiter verteilen, und im Falle der letzten ein Drittel werden über die Substanz des Entwurfs allein von den Mitarbeiter ohne das Verfassungsrichter entschieden. Siehe Orbán Endre / Zakariás Kinga: Die Rolle der Mitarbeiter des Verfassungsgerichts in Ungarn. 2016/2 Alkotmánybíró-sági Szemle (Verfassungsgerichtliche Rundschau) 114. p.

Es kann aus der obigen Analyse gesehen werden, dass die größte Hindernis vor dem Auswachsen zu der Rolle des authentischen Verfassungsrichters - und in einigen Ländern auch vor dem Aufwachsen des Verfassungsgerichts als Ganze zu seiner echten Rolle - das System der (theoretisch) helfenden Mitarbeiter darstellt. Im Falle der Türken geht es so weit, dass die ganze Einrichtung der Verfassungsgerichtsbarkeit vielmehr eine rechtstaatliche Tarnung bedeutet, von der die Staatsmacht ihre Legitimität erhöht werden möchte. Aber auch in Rumänien und Kroatien ist diese Einrichtung nur ein solches Machtzentrum, das gegen die anderen Teile der Staatsgewalt von solchen Akteuren benutzt werden können, von denen die Entscheidungsmechanismen des Verfassungsgerichts von aussen dominiert werden. Im Interesse der Vermeidung der Verzerrung der Verfassungsgerichtsbarkeit zu einem bloßen Machtspiel - und damit die Verzerrung des ganzen juristokratischen Staates – müssen Änderungen in dem System der verfassungsgerichtlichen Mitarbeiter geplant werden.

In den früheren Analyse wurde schon hervorgehoben, dass es solche strukturellen Bedingungen von den Regelungen des Gesetz über das Verfassungsgericht vorgeschrieben werden sollten, von denen die neugewählten Verfassungsrichter aus ihrer engen früheren Spezialisierung in Richtung auf der generalisierten Sichtweise der Verfassungsgerichtsbarkeit gedrängt werden, um zu dem authentischen Verfassungsrichter aufwachsen zu können. So kann noch einmal die gesetzlichen Bestimmungen erwähnt werden, die zwingend die schriftlichen Stellungnahme für die Verfassungsrichter vor den Sitzungen vorschreiben, sowie in dem ersten Jahr den Mangel der eigenen Mitarbeiter im Falle des neuangekommenen Verfassungsrichters, um die persönliche Entscheidungsarbeit nicht ersparen zu können und auf diese Weise ihre Aufwachsen zum authentischen Verfassungsrichter wahrscheinlich würde. Es muss erkannt werden, dass, wenn das von dem Gesetz nicht in erfordert wird, dann wird von der Logik der körperschaftlichen Entscheidungsmechanismen eher das ermutigt, die neuangekommenen Verfassungsrichter solange wie möglich unselbstständig zu bleiben. Für die aktuelle Mehrheit einer Körperschaft ist es das beste Zustand, in dem sie von einem Dutzend friedlich lächelnde Mitglieder zusammengestellt wird und die unerfahrenen Mitglieder stimmen folgsam für den Entwurf.

Allerdings sind diese Standards noch nicht ausreichend, denn wenn das System der ständigen Teams der verfassungsgerichtlichen Mitarbeiter unverändert bleibt, dann ist es immer möglich, dass im Falle der einzelnen Verfassungsrichter sich die Vormundschaft der ständigen Mitarbeiter über die Richter entwickelt. Also muss es als elementare Anforderungen berücksichtigt werden, dass das System der ständigen verfassungsgerichtlichen Mitarbeiter abgeschafft werden und die Vormundschaft der neuen Verfassungsrichter durch die erfahrenen alten Mitarbeiter beendet werden. Auf diese Weise ist die Begrenzung der Beschäftigung der Mitarbeiter auf den Zyklus der Verfassungsrichter von grundlegenden Bedeutung, und dann ist für die neuen Verfassungsrichter die Rekrutierung neuer Mitarbeiter (nach einjähriger Pause) die Mindestanforderung. Aber es wäre wirklich am besten, wenn das System von *law clerks* von den Vereingten Staaten übernommen würde und das wäre allgemein üblich in allen Verfassungsgerichten der Welt.⁵⁷ Das Zentrum des juristokratischen Staates sind die

⁵⁷ In der Fußnote sollte die Möglichkeit von *robotlawyer* (Roboterjurist) erwähnt werden, die von den große Anwaltsbüros in New York und von einigen Gerichten dort schon verwendet werden. Durch den künftigen Einsatz dieser Algorithmen in den verfassungsgerichtlichen Entscheidungsprozessen könnte die Autonomie

Verfassungsgerichte und so könnten sie sich an den Zustand annähern, wo ihre Körperschaften tatsächlich aus den authentischen Verfassungsrichter zusammengestellt sind und die Entscheidungen des Verfassungsgerichts tatsächlich von den Verfassungsrichter selbst getroffen werden.

4) Die Schaffung von Automatismus für die Auswahl des Berichterstatters

Für die richterlichen Unabhängigkeit und die unvoreingenommene Urteilstätigkeit ist es eine wichtige Voraussetzung, dass die Verteilung der Fälle unter den Richtern mit einem Automatismus sein sollte und nicht von einem Gerichtsvorsitzende darüber nach Belieben entscheiden werde. Die Verfassungsgerichte entscheiden über die wichtigeren Fälle regelmässig in einer grösseren Körperschaft – in der Regel 10 bis 15 Personen – und auf diese Weise ist es von Bedeutung, wer die Rolle des Berichterstatters (Rapporteur) erhalten wird. Von dem Entscheidungsentwurf des Berichterstatters können nämlich die Sitzungsdebatten und die Entscheidung weitgehend bestimmt werden, wenn der Berichterstatter mit klugen Kompromissen die Mehrheit erworben werden kann. So ist es zu sagen, dass die Entscheidung über den Person des Berichterstatters ein bisschen auch die Entscheidung über den Inhalt des Urteils bedeutet. Auf diese Weise, wenn jemand darüber frei entscheiden kann, kann er bestimmen, wer diese Aufgabe in einem Fall sicherlich nicht erhalten würde, und seine Position höchstens nur als abweichende Meinung erscheinen sollte, und andererseits, von wem der Entwurf vorbereitet werde, damit der Entwurf sicherlich in einer bestimmten Richtung zu führen. Es soll also beobachtet werden, welche Regelungen darüber in den Verfassungsgerichten finden können und dann kann die Situation in Ungarn in dieser Hinsicht geschildert werden

Es lohnt sich mit den Vereinigten Staaten zu beginnen, woher die Idee der Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa übertragen wurde. Hier wird die Entscheidung über den Person des Berichterstatters in gewissem Maße automatisch getroffen, und nachdem vor dem Beginn der Debatte in der Plenarsitzung jede Richter seine Stimme abgegeben hatte, ob er die eingereichte Klage unterstützt oder nicht, kann nur solcher Richter der Berichterstatter sein, wer zu der Mehrheit gehört. Unter den Mitglieder der Mehrheit wird dann der Berichterstatter von dem ältesten Mitglied ausgewählt. Hier hat der Vorsitzende also kein Befugnis für die Auswahl des Berichterstatters und nur dann bekommt er eine Möglichkeit dafür, wenn er nach der Abstimmung zu der Mehrheit gehört. Aber wenn das geschah, dann kann er diese Entscheidung treffen oder er wird selbst der Entwurf erledigen, ganz egal wie sonst die Seniorität ist.⁵⁸

Im Falle des deutschen Bundesverfassungsgerichtshofes ist die Frage der Auswahl des Berichterstatters dadurch erleichtert, dass in Deutschland dieser Gerichtshof selbst in gewissem Maße der spezialisierten Gerichtsbarkeit genähert hat. Bereits bedeutet sein Zweiteilung in Senaten - anderswo nicht existierend - eine Näherung in Richtung auf die Spezialisierung und beide sind auf verschiedenen Teile des deutschen Grundgesetzes

der Verfassungsrichter grundlegend erhöht werden und vor allem in den Routineangelegenheiten (und es macht 90% der Arbeitslast aus) könnte es benutzt werden.

⁵⁸ Siehe Kovács Virág: Die verfassungsgerichtliche Entscheidungsprozesse. Lehren aus amerikanischer empirischer Forschung. *International Relations Quarterly*, (Vol. 4.) Nr. 1 (Spring 2013) 13. p.

spezialisiert. Auf diese Weise werden die Beschwerden automatisch zwischen den Senaten verteilt und hier ist entscheidend, welche Bestimmung des Grundgesetzes als Grund der Verfassungsbeschwerde bestimmt wurde. Diese partielle Spezialisierung ist noch damit erhöht, dass die deutschen Verfassungsrichter innerhalb der Senaten noch weiter beengte Rechtsgebiete erhalten (Arbeitsrecht, Finanzrecht, Strafrecht, etc.) und der Nachfolger erbt immer von seinem Vorgänger das Rechtsgebiet. Auf die Weise erhält jeder Verfassungsrichter automatisch die solchen Beschwerden, die zu seinem Rechtsgebiet gehören. Um die Verwirrung zu vermeiden, ist es noch hervorzuheben, dass trotz der Spezialisierung auf der Ebene der Entscheidungsentwürfe, bleibt die generalisierte Verfassungsgerichtsbarkeit auch in Deutschland, weil die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts von allen Mitglieder der einzelnen Senaten getroffen werden, ganz egal welche Spezialisierung sonst die einzelnen Mitglieder haben.

Jetzt kommt die Situation in Ungarn und bereits soll es zum Ausgangspunkt hervorgehoben werden, dass dieses Problem in 1989, als das Verfassungsgericht hier zustandegebracht wurde, nicht gesehen werden konnte, und auf diese Weise hat es keine Regelung erhalten. Dann wurde nicht einmal die Bedeutung der Frage der Auswahl des Berichterstatters gesehen, und erst in der Praxis wurde es ausgestaltet, dass der Vorsitzende des Verfassungsgerichts selbst nach Belieben darüber entscheiden kann. Die Praxis von zwanzig Jahren wurde dann in das neue Verfassungsgerichtsgesetz von 2011 inkorporiert, und es ist jetzt schon explizit deklariert, dass der Berichterstatter vom Präsident ernannt wird. Es lohnt sich zu erwähnen, dass das Problem dieser Regelung von dem gesetzesvorbereitenden ministeriellen Angestellten auch deshalb nicht bemerkt werden konnte, weil keine Forschung über das Verfassungsgericht - seine Organisation, Verfahren, Entscheidungsprozess, usw. - existiert (nicht nur in Ungarn sondern in bestimmter Hinsicht in ganzen Europa) und nur die Einzelheiten der Fallentscheidungen bzw. die rechtsphilosophischen Fragen der Verfassungsgerichtsbarkeit eine Interesse erregt.

Aufgrund der Informationen entstand das ungeschränkte Befugnis des Vorsitzenden für den Auswahl des Berichterstatters am Beginn der 90er Jahren - stufenweise und zuerst nahm er in Rechnung, auf welches Rechtsgebiet der einzelnen Verfassungsrichter früher spezialisiert wurden, aber es wurde nicht zu einem Gewohnheitsrecht und es ist auch heute nicht bindend für den Vorsitzenden. Er kann nach Belieben in dieser Sache entscheiden und er kann sogar Dutzende von Fällen behalten und als Berichterstatter kann er selbst die Entwürfe gemeinsam mit seinen Mitarbeiter (oder dazu noch mit Übernahme der Mitarbeiter anderer Verfassungsrichter) erledigen. Dieses unbeschränkte Auswahlrecht für den Berichterstatter besteht nach Angaben auch im Falle des italienischen Verfassungsgerichts, und vielleicht können wir im Allgemeinen sagen, dass, während im Falle der ordentlichen Gerichten die größten Vergehen in Bezug auf das Recht auf ein faires Verfahren ist, wenn die Verteilung der Fällen unter den Richtern von dem Gerichtsvorsitzende entschieden wurde, ist eine lockere Praxis in dieser Hinsicht im Falle der Verfassungsgerichte und in einzelnen Fällen - als in Ungarn - ist diese Praxis unbegrenzt. Und wenn dieses unbegrenzte Befugnis mit dem Behalten von Dutzende von Fällen verbindet wird und die Entscheidungsentwürfe für einen grossen Teil der Fälle mit dem zentralisierten Team der verfassungsgerichtlichen Mitarbeiter erledigt werden, dann sind wir in der Nähe des Entscheidungsmodells des türkisches Verfassungsgerichts, das die tiefste Verletzung der Idee der Verfassungsgerichtsbarkeit bedeutet. Somit ist die

Schaffung einer Art von Automatisierung für die Auswahl des Berichterstatters in den einzelnen verfassungsgerichtlichen Entscheidungsprozessen von der grössten Bedeutung. Die Qualitätsstufe des juristokratischen Staates kann nur erhöht werden, wenn ein solches Automatismus zustandegebracht wird, sei es die oben erwähnte amerikanische, oder die deutsche oder eine andere.

5) Die Bindung des Verfassungsgerichts an der Verfassung

Die Verfassungsrichter tätigen sich in der höchsten Entscheidungsebene der Staatsmacht und sie schützen bzw. interpretieren die Verfassung. Um dies unabhängig zu tun, sollen alle Einflüsse auf sie durch die staatlichen Organen verhindert werden. Die Verfassungsrichter stehen mit direkten Verbindung mit der konstituierenden Macht und keine andere staatliche Organe kann hier erscheinen. Aber eben diese Unmöglichkeit für die Kontrolle wirft die Frage auf, ob “wer bewacht die Wächter?” In der Tat gibt es viele strukturellen Anreize und andere subjektive Motivationen, die es verursachen können, die unkontrollierten Verfassungsrichter die größte Bedrohung für die Verfassung darzustellen. Dies ist umso mehr Gelegenheit hat, weil die Hauptaufgabe des Verfassungsgerichts – die Annullierung der Gesetze aufgrund der Verfassungswidrigkeit – in der politischen Demokratie naturgemäß meistens die Begeisterung der Oppositionsparteien und ihren Medien und intellektueller Hintergrund auslöst, und es spielt keine Rolle, dass diese Annullierung vielleicht im offenem Gegensatz mit den ausdrücklichen Bestimmungen der Verfassung steht. Und wenn die Mainstream-Medien im grossem Maße und für eine lange Zeit gegen die Regierungsmehrheit stehen, können von den Entscheidungen des Verfassungsgericht sogar eine neue Verfassung anstelle des Originals erstellt werden und in der Zwischenzeit werden sie von der Medien gefeiert als die echten Treuhändler der fachlichen Überzeugung.

Dieses Problem vor den Augen gehalten kann es in der Zukunft nicht vermeiden, eine Kontrolle über das Verfassungsgericht zu etablieren. Obwohl dies auch mit größter Vorsicht machen muss, damit die partikularische politische Rache gegen die Verfassungsrichter durch diesen Weg nicht realisieren zu können. So sollte die Sanktionierung der Verfassungsrichter im Falle der offensichtlichen Opposition ihrer Entscheidung gegen die ausdrücklichen Bestimmungen der Verfassung nur aufgrund einer sehr hohen parlamentarischen Mehrheit verhängt werden. Zum Beispiel könnte die Verhängung dieser Sanktionierung mit einer Dreiviertelmehrheit im Parlament hoch genug sein, die politischen Kräfte und ihre Koalitionen für täglichen politischen Interesse sie nicht benutzen zu können. Aber im Falle von außergewöhnlich großem Konsens könnte diese Sanktionierung doch in der Lage sein, zu schlagen und wenn es nötig ist, könnte die Entscheidung getroffen werden, von der die Beendigung des Mandats solcher Verfassungsrichter deklariert wird, von denen die verfassungswidrige Entscheidung unterstützt wurden. Auch wenn diese Sanktionierungsmechanismen nur schwierig verhängt werden könnten, doch würden sie über den Kopf der Verfassungsrichter immer wie ein Damoklesschwert schweben, und das könnte eine wohltuende Wirkung für die verfassungsgerichtliche Mehrheit zu tun, nicht von den Bestimmungen der Verfassung abzuweichen. Die Inkorporierung solcher Sanktionierungsmechanismen in die Verfassung und die Schaffung eines parlamentarischen Überwachungsentrums über die

Entscheidungen des Verfassungsgerichts aufgrund den Delegierten von den Regierungsparteien und den Oppositionsparteien könnten von größter Bedeutung sein, die Verfassungsrichter an die Verfassung zu binden. Dies könnte auch sein, wenn der Sanktionsmechanismus selbst nur schwer wegen der notwendigen drei Viertel bewegen zu sein könnte,

6) Die Abschaffung des Beratungsgeheimnisses des Verfassungsgerichts

Während ein Gericht aufgrund den präzisen Gesetzesbestimmungen von Fall zu Fall sein Urteil formulieren kann und nur eine enge Interpretierungsarbeit dabei gemacht wird, ist die öffentliche Urteilsverkündung und die schriftliche Begründung genug für die Kontrolle der Öffentlichkeit, und im Interesse der ungestörten Sitzungsdebatte des Gerichts kann sein Beratungsgeheimnis akzeptiert werden. Aber die Entscheidungen der Verfassungsgerichte richten auf die Bestimmungen der grundlegenden Problemlösungen des Staates bzw. der Gesellschaft und dabei werden die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen nicht mit einfachen Rechtsauslegung zustandegebracht werden, sondern mit sehr breiten und freien Erwägung der umfassenden Verfassungsdeklarationen. Sogar können von den Verfassungsrichtern ganze Mengen von Normen aufgrund solcheinem offenen Grundrecht als das Recht auf Unversehrtheit der Menschenwürde oder das Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit zustandegebracht werden. Die Verfassungen enthalten meist offene Normen, Erklärungen und Verfassungswerte – und diese Teile der modernen Verfassungen wurden sogar noch multipliziert! – und auf diese Weise erhalten die Verfassungsbestimmungen den genaueren Inhalt nur in den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen. Meistens wird die Verfassungswidrigkeit der Gesetze und der ordentlichen Gerichtsurteile – oder das Gegenteil – aufgrund den früheren verfassungsgerichtlichen Entscheidungen behauptet und die relevante Verfassungsbestimmung wird nur formal erwähnt. Etwas zugespitzt kann behauptet werden, dass in den verfassungsgerichtlichen Entscheidungsprozessen fortdauernd eine laufende verfassungsgebende Arbeit getan wird. Die Ergebnisse dieser Arbeit sind die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen und sie bestimmen nicht nur die einzelnen Fälle sondern auch sie bedeuten die verfassungsrechtliche Grundlage für die späteren Entscheidungen des Verfassungsgerichts. Der Begriff des juristokratischen Staates macht diese Realität deutlich, und auf diese Weise kann das verfassungsgerichtliche Entscheidungsprozess, das als ein Zentrum dieses Staates darstellt, nicht so frei hinter der Öffentlichkeit verborgen bleiben, wie es im Falle der ordentlichen Gerichten geschieht. Es soll in irgendeiner Form der öffentlichen Kontrolle über diese Prozesse geschaffen werden, die einerseits die Motivationen und Erwägungen in den einzelnen verfassungsgerichtlichen Entscheidungsprozessen beobachtbar macht, auf der anderen Seite würde sie die stärksten Beweggründe für die Verfassungsrichter schaffen, um möglichst vollständig auf die Sitzungsdebatten vorzubereiten und ihre Positionen in den Details schon vor dem Beginn der Sitzung zu formulieren und nicht in loser Brainstorming nur dort herumzubasteln.

Für die Schaffung der öffentlichen Kontrolle können während der Grübeleien zwei Wege gefunden werden. Den einen Weg würde die vollständige Öffnung der Beratungen des Verfassungsgerichts bedeuten und wie im Falle der Ausschusssitzungen im Parlament könnten die Journalisten und andere Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens frei in diesen

Beratungen präsent sein. Der andere Weg würde keine Änderung im System der geschlossenen verfassungsgerichtlichen Beratungen machen, aber es würde pflichtig gemacht, nach dem Abschluss der einzelnen Entscheidungsprozesse die wörtlichen Protokolle der Sitzungen vollständig zu publizieren. Zum Beispiel sollten in dieser letzteren Lösung die wörtlichen Protokolle auf dem Website des Verfassungsgerichts gemeinsam mit der Entscheidung selbst publiziert werden. Die erste Lösung wäre meiner Meinung nach unnötig und es würde die unnötige Störung der Beratungen mit sich bringen. Aber die zweite Möglichkeit würde keinerlei Nachteile verursachen, und sie würde erst die Vorteile der öffentlichen Kontrolle schaffen. Alle Verfassungsrichter sollten dann mit dessen Kenntnis Wort zu greifen, - und sie müssten auf die Debatte im Kopf damit vorbereiten! -, dass nach der Beendigung der Entscheidungsfindung die Öffentlichkeit in der Lage sein wird, alles zu kontrollieren. Wie die einzelnen Argumente für und gegen die Entscheidung aufgeworfen wurden, wie die einschlägigen Verfassungsbestimmungen erwähnt und interpretiert wurden (oder nur einfach beiseite geschoben wurden); wie die echten Motivationen der einzelnen Verfassungsrichter in der Debatte erschienen. Diese wichtige Einzelheiten der Entscheidungsfindung könnten in der vorgeschlagenen Lösung von der Öffentlichkeit durchgeschaut werden. Die Schaffung des technischen Hintergrunds für diese Lösung macht kein schwieriges Problem, denn funktioniert das System der wörtlichen Protokolle schon im Falle der Parlamentssitzungen und der parlamentarischen Ausschusssitzungen, und das Personal für diese Arbeit kann besorgt werden. Aber jetzt können schon zunehmend die Spracherzeugungsalgorithmen und automatische Roboter für diese Arbeit genutzt werden. Mit diesem neuen System der Beratungsöffentlichkeit des Verfassungsgerichts würde auch die Möglichkeit für die permanente Analyse der Entscheidungsfindung durch das früher erwähnten Überwachungszentrum zustandegebracht und aufgrund den Argumenten bzw. den Gegenargumenten der Debatten könnten die Zeichen für die Entfernung von der Verfassung schon früh detektiert werden.

7) Die Trennung der Bewegungsjuristen von den Zivilorganisationen

In den Demokratien stimmen die Millionen von Bürgern für Parteien und MP Kandidaten, und so versuchen sie, die Grundrichtung und Entscheidungen über die Gesellschaft und die staatliche Politik zu bestimmen. Im Gegensatz dazu wird die Bestimmung der staatlichen Grundentscheidungen in dem juristokratischen Staat von den parlamentarischen Organen zu dem Verfassungsgericht und den anderen Höchstgerichten weitgehend verschoben. Auf diese Weise ist es für die Massen der Staatsbürger nicht mehr genug in der Wahlen teilzunehmen und dort den Stimmzettel abzugeben, sondern sie müssen es versuchen, direkt in die Entscheidungsprozessen des Verfassungsgerichts und der anderen Höchstgerichte hineinzudringen. Diese Bestrebungen führten in den letzten Jahrzehnten innerhalb den Kreisen von Zivilorganisationen zu den starken Anstieg der Zahl der menschenrechtlichen Stiftungen, Verbände, die auf der Ebene des täglichen politischen Kämpfen ihre Wirkungen ausüben. Was die Parteien in einer Demokratie sind, sind diese Bewegungsjurist-Organisationen (movement lawyer) in dem juristokratischen Staat.

Ihre Aktivitäten richten auf die Rechtsstreite vor den Gerichten und auf die Verfassungsbeschwerde vor dem Verfassungsgericht, aber diese Aktivitäten werden von politischen Zweckbestimmungen bewegt, die durch die Rechtsstreite und

Vefassungsbeschwerden die Interesse und Wertgesichtspunkte der grossen Gesellschaftsgruppen verteidigen wollen. Auf der anderen Seite sind diese "mensenrechtlichen" Stiftungen und Organisationen auch an den Strassenaktionen direkt beteiligt, aber hier wird der Kampf für die dargestellten Gruppeninteressen nicht mit juristischen Argumenten geführt, sondern aufgrund dem edlen moralischen Pathos: das ist der Kampf um's Recht! – wie es von Rudolf von Jhering vor 150 Jahren skizziert wurde.⁵⁹ Zunächst war von den beiden Kampfrichtungen nur die ersterwähnte üblich, wie es von den Bewegungsjuristen (movement lawyer) in den 1960er Jahren in der amerikanischen Grundrechtsrevolution geübt wurden. Aber in den letzten Jahren hat es begonnen, die Techniken der Strassenkämpfe, die in den USA in den Trainings der menschenrechtlichen Stiftungen und Verbände entwickelt wurden, in Europa und die andere Teile der Welt zu exportieren. Diese kämpferischen Techniken wurden zuerst von den Umweltschützern für die „gute Sache“ entwickelt und solche gewalttätigen Demonstrationen und andere gewaltsame Formen wurden ausgefunden, welche auch die Zerstörung der Einrichtungen verursachte, die gegen die geschützten Rechte (Umwelttechnologie) gerichtet waren. So kann die Versenkung der Walfangschiffe in Häfen usw. dafür erwähnt werden. Aber in der Zwischenzeit wurden die hier entwickelten Techniken auf die gesamte politische Arena erweitert, und in den letzten Jahren wurden von den Bewegungsjuristen der menschenrechtlichen Stiftungen die Techniken der Strassenkämpfe als Rechtsverteidigung schon gegen weiten Bereichen der statlichen Politik in Anspruch genommen. Auf diese Weise ist das Kampfmittel der Strassenkämpfe neben dem alten Mittel des politisch gezielten Gerichtsverfahrens in dem Inventar der Bewegungsjuristen aufgereiht. Es gibt viele solche Techniken und der Name einer solchen ist die "direkte politische Aktion", die aufgrund der Transformierung der alten politischen Form von Demonstration entwickelt wurde.⁶⁰

Die offene Formulierung des Staates als juristokratischer Staat und damit die Abschaffung seiner verborgenen Existenz hinter dem Gestalt der Demokratie macht es nötig, auch die Organisationen der Bewegungsjuristen stärker in die Öffentlichkeit zu ziehen. Wie es die grössere Öffentlichkeit der verfassungsgerichtlichen Entscheidungsprozesses verlangt werden sollte, die das Zentrum des juristokratischen Staates darstellen, so erforderlich ist auch die Offenlegung der realen Funktion der menschenrechtlichen Stiftungen und der anderen juristischen Organisationen, weil sie die andere Seite dieses Staates bedeuten. Sie sind nicht nur einfache NGOs, sondern auch Kampforganisationen, geschnitten auf die verfassungsrechtlichen Kämpfe.

Es ist unbestreitbar, dass eine verstärkte Kontrolle der Öffentlichkeit über die Bewegungsjuristenorganisationen ausgestaltet werden sollte – hinausgegangen über die Kontrolle der einfachen NGO's -, wie es auch im Falle der politischen Parteien existiert.

⁵⁹ Siehe Rudolf von Jhering: Der Kampf um das Recht. Verlag der Buchhandlung G. J. Manz'schen Wien. 1872. Obwohl es behauptet werden kann, dass die Bewegungsjuristerei sonst weit von Jhering's Rechtsauffassung stand. Siehe in Irredel Jenkins's klare Feinanalyse, Jenkins: Rudolf von Jhering. Vanderbilt Law Review, 1960, No. 1, S. 160-190. Für Jhering's volle rechtliche und soziale Theorie siehe meine frühere Analyse: Béla Pokol: Jhering's Rechts-, Moral- und Gesellschaftstheorie. Jogelméleti Szemle (Rechtstheorie) 2009 No. 1. Seite 2-38.

⁶⁰ Für die detaillierte Analyse siehe meine frühere Analyse, Béla Pokol: Politikai agytröszök, közvetlen akciócsoportok és a politikai akaratképzés átalakulása. (Politische „think tanks“ und direkte Aktionsgruppen). Jogelméleti Szemle (Rechtstheorie) 2004 No. 4.

Dafür könnte ein Weg sein, ein parlamentarisches Überwachungszentrum zu schaffen, von dem die öffentlichen Aktivitäten aller Zivilorganisations fortlaufend beobachtet würden. Im Falle von menschenrechtlichen Aktivitäten oder juristischen Straßenkampfaktivitäten würden dann die solchen Organisationen mit Neueinstufung in andere Klasse umklassifiziert und von da an würden sie unter stärkerer Kontrolle in Bezug auf die Öffentlichkeit stehen.