



universität
wien

DIPLOMARBEIT

Titel der Diplomarbeit

„Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit an der
Schnittstelle zwischen Politik und Recht – Ihre Entwicklung
und der Versuch einer systemtheoretischen Begründung“

Verfasserin

Elisabeth Sperka

angestrebter akademischer Grad

Magistra der Philosophie (Mag. phil.)

Wien, 2010

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 300

Studienrichtung lt. Studienblatt:

Diplomstudium Politikwissenschaft

Betreuer:

Univ.-Doz. Dr. Johann Wimmer

DER FREIHEIT ANDERER NAME
HEISST VERANTWORTUNG.

THOMAS MANN

INHALT

EINLEITUNG	5
BEGRIFFE.....	8
Verfassungsgerichtsbarkeit.....	8
Verfassung.....	9
1. TEIL: ENTSTEHUNG UND ENTWICKLUNG VON VERFASSUNG UND VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT	12
1. Kapitel: Verfassung	12
1.1. Verfassung als empirischer Begriff.....	12
1.1.1. Ursprüngliche Bedeutung der Begriffe „Constitutio“ und „Verfassung“	12
1.1.2. Materielles Verfassungsrecht im Mittelalter und der frühen Neuzeit	14
1.2. Der Bedeutungswandel von „constitution“ in England.....	17
1.2.1. Politischer Hintergrund	17
1.2.2. „Constitution“ als normativer Begriff.....	21
1.3. Der moderne Verfassungsbegriff: Die amerikanisch-französische Doppelrevolution	23
1.3.1. Der moderne Staat als Voraussetzung.....	24
1.3.2. Das neuzeitliche Bürgertum als Voraussetzung	25
1.4. Formen, Verbreitung und Demokratisierung der modernen Verfassung.....	31
1.4.1. Formen der modernen Verfassung	31
1.4.2. Verbreitung und Demokratisierung der modernen Verfassung	32
2. Kapitel: Verfassungsgerichtsbarkeit.....	36
2.1. Grundlagen der Normenkontrolle.....	37
2.1.1. Widerstandsrecht als Grundlage.....	37
2.1.2. Gewaltenteilung als Grundlage	38
2.2. Entwicklung der dezentralisierten Normenkontrolle.....	40
2.2.1. Vorläufer in Frankreich und England: Die französischen Parlements und Coke als Vertreter der englischen Richterschaft.....	40
2.2.2. Entwicklung in den USA.....	43
2.2.3. (Un-)Möglichkeit im Konstitutionalismus in Europa im 19. Jahrhundert.....	49
2.3. Entwicklung der zentralisierten Normenkontrolle.....	51
2.3.1. Im Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts	51
2.3.2. In Österreich nach dem Ersten Weltkrieg	53
2.3.3. Weiterentwicklung nach dem Zweiten Weltkrieg.....	59
2.4. Formen und Verbreitung der Verfassungsgerichtsbarkeit	60
2.4.1. Verfassungsgerichtsbarkeit als Funktion der ordentlichen Gerichte - USA	61
2.4.2. Verfassungsgerichtsbarkeit als Funktion besonderer Gerichte - Österreich	63

2. TEIL: VERFASSUNG UND VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT AUS DER SICHT DER SYSTEMTHEORIE ..	66
3. Kapitel: Die Systemtheorie.....	66
3.1. Die Systemtheorie im Allgemeinen.....	66
3.1.1. Was ist Systemtheorie?	66
3.1.2. Theorie sozialer Systeme	68
3.2. Niklas Luhmanns universelle Systemtheorie	69
3.2.1. Der Theoretiker.....	69
3.2.2. Grundlagen der Systemtheorie Luhmanns	71
3.3. Kritik an der Systemtheorie? Kritik an Luhmann?	76
3.3.1. Kritik am systemtheoretischen Paradigma.....	76
3.3.2. Kritik an Niklas Luhmanns Theorie	76
3.4. Gesellschaft als soziales System	77
3.4.1. Evolution und Differenzierung in der Gesellschaft.....	78
3.4.2. Die funktional-differenzierte Gesellschaft.....	82
4. Kapitel: Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit aus der Sicht der Systemtheorie.	89
4.1. Die Verfassung aus der Sicht der Systemtheorie.....	90
4.1.1. Das Rechtssystem.....	91
4.1.2. Die Verfassung im Rechtssystem	93
4.1.3. Das System der Politik.....	96
4.1.4. Die Verfassung im politischen System	97
4.2. Die Verfassung als evolutionäre Errungenschaft	99
4.2.1. Der Staat in der Systemtheorie Luhmanns	101
4.2.2. Der Inhalt der strukturellen Kopplung	104
4.3. Die Verfassungsgerichtsbarkeit aus der Sicht der Systemtheorie	105
4.3.1. Gewaltenteilung in der Systemtheorie?	106
4.3.2. Die Gerichtsbarkeit in der Systemtheorie	108
4.3.3. Richterliche Normenkontrolle	110
CONCLUSIO	116
LITERATURVERZEICHNIS	118
INTERNETQUELLEN.....	123
ABSTRACT	124
ABSTRACT (ENGLISH)	125
LEBENS LAUF	127

EINLEITUNG

Der Verfassungsgerichtshof ist das „mächtigste“ Exportgut Österreichs. Nach seinem Vorbild statteten viele Staaten ihre höchsten Gerichte mit derselben oder weitgehend derselben Macht aus oder bildeten Verfassungsgerichte. Als „Hüter der Verfassung“ in vielen Ländern auf allen Kontinenten haben diese oft das letzte (Macht-) Wort im Staat. Er richtet über Minister, ist der Schiedsrichter, wenn sich zwei Volksvertreter streiten, er überwacht die Wahlen. Am größten ist seine Macht aber in Form der Gesetzesprüfung: Er erklärt Gesetze als verfassungswidrig und hebt sie auf oder stellt sie dem Gesetzgeber zurück. In den Demokratien der Welt widerspricht der Verfassungsgerichtshof damit der Parlamentsmehrheit, die gerade im Auftrag der Verfassung das Recht des Volkes bilden soll. Das Recht (in Form der Gerichte) stellt sich gewissermaßen gegen die Politik (in Form des Parlaments). Dieses Widerspruchsrecht hat in manchen Staaten aber sogar nicht nur ein Gericht, sondern alle Gerichte. Diese folgen dem Vorbild eines anderen, aber weniger erfolgreichen, Exportgutes, nämlich dem amerikanischen Vorbild der judicial review als richterliche Gesetzesprüfung.

Dieser „Verfassungssuperpower“ auf den Grund zu gehen, ist das Anliegen dieser Diplomarbeit: Es soll die Entwicklung und die Funktion der Verfassung und der Verfassungsgerichtsbarkeit in ihrer Kompetenz als Normenkontrolle erklärt und begründet werden. Daraus ergeben sich zwei Kategorien von Forschungsfragen: Einerseits aus geschichtlicher Sicht: Welche historischen Ereignisse haben zur Entwicklung der Verfassung und der Verfassungsgerichtsbarkeit geführt? Wann und warum kam es (nicht) zu deren Verbreitung? Und andererseits aus einer theoretischen Perspektive: Warum gibt es die Verfassung und die Verfassungsgerichtsbarkeit? Wie kann die Entwicklung und Verbreitung erklärt werden? Welche Voraussetzungen braucht eine Verfassung für ihre Funktion? Wie ist das Zusammenspiel von Politik und Recht zu beurteilen?

Die Diplomarbeit gliedert sich in der methodischen Herangehensweise, den Forschungsfragen entsprechend, in zwei Teile: Im ersten Teil wird anhand der Begriffs- und Institutionengeschichte das Aufkommen der Verfassung und der Verfassungsgerichtsbarkeit geklärt. Für das Verständnis der Funktion von Institutionen ist eine Untersuchung ihrer Entstehung von grundlegender Bedeutung.

Zunächst werden die Begriffe definiert, da sie den Rahmen der Untersuchung festlegen. Im ersten Kapitel wird dann ausgehend von den ursprünglichen Begriffsinhalten der Weg zum modernen Verfassungsbegriff beleuchtet. Dieser wurde in England vorbereitet und in der amerikanisch-französischen Doppelrevolution vollendet. Anhand dieser Revolution werden die Voraussetzungen der Verfassungsgebung geklärt und die wesentlichen Verfassungsinhalte thematisiert. Danach werden verschiedene Verfassungsformen und die Verbreitung der Verfassung erläutert. Die Verfassungsgerichtsbarkeit baut auf dem modernen Verfassungsbegriff auf. Das dritte Kapitel untersucht die früheren Formen zum Schutz des höheren Rechts und deren Verbindung mit dem modernen Verfassungsbegriff. Es wird die Frage geklärt, warum die Gerichte damit betraut wurden. Danach werden die zwei eingangs erwähnten prominentesten Formen der Verfassungsgerichtsbarkeit in ihrer Entwicklung und Funktion skizziert.

Der zweite Teil baut auf dem ersten Teil auf: Er versucht aus einer abstrahierenden Perspektive auf die im ersten Teil thematisierten historischen und aktuellen gesellschaftlichen Zusammenhänge die gegebenen Forschungsfragen nach dem Ursprung und der Funktion der Verfassung und der Verfassungsgerichtsbarkeit beantworten.

Die Auswahl der theoretischen Grundlage für diese Diplomarbeit war durch die Bedeutung der Themen „Verfassung“ sowie „Verfassungsgerichtshof“ sowohl für die Politik als auch die Rechtsprechung geleitet. Es galt, eine Theorie zu finden, die als Analyse- und Interpretationsinstrumentarium für diese beiden Bereiche dienen kann, somit einen gewissen Grad an Universalität aufweist. Darüber hinaus war die Fragestellung, nämlich jene nach den Voraussetzungen und Umständen einer Verfassungsgebung bzw. der Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit, für die Wahl einer Theorie innerhalb des deskriptiv-analytischen Typus mit einer Rückbeziehung zur Empirie (im Gegensatz zu normativen oder dialektisch-kritischen Theorien) entscheidend, denn es wird nach den Ursachen und Umständen dieser Einrichtungen unserer Welt gesucht. Die systemtheoretische Schule im Allgemeinen und Niklas Luhmanns Theorie der funktional-differenzierten Gesellschaft im Speziellen scheinen diesen beiden Anforderungen gerecht zu werden. Niklas Luhmann kombiniert in seiner „Gesellschaftstheorie“ die allgemeine Theorie sozialer Systeme mit der Evolutionstheorie und versucht somit den Wandel und alle sozialen Zusammenhänge in der Gesellschaft zu erklären. Auf diese Theoriewahl wird gemeinsam mit den Theoriegrundlagen im dritten Kapitel eingegangen. Für die moderne Gesellschaft, welche sich durch eine besondere Art von Systemen auszeichnet, ist, so Niklas Luhmann, die Verfassung zur Trennung von

Politik und Recht notwendig. Für eine vollständige Trennung ist aber die Errichtung einer Verfassungsgerichtsbarkeit im Recht erforderlich. Diese Thesen werden im vierten Kapitel präsentiert und anhand der im ersten Teil gefundenen Antworten der Begriffs- und Institutionengeschichte als Empirie überprüft.

Die Conclusio soll die Ergebnisse zusammenfassen und den Erklärungsgehalt der Systemtheorie beurteilen.

BEGRIFFE

Verfassungsgerichtsbarkeit

Verfassungsgerichtsbarkeit im weiteren Sinn bezeichnet, einer rechtswissenschaftlichen Definition folgend, all jene gerichtlichen Funktionen, mit denen die Einhaltung der Verfassung gewährleistet werden soll.¹ Diese organisatorisch-funktionelle Umschreibung stützt sich auf die Einheitlichkeit des Zwecks und der Funktion:² Diese Funktionen umfassen neben der Normenkontrolle insbesondere die Wahlgerichtsbarkeit, die Gerichtsbarkeit in Grundrechtsangelegenheiten und die Staatsgerichtsbarkeit. Die Verfassungsgerichtsbarkeit soll damit als ein gerichtliches bzw. rechtsprechendes Verfahren neben anderen „politischen“ Verfahren, etwa der demokratischen Schranke einer qualifizierten Mehrheit, den Vorrang der Verfassung sicherstellen.

Eine der gerichtlichen Möglichkeiten, diese Garantiestellung zu erfüllen, ist die Normenkontrolle oder Verfassungsgerichtsbarkeit im engeren Sinn als die Kontrolle von Normen auf ihre Verfassungs- und sonstige Rechtmäßigkeit.³ Diese Kompetenz kann allen Gerichten zukommen (dezentrale oder diffuse Normenkontrolle oder Verfassungsgerichtsbarkeit, allgemeines Prüfungsrecht) oder bei einem besonderen Gericht konzentriert sein (zentralisierte Normenkontrolle oder Verfassungsgerichtsbarkeit). Ein weiteres Unterscheidungskriterium ist die inzidente Normenkontrolle, die konkreten Anlassfällen ausgeht, gegenüber der abstrakten Normenkontrolle. Beide nach ihren „Erfinderstaaten“ benannten Varianten, sowohl das amerikanische Modell der konkreten und dezentralen Normenkontrolle als auch das österreichische Modell der abstrakt-konkreten und zentralisierten Normenkontrolle legen zwingenderweise eine Verfassung als maßgebende Rechtsordnung zu Grunde.

¹ Thomas Olechowski (2006): Verfassungsgerichtsbarkeit. In: Thomas Olechowski (Hg.): Studienwörterbuch Rechtsgeschichte und Römisches Recht. Wien: Manz: S. 494-495.

²Karl Korinek (1981): Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen. Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen. VVVDStRL 39: S. 8-50, hier S. 22.

³ Olechowski (2006) (a.a.O.): S. 495.

Verfassung

Die Verfassung als maßgebende Rechtsordnung für die Verfassungsgerichtsbarkeit ist als normativer Begriff festgelegt. Im Gegensatz dazu steht die Verfassung als deskriptiver oder ontologischer Begriff, der auf den tatsächlichen Zustand eines politischen Gemeinwesens, meist den Staat, die Machtverhältnisse mitsamt den Entscheidungswegen, geprägt durch das wirtschaftliche, kulturelle, historische usw. Umfeld, abstellt.⁴ Diese Unterscheidung zwischen normativer und empirischer Verfassung ist das Produkt einer historischen Entwicklung, an deren Ende die amerikanisch-französische Doppelrevolution und der Konstitutionalismus stehen, der mit dem Anspruch, Zustandekommen und Ausübungsweisen politischer Herrschaft in einem allen anderen Rechtsnormen übergeordneten Gesetz umfassend und einheitlich zu regeln, die moderne Verfassung und den Verfassungsstaat schuf.⁵ Dieser juristisch verengte Verfassungsbegriff tritt aber nicht an die Stelle des älteren Erfahrungsbegriffs, sondern ihm gegenüber: Die normative Verfassung muss sich in der empirischen Verfassung behaupten, wozu die Prinzipien und Institutionen der Rechtsstaatlichkeit entwickelt wurden, an deren „Endpunkt“ die Verfassungsrechtsprechung steht. Diese wechselseitige Beziehung wird in der Politikwissenschaft unter „Verfassungswirklichkeit“ oder „verfassungsmäßiger Zustand“ eines Staates diskutiert.⁶

Innerhalb des Begriffs der normativen Verfassung wird in der Rechtswissenschaft in einem zweiten Schritt zwischen materiellem und formellem Verfassungsrecht unterschieden:

Unter der Verfassung im materiellen Sinn werden dabei alle jene Rechtsregeln verstanden, die die Organisation eines Gemeinwesens, insbesondere das Handeln seiner Organe sowie sein Verhältnis zu den seiner Gewalt unterworfenen Menschen im Grundsätzlichen regeln. Dabei kann es sich um geschriebenes oder ungeschriebenes, gewohnheitsmäßig oder durch Hoheitsakte zustande gekommenes Recht handeln.⁷ Diese rechtliche Grundordnung ist abhängig von der politisch-sozialen Gesamtsituation und hat somit unterschiedlichste Ausprägungen. Der Begriff der Verfassung im materiellen Sinn ist unabhängig von einem schriftlichen Dokument oder der Vorstellung einer übergeordneten Rechtsqualität. Jedes organisierte Gemeinwesen verfügt somit über

⁴ Dieter Nohlen (Hg.) (2003³): Kleines Lexikon der Politik. München: C.H. Beck: S. 544.

⁵ Dieter Grimm (1991): Die Zukunft der Verfassung. Frankfurt am Main: Suhrkamp: S. 37.

⁶ Peter Pernthaler (1996²): Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre. Wien: Springer: S. 26.

⁷ Wilhelm Braunerder (2005): Österreichische Verfassungsgeschichte. Wien: Manz: S. 17.

materielles Verfassungsrecht, welches diese Funktionen erfüllen, wenn diese auch nicht unter den Begriff „Verfassung“ subsumiert werden.

Anders verhält es sich bei der Verfassung im formellen Sinn: Dieser Begriff umfasst jene Rechtsregeln, die in einem besonderen Gesetzgebungsverfahren erlassen werden und in einer bestimmten Form, i.e. einer zentralen Verfassungsurkunde oder mehreren schriftlichen Dokumenten, enthalten sind.⁸ Durch das besondere Gesetzgebungsverfahren ergibt sich eine erschwerte Abänderbarkeit der Gesetze und somit eine höhere Beständigkeit und ein höherer Rang der erlassenen Normen. Durch das rein formale Kriterium des Rechterzeugungsverfahrens kann es aber zu formellem Verfassungsrecht kommen, das völlig unbedeutende Regelungen und nicht materielles Verfassungsrecht zum Inhalt hat. Ein prominentes Beispiel dafür war die österreichische Bestimmung über Taxikonzessionen im Verfassungsrang.⁹ Ebenso können wichtige Bestimmungen über die Organisation des Gemeinwesens einfachgesetzlich geregelt sein, materielles Verfassungsrecht somit außerhalb der Verfassung im formellen Sinn stehen. Aus dieser Überlegung heraus hat die Rechtswissenschaft die Unterscheidung zwischen dem Verfassungskern und „einfachen“ Verfassungsbestimmungen entwickelt. Obwohl das auf den ersten Blick eine rein technische Unterscheidung zu sein scheint, handelt es sich bei der Wahl des Gesetzgebungsverfahrens selbst schon um eine politische Entscheidung, die an sich bereits Konsequenzen für das Rechtssystem hat, was noch weiter ausgeführt werden wird. Die Entwicklung des Verfassungsrechts im formellen Sinn ist, das zeigt das erste Kapitel, der entscheidende Moment in der Entwicklung der Verfassungsrechtsprechung. Diese besondere Art der Kodifizierung als Merkmal des formellen Verfassungsrechts setzt, im Gegensatz zum materiellen Verfassungsrecht, den neuzeitlichen Gesetzesstaat voraus.¹⁰

Der moderne normative Begriff der Verfassung stellt sowohl auf die inhaltlichen Kriterien des materiellen Verfassungsbegriffs, als auch auf den höheren Rang des formellen Verfassungsrechts ab: Verfassung meint heute primär

*„das schriftlich festgelegte, gesetzlich bindende und dem einfachen Recht übergeordnete rechtliche Normengefüge für das organisierte staatliche Gemeinwesen“.*¹¹

⁸ Thomas Olechowski (2006): Verfassung. In: Thomas Olechowski (Hg.): Studienwörterbuch Rechtsgeschichte und Römisches Recht. Wien: Manz: S. 494.

⁹ § 10 Abs 2 GelVerkG idF 1987.

¹⁰ Brauner (2005) (a.a.O.): S. 17.

¹¹ Heinz Mohnhaupt (1995): Verfassung I. Konstitution, Status, Leges fundamentales von der Antike bis zur Aufklärung. In: Heinz Mohnhaupt/ Dieter Grimm: Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart. Berlin: Duncker & Humblot: S. 1-99, hier S. 2. Vgl. auch Gerhard Dilcher (1988): Vom ständischen Herrschaftsvertrag zum Verfassungsgesetz. In: Der Staat 27: S.161-193, hier S. 165.

Die moderne Verfassung begründet, begrenzt und legitimiert das staatliche Gemeinwesen: Der Begriff ist somit einerseits gegenüber der Zustandsbeschreibung des älteren, empirischen Verfassungsbegriffs abzugrenzen und andererseits nur auf jene formellen Verfassungsnormen anzuwenden, welche das staatliche Gemeinwesen konstituieren.

1. TEIL: ENTSTEHUNG UND ENTWICKLUNG VON VERFASSUNG UND VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT

1. Kapitel: Verfassung

Die Verfassungsgerichtsbarkeit muss, da sie Recht anwendet, auf dem normativen Verfassungsbegriff aufbauen. Der moderne normative Verfassungsbegriff vereint, wie soeben gezeigt, das materielle Verfassungsrecht als Organisationsrecht mit dem Charakter des formellen Verfassungsrechts. Anhand der Begriffsgeschichte soll nun geklärt werden, wann und aus welchen Umständen heraus diese Kombination gebildet und sie angewandt wurde.

Dazu wird (1) ein Blick auf die Bedeutung des Begriffs „Verfassung“ bzw. „Constitutio“ sowie die Regelung der Ausübung von Herrschaft vor der Entstehung des normativen Verfassungsbegriffs erfolgen. Dann (2) wird der Bedeutungswandel des Verfassungsbegriffs in England im 17. und 18. Jahrhunderts beleuchtet. Danach werden (3) die Entstehungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus, seine Inhalte und seine faktische Durchsetzung anhand der französisch-amerikanischen Doppelrevolution geklärt. Schließlich wird (4) die Verbreitung und Demokratisierung der modernen Verfassung erläutert.

1.1. Verfassung als empirischer Begriff

1.1.1. Ursprüngliche Bedeutung der Begriffe „Constitutio“ und „Verfassung“

Als in den englischen Kolonien auf dem amerikanischen Kontinent und in Frankreich im Zuge der Revolutionen die ersten modernen „Constitutions“ erlassen wurden, wurde dieses Wort, ebenso wie sein deutscher Gegenpart „Verfassung“, im deutschsprachigen Raum noch in einem anderen Kontext verwendet. Der Wandel hin zu dem oben genannten formalisierten und inhaltlich normativ aufgeladenen

Verfassungsbegriff erfolgte erst im Gefolge der neuen Verfassungsurkunden Frankreichs.¹²

Die mittelalterliche Rechtswissenschaft wurde durch die Rezeption des römisch-kanonischen Rechts seit Ende des 11. Jahrhunderts geschaffen und war somit in dessen Terminologie, Sprache und Dogmatik mit dem römischen Recht in Gestalt der justinianischen Lehre identisch. „Constitutio“ wurde in römisch-rechtlicher Tradition als Bezeichnung der Gesetzgebungsformen des Kaisers im deutschen Rechtskreis bzw. eines förmlich erlassenen Gesetzes in England verwendet. Der Begriff „constitutio“, sowohl in der Singular- als auch der Pluralform, war somit rechtstechnischer Natur, es kommt nicht auf Bedeutung oder Inhalt des erlassenen Gesetzes an.¹³

Darüber hinaus hatte der Begriff „constitutio“ seit der Antike eine zweite Bedeutung, nämlich als einen bestimmten Zustand des menschlichen Körpers. Darauf aufbauend wurde bereits seit Heraklit das Bild des menschlichen Organismus und Körpers mit seinen verschiedenen Teilen als Ordnungsmodell auf das menschliche Gemeinwesen angewandt. Diese Corpus-Metaphorik wurde im Mittelalter, etwa bei Johannes von Salisbury zur Legitimation einer inneren hierarchischen Ordnung eines Gemeinwesens, fortgesetzt.¹⁴ In der Renaissance kam es zu einer vermehrten Analogiebildung: Durch den Einfluss der medizinischen Literatur auf die Philosophie wurde die strukturelle Bedeutung von „constitutio“ als komponierte Einheit bis in das 17. Jahrhundert vertieft, unter die auch der Staat fallen kann, jedoch nur aus der Perspektive des Faktischen, nicht des Normativen.¹⁵ „Constitutio“ oder „constitution“ blieb in den genannten Bedeutungen sowohl als juristischer als auch philosophischer Begriff bis zum Bedeutungswandel in England hin ein empirischer Begriff, der Vorhandenes beschreibt und eines Objektes bedarf.

Der offensichtlich früheste Nachweis des deutschen Wortes „Verfassung“ ist in der Form „virfaszung“ eine Urkunde aus dem Jahr 1346, wobei Verfassung hier als Vereinbarung oder Absprache zu übersetzen ist.¹⁶ Seit dem Ende des 15. Jahrhunderts schien das Wort im Sinne von Textabfassung und Textzusammenfassung, etwa von Landesordnungen, auf, wobei der Aspekt des planmäßig ordnenden Abfassens in den

¹² Dieter Grimm (1995): Verfassung II. Konstitution, Grundgesetz(e) von der Aufklärung bis zur Gegenwart. In: Heinz Mohnhaupt/ Dieter Grimm: Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart. Berlin: Duncker & Humblot: S.100-144. hier S.107.

¹³ Grimm (1995) (a.a.O.): S.101.

¹⁴ Mohnhaupt (1995) (a.a.O.): S.28.

¹⁵ Mohnhaupt (1995) (a.a.O.): S.39f.

¹⁶ Mohnhaupt (1995) (a.a.O.): S.22ff.

folgenden Jahrhunderten verstärkt und um den mehrere Einzelteile komprimierenden Vorgang erweitert wurde.

Die Übersetzung des Begriffs „constitutio“, ab dem 17. Jahrhundert vermehrt in der französischen Schreibweise „constitution“, in der zweiten oben genannten Bedeutung durch das Wort „Verfassung“ lässt sich erst ab der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts feststellen.¹⁷ Damit bedeutete Verfassung nun neben Verschriftlichung und Ordnung auch Zustand. Der Zustand als Verfassung und *constitutio* eines Gemeinwesens bzw. Staates wurde anfangs in einem weiten Sinn als Produkt historischer Entwicklungen oder tatsächlicher Bedingungen, aber sehr wohl auch als Produkt rechtlicher Festlegungen, verstanden. Später wurde dieser Begriff auf den rechtlich geprägten Zustand, nicht aber die prägenden Rechtsnormen selbst, verengt. Kein Staat kann somit ohne Verfassung sein.¹⁸ Verfassung war damit wie *constitutio* als empirischer Begriff definiert.

1.1.2. Materielles Verfassungsrecht im Mittelalter und der frühen Neuzeit

1.1.2.1. Herrschaftsverträge

Die rechtlichen Festlegungen der Ausübung von Herrschaft, auch als materielles Verfassungsrecht bezeichnet, wurden in der zeitgenössischen Staatslehre als Grundgesetze oder *leges fundamentales* bezeichnet, worunter auch die später so bezeichneten Herrschaftsverträge gefasst werden.

Ein Herrschaftsvertrag ist ein Pakt zwischen einem übergeordneten Herrschaftsträger, dem Fürsten oder dem König, welcher die Landeshoheit für sich beanspruchte, und mehreren Herrschaftsträgern, meist den Ständen, aber auch freien Städten oder Bauerngemeinden und als solcher Ausdruck des dualen Ständestaates.¹⁹ Mit diesen Vereinbarungen zwischen den zwei Staatsgewalten werden die linearen Herrschaftsbeziehungen geregelt: Einzelne Hoheitsbereiche und Herrschaftssphären, welche grundsätzlich unumstritten sind, da sie mit der wirtschaftlichen und politischen Realität übereinstimmen, werden jeder für sich umgrenzt und beschränkt.²⁰ Die Herrschaftsträger stehen sich in den Herrschaftsverträgen komplementär gegenüber: Der duale Ständestaat wird in seinem Bestand fixiert, seine Lebensfähigkeit angesichts der

¹⁷ Mohnhaupt (1995) (a.a.O.); S.50.

¹⁸ Grimm (1991) (a.a.O.); S.35.

¹⁹ Auf die Frage des Staates wird im vierten Kapitel eingegangen.

²⁰ Ernst Wolfgang Böckenförde (1992²): Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht. Frankfurt am Main: Suhrkamp: S.30.

wachsenden Verwaltungstätigkeit und Staatsaufgaben gesichert.²¹ Der ehemals heterogene Herrschaftsverband wird in den Abkommen verdichtet und als territoriales Herrschaftsgefüge institutionalisiert.

Es ist kein Zufall, dass solche Herrschaftsverträge meist in Zeiten dynastischer Schwäche, aus Geldmangel und bei politischer Opposition zustande kamen:²² Während der Landesfürst bzw. König seine Macht willkürlich ausspielen wollte, hatten die Stände ihren Rückhalt in der Bevölkerung und mussten vom Herrscher in seinem eigenen Interesse berücksichtigt werden. Um deren Hilfe zu erhalten, wurden den Ständen in einer Art Schutzrecht Freiheiten von bestimmten einseitigen Zugriffen hoheitlicher Gewalt, wie etwa Auferlegung von Steuern oder willkürliche Verhaftung, zugesichert. Das bekannteste Beispiel dafür ist die englische Magna Charta libertatum aus dem Jahr 1215.

Die mittelalterliche Rechtsstruktur erlaubte es, einerseits historische Rechtsargumente und andererseits verschiedenartige Rechtsquellen nebeneinander zu verwenden. Darüber hinaus kam durch die römischrechtliche Tradition Verträgen eine besondere Rechtsqualität zu, welche nicht einseitig durchbrochen werden konnte: „pacta sunt servanda“.²³ Waren also der Herrscher sowie die Stände innerhalb ihrer Hoheitsbereiche ungebunden, so konnten sie deren Rahmen nicht abändern: Die Herrschaftsverträge, meist schriftlich fixiert und gerichtlich durchsetzbar, erfüllten somit die Voraussetzungen höherrangigen Rechts.²⁴ Auf diesem Aspekt baut der Begriff der „leges fundamentales“ bzw. der Grundgesetze auf.

1.1.2.2. *Leges fundamentales*

Die Erschütterung der alten Ordnung durch die Glaubensspaltung und durch die Bürgerkriege des 16. und 17. Jahrhunderts führte zu einer Veränderung politischer Herrschaft zugunsten des Monarchen: Dieser konnte sich, abgesehen von der englischen Monarchie und dem Deutschen Reich, wo sich das dualistische System zugunsten der Reichsfürste verfestigte,²⁵ von ständischer Mitregierung befreien und sicherte sich in Heer und der Beamtenschaft seine eigene Machtbasis. Mit der Errichtung monistisch souveräner Monarchien anstelle von polyarchischen Ständemonarchien wird der

²¹ Werner Näf (1949): Herrschaftsverträge und Lehre vom Herrschaftsvertrag. In: Werner Näf (Hg.): Schweizer Beiträge zur Allgemeinen Geschichte, Bd.7. Aarau: Sauerländer&Co.: S.26-52, hier S. 40f.

²² Hans Fenske (2001): Der moderne Verfassungsstaat. Eine vergleichende Geschichte von der Entstehung bis zum 20.Jahrhundert. Paderborn: Schöningh: S.501.

²³ Gerhard Dilcher (1988): Vom ständischen Herrschaftsvertrag zum Verfassungsgesetz. In: Der Staat 27: S. 161-193, hier S. 171.

²⁴ Grimm (1991) (a.a.O.): S.33.

²⁵ Dies zeigt sich in den Reichsreformen um 1500 und dem Westfälischen Frieden 1648.

moderne absolutistische Staat geschaffen.²⁶ In diesem Zusammenhang entstand auch der Begriff der „leges fundamentales“ in der Ein- und Mehrzahlform: In Frankreich in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts als lois fondamentales entwickelt, ist der Begriff ab dem frühen 17. Jahrhundert in zahlreichen Ländern sowohl in lateinischer Fassung als auch in den Landessprachen nachweisbar. Dabei wird häufig die Metapher eines Hauses, das zusammenstürze, wenn die Grundgesetze abgeschafft, verändert oder zerstört werden, verwendet. So etwa bei Innocent Gentillet im Jahr 1576:

« ...comme l'edifice est par-dessus son fondement, lequel ne peut abbatre sans que l'edifice tombe. Aussi quand l'on abbat les loix fondamentales d'un royaume, le roy et la royauté qui sont basties dessus, tombent quand et quand. »²⁷

Die leges fundamentales stellen also höherrangiges Recht dar, das den Herrscher in einzelnen Bereichen bindet. Dazu gehören höhere Prinzipien von Recht und Gerechtigkeit, die der Naturrechtslehre gemäß dem göttlichen Recht entspringen, wie auch geschriebenes Recht, etwa Thronfolgeregeln, Religionsfreiheiten, Herrschaftsverträge und sonstiges Fürstenrecht. Dadurch regeln die leges fundamentales wiederum zu einem großen Teil die Beziehungen zwischen Herrscher und Ständen regeln und sichern die Einheit des Landes. Ihre Rechtsverbindlichkeit zogen die Fundamentalgesetze ergo auch aus ihrem Vertragscharakter, mit dem sie auch der Disposition des Herrschers entzogen waren.

Als in den meisten Ländern die Stände im 18. Jahrhundert keine Bedeutung mehr hatten, wurden auch einseitig vom Herrscher erlassene Regierungsordnungen unter die Grundgesetze gezählt. Dieser Begriff strahlt somit bereits auf andere Formen staatlicher Regelung aus, was zwei, der Naturrechtslehre entstammende Gründe hat:²⁸ Einerseits ermöglichte es die Figur der „translatio“ per (fiktivem) pactum der Herrschergewalt vom Volk auf den Regenten auch einseitigen Akten die Vertragseigenschaft der Grundgesetze zuzuschreiben. Andererseits wurde gerade durch diese Konstruktion, obwohl die „translatio“ einen schrankenlosen Absolutismus begründen kann, eine Beschränkung des Herrschers ermöglicht.

²⁶ Gerald Oestreich (1980): Vom Herrschaftsvertrag zur Verfassungsurkunde. Die „Regierungsformen“ des 17. Jahrhunderts als konstitutionelle Instrumente. In: Brigitta Oestreich (Hg.): Strukturprobleme der frühen Neuzeit. Ausgewählte Aufsätze. Berlin: Duncker & Humblot: S. 229-252, hier S. 232.

²⁷ Innocent Gentillet (1576): Briève rémonstrance à la noblesse de France sur le fait de la Declaration de Monseigneur le Duc d'Alençon. Zit. n. Heinz Mohnhaupt (1998): Von den leges fundamentales zur modernen Verfassung. In: Ius Commune 25: S. 121-159, hier S. 130.

²⁸ Mohnhaupt (1998) (a.a.O.): S. 146f.

Im Vergleich zur modernen Verfassung unterscheiden sich die älteren Formen rechtlicher Bindung, die Herrschaftsverträge des dualen Ständestaates und die *leges fundamentales* des souveränen absolutistischen Staates in drei Punkten:²⁹

1. Die Herrschaftsverträge und Fundamentalgesetze setzen die (legitime, da von Gott eingesetzte) Staatsgewalt bereits voraus und regulieren sie nur in einzelnen Bereichen. Sie wirken nur herrschaftsmodifizierend und nicht herrschaftskonstituierend.
2. Die Herrschaft wird nur punktuell und nicht umfassend geregelt.
3. Durch den Vertragscharakter der rechtlichen Bindungen wirken diese nur zwischen den Vertragspartnern und nicht universal.

1.2. Der Bedeutungswandel von „constitution“ in England

Im wirtschaftlich und politisch fortschrittlichen England des 17. Jahrhunderts wurden die zwei oben skizzierten Entwicklungslinien, die rechtlichen Bindungen der Staatsgewalt zum einen und der ursprüngliche Begriffsgehalt zum anderen, erstmals verbunden und „constitution“ zunehmend als die komplexe Einheit grundlegender Regeln und Formen des Gemeinwesens verstanden. Dies geschah vor allem vor dem Hintergrund schwerer Erschütterungen der bisherigen Ordnung, wie Absolutismus, Bürgerkrieg, Republik und Rückkehr zur Monarchie, welche eine lebhafte theoretische Diskussion über politische Grundfragen anregten.³⁰

1.2.1. Politischer Hintergrund

Um den Disput zu verstehen, ist ein Blick auf das zeitgenössische politische System Englands notwendig, welches sich in seiner Entwicklung deutlich von jener der Staaten Kontinentaleuropas unterscheidet und diesen lange Zeit voraus lag. Zwei Gründe sind dafür verantwortlich:³¹

Einerseits wurde England spät und nur sehr kurz vom Feudalismus erfasst. Dadurch wurde die Vorstellung der Mitbestimmung des Volkes an politischen Entscheidungen, wie sie die ursprünglichen Stammesgesellschaften pflegten, nur wenig

²⁹ Grimm (1991) (a.a.O.): S. 34.

³⁰ Fenske (2001) (a.a.O.): S. 506.

³¹ Grimm (1991) (a.a.O.): S. 51.

überlagert.³² Der König suchte ab dem 12. Jahrhundert bei den Großen des Landes Rat. So entwickelte sich das Parlament in England als königliche Einrichtung, was der ursprünglichen Bedeutung des Begriffs als Bezeichnung für die den Monarchen beratenden Versammlungen entspricht.³³ Auch war es das oberste Gericht des Landes, in den ersten Jahren die Hauptaufgabe der Versammlung. Das Parlament war somit nicht ständischen Ursprungs und in Korporationen gegliedert, sondern zunächst vom Willen des Königs abhängig. Doch lange und teure Kriege auf dem Festland ließen das Parlament in seiner Bedeutung aufsteigen: Der König benötigte außerordentliche Geldmittel, die von denjenigen, die sie aufbringen, bewilligt werden mussten. Bereits am Ende des 13. Jahrhunderts hatte das Parlament eine gewichtige Stellung, welche 1322 in der gesetzlichen Verankerung des justinianischen Satzes „Quod omnes tangit, ab omnibus approbetur“ ihren Ausdruck fand.³⁴

Der frühe Verfall des Feudalismus brachte auch eine soziale Offenheit des Adels nach unten und daher eine enge Verbindung und gemeinsame Interessen von niederem Adel und Bürgertum, was sich auch in deren Zusammenfassung als Commons 1341 ausdrückte. Gleichzeitig konnte der König den Ausbau eines Magnatenstandes, der zu eigener Landesherrschaft aufsteigen konnte, wie es im Heiligen Römischen Reich der Fall war, verhindern.³⁵ Die Landeshoheit war somit gesichert. Mit dem Feudalsystem verschwand auch bald die Hörigkeit: Die Engländer waren in der Regel frei, wodurch breitere Kreise ins Wahlsystem eingebunden und somit politisiert wurden.³⁶

Andererseits führte die Glaubensspaltung und Reformation in England nicht wie auf dem Kontinent zu einer Stärkung der monarchischen Macht, sondern zu einer weiteren Aufwertung des Parlaments. Als Heinrich der VIII. mit Rom brach, suchte er für seine Reformpolitik eine möglichst starke Basis im Parlament. Deshalb ließ er diese durch Acts of Parliament legalisieren. Zu diesem Anlass wurde die Formel „King in Parliament“ erstmals ausgesprochen: Der König, der bisher über dem Parlament stand, war nun dessen Teil. Die Legislativgewalt lag exklusiv bei König, Lords und Commons gemeinsam. Das Statute Law wurde ab nun nach königlicher Vorlage in Zusammenarbeit von König, Lords und Commons ausgearbeitet. Nichtsdestotrotz war diese Art der Gesetzgebung, hauptsächlich in Fragen der Staatspolitik angewandt, nicht die einzige, der König hatte

³² Fenske weist mehrmals in seinem Werk auf die „primitive Demokratie“ als die Urform der menschlichen Gemeinschaft hin. Vgl. etwa S. 527.

³³ Fenske (2001) (a.a.O.): S. 55f.

³⁴ Ebd.

³⁵ Fenske (2001) (a.a.O.): S. 505.

³⁶ Ebd.

noch andere Möglichkeiten der Rechtsetzung.³⁷ Aber die Dominanz des Königs ist durch die neue Formel gebrochen, welche ein Zeugnis des Herrschaftsverständnisses während der Tudorzeit seit den 30er Jahren des 16. Jahrhunderts darstellt.

Mit der Thronbesteigung der Stuarts, die in Schottland seit langem regierten und das Parlament als reinen Rat des Monarchen ansahen, kam es 1603 zu einer neuen Situation: Das neue Königsgeschlecht stellte Absolutheitsansprüche, welche, anders als auf dem europäischen Festland, keinen konfessionellen Bürgerkrieg als „Legitimation“ zur Seite hatten.³⁸ Dies führte zu langwierigen Konflikten.³⁹ Für die Finanzierung des neuen Hoflebens benötigte der König neue Einkünfte, diese wurden aber vom Parlament 1610 verwehrt. In der Folge führte James I. ohne Zustimmung des Parlaments neue Zollabgaben und andere Einnahmequellen ein. Der Konflikt zwischen König und Parlament verschärfte sich zusehends. 1629 begann eine parlamentslose Ära, in welcher viele strittige finanz- und religionspolitische Fragen zusätzlich zur Kritik an der unrechtmäßigen Herrschaftsausübung König Charles I. weiterschwelten. Ein neuer Krieg zwang den König 1640 jedoch zur Einberufung des Parlaments, um neue Finanzmittel bewilligen zu lassen.

Das Parlament machte sich in der Folge entschieden daran, das autokratische Regiment des Königs durch wichtige Reformgesetze zu beseitigen. Der Ausgleich mit dem Monarchen aber scheiterte: 1642 kam es zum Bürgerkrieg zwischen König und Unterhaus, welcher 1649 mit der Anklage des Königs wegen Hochverrats und dessen Hinrichtung endete. Mit der Abschaffung der Monarchie und des Oberhauses und der Einführung der Republik durch den „Act declaring England to be a Commonwealth“ liegt ein revolutionärer Bruch vor. Das von Cromwell 1653 verfasste „Instrument of Government“, die die Organisation der neuen, republikanischen Herrschaft regelte, wird vielfach als die erste moderne Verfassung gewertet.⁴⁰ In diesem zeigten sich nämlich bereits zwei wesentliche Merkmale des modernen Verfassungsbegriffs: Einerseits sollte dieses „Instrument“ das Werk eines Souveräns sein, nämlich der Republik in Form eines „agreement of the people“, und nicht eine naturrechtlich vorgegebene Ordnung. Andererseits sollte dieses Dokument den vom Parlament erlassenen „statutes“ voran

³⁷ Fenske (2001) (a.a.O.): S. 58f.

³⁸ Grimm (1991) (a.a.O.): S. 51.

³⁹ Fenske (2001) (a.a.O.): S. 59ff.

⁴⁰ Gerald Stourzh (1989): Staatsformenlehre und Fundamentalgesetze in England und Nordamerika. In: Gerald Stourzh: Wege zur Grundrechtsdemokratie: Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaates. Wien: Böhlau: S. 1-35, hier S. 9. Hier ist jedoch anzumerken, dass die Grundordnungen in den Kolonien durchaus Verfassungsqualität hatten. Siehe dazu unten in Kapitel 1.3.2.

gehen, da es die Souveränität des Parlaments erst regelte. Der Gedanke der fundamental laws wurde somit erstmals mit einem Souveränitätsanspruch in Verbindung gesetzt.⁴¹

Diese republikanische Ordnung zerbrach aber nach Cromwells Tod 1658 schnell. Die Bereitschaft des Parlaments zur Restauration der Monarchie war groß und 1659 wurde die Monarchie mit Charles II., aus dem Haus der Stuarts, als König wieder eingeführt. Damit war die „Verfassung“, die aus der nunmehr „geheilten“ Revolution hervorgegangen war, obsolet.⁴² Die prokatholische Einstellung Charles II. und seines Sohnes James II. führte wieder zu einem Konflikt mit dem gesamten Parlament, der 1688 in der „Glorious Revolution“⁴³ gipfelte: Die Landung des protestantischen zur Hilfe eilenden Wilhelms von Oranien (und 15 000 weiteren Männern) in Cornwall vertrieb den letzten Stuart-König. Ein neu berufenes Konventionsparlament erklärte sich zum souveränen Parlament und stellte 1689 die „Abdankung“ James II. und die Vakanz des Thrones fest: Dieser habe den Vertrag zwischen sich und dem Volk gebrochen und die Fundamental Laws verletzt.⁴⁴ In der „Bill of Rights“ wurden die Rechte und Freiheiten der Untertanen erklärt und die Thronfolge festgelegt. Der neue König Wilhelm und seine Frau mussten die vorgelegten Bedingungen anerkennen. Die Bill of Rights galt als Bekräftigung alten Rechts, aber der Rechtszustand wurde auch erweitert, indem die Stellung des Parlaments ausgebaut wurde.

Als modernes schriftliches Verfassungsdokument ist die Bill of Rights jedoch nicht zu sehen. Anders als später auf dem Kontinent war dieses nicht nötig, um das politische System mit der Gesellschaft kompatibel zu machen: Es wurde an die traditionellen Institutionen angeknüpft, die Regeln des Gewohnheitsrechts aktualisiert. Der König wurde durch einen herrschaftsbegründenden Akt, der Anerkennung der vorgelegten Bedingungen legitimer Herrschaft, zum Herrschaftsträger. Das dualistische System wurde damit endgültig beseitigt.

Ob England damit zu einem Staat mit Verfassung wurde, ist seit langer Zeit Gegenstand staatswissenschaftlicher und politischer Debatten, unter anderem ob der unbeschränkten Parlamentsouveränität. Diese Frage wird auch im zweiten Teil erörtert werden. Die politische Macht ist in den Institutionen und traditionellen Konventionen gefasst, die Souveränität des Parlaments, heute die demokratische Vertretung der britischen Bürger, jedoch, entgegen der Idee der modernen Verfassung, nicht durch diese

⁴¹ Christian Starck (1986): Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit. In: Christian Starck / Albrecht Weber: Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa. Baden-Baden: Nomos: S. 12-39, hier S. 18.

⁴² Grimm (1991) (a.a.O.): S. 52.

⁴³ Der Revolutionscharakter der „Glorious Revolution“ ist strittig: Anstatt eines Bruchs mit dem bestehenden System kam es eher zu einer Festigung der monarchischen Tradition. Vgl. Grimm (1991) (a.a.O.): S. 51f.

⁴⁴ Fenske (2001) (a.a.O.): S.69f.

gebunden oder beschränkt.⁴⁵ Das gewählte Parlament ist einzig an das Volk gebunden, womit die Parlamentsouveränität der Volkssouveränität nachgeordnet ist. Ergänzt wird dieses Verhältnis von Parlamentsouveränität und Volkssouveränität durch das Prinzip der rule of law als die Herrschaft des Rechts: Das Parlament kann nur durch das Gesetz herrschen. Dies hat vor allem die Bedeutung, dass niemand ohne gesetzliche Grundlage und ohne gerichtliches Verfahren in seinen Rechten beeinträchtigt werden darf.⁴⁶ Die rule of law wird unten genauer untersucht.

1.2.2. „Constitution“ als normativer Begriff

Die in diesen Umwälzungen geführten Diskussionen über politische Grundfragen führten, wie eingangs erwähnt, zu einem Bedeutungswandel des Begriffs „constitution“: Die oben skizzierten zwei verschiedenen Wurzeln des Begriffs, die juristische Überlieferung als förmlich erlassenes Einzelgesetz sowie die philosophisch-politische Überlieferung als Zustandsbeschreibung, wurden in ihrer Bedeutung erweitert und schließlich miteinander verbunden.⁴⁷

Einerseits wurde „Constitution“ als politisch-philosophischer Begriff öfter gleichsinnig mit „form of government“ verwendet.⁴⁸ Das englische Wort „government“ bedeutete im 16. und 17. Jahrhundert in der zeitgenössischen Verfassungs- und Staatsformenlehre Ausübung von Herrschaft, aber auch enge Organisation von Herrschaft nach bestimmten Regeln.⁴⁹ So ist in einer Entgegnung des Königs Charles I. an das Parlament aus dem Jahr 1642 von der „ancient, equall, happy, well-poised and never-enough commended Constitution of the Government of this Kingdom“ die Rede. Constitution bedarf hier somit noch eines Objekts und beschreibt den Zustand der Ausübung der Herrschaft nach bestimmten Regeln. An einer anderen Stelle im gleichen Dokument steht Constitution bereits alleine, „Constitution of this Kingdom“.⁵⁰ Verfassung

⁴⁵ Ulrich K. Preuss (1994): Der Begriff der Verfassung und ihre Beziehung zur Politik. In: Ders. (Hg.): Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen. Frankfurt am Main: Fischer: S. 11-27, hier S. 12f. Es sei hier etwa auf Thomas Paine verwiesen, der angesichts des „Septennial Act“ aus dem Jahr 1716 bereits 1791 England eine „constitution“ absprach. Vgl. Grimm (1995) (a.a.O.): S. 104. Stourzh diskutiert die Frage, indem er zwischen Fundamentalisierung und Konstitutionalisierung unterscheidet: Stourzh (1989) (a.a.O.): S. 31.

⁴⁶ Preuss (1994) (a.a.O.): S. 14.

⁴⁷ Gerald Stourzh (1974): Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit: Zum Problem der Verfassungswidrigkeit im 18. Jahrhundert. Graz: Styria: S. 7.

⁴⁸ Grimm (1995) (a.a.O.): S. 102f.

⁴⁹ Anhand der Übersetzung von „politeia“ in der damaligen Aristoteles-Rezeption ist zu erkennen, dass „government“ zu dieser Zeit mit „Verfassung“ im heutigen Sinne wiedergegeben werden kann. Gerald Stourzh (1989) (a.a.O.): S. 7ff.

⁵⁰ Charles I. (1642/1965): Answer to the 19 Propositions of Both Houses of Parliament. In: Corinne Comstock Weston: English Constitutional Theory and the House of Lords 1556-1832: S. 263f. Zit. n. Grimm (1995) (a.a.O.): S. 102f.

ist hier, wie es das bisher Gesagte zeigt, als die Gesamtheit der den Zustand des Königreichs prägenden Normen, der Verfassung im modernen Sprachgebrauch bereits sehr ähnlich, von der Schriftlichkeit des Dokuments abgesehen. Der normative Charakter dieser Verwendung rührt von der anderen Wurzel des Begriffs „constitution“ her. In gleicher Weise ist Cromwells „Instrument of Government“ aus dem Jahr 1653 mit Verfassungsurkunde zu übersetzen. „Constitution“ trat demnach ab 1640 in Konkurrenz zu „Government“, ohne diesen Begriff jedoch ganz zu verdrängen.

Andererseits tauchte „Constitution“ in seiner Überlieferung als förmlich erlassenes Gesetz in der Pluralform vor allem während des Bürgerkriegs in Verbindung mit den „fundamental laws“ auf. Im Prozess gegen Charles I. 1649 wird dieser beschuldigt, die „fundamental constitutions“ verletzt zu haben, welche jedoch nicht genannt werden.⁵¹ „Constitutions“ mag in diesem Zusammenhang von der erhöhten Förmlichkeit profitieren.

Bereits 1643 erfolgte in der anonym erschienen Schrift „Touching the Fundamental Laws, or Poltique Constitution of this Kingdom“ eine Subsumption der Grundrechte unter die übergeordnete Einheit der „constitution“. Die beiden Wurzeln des Begriffs sind somit verbunden und der Begriff auf materielles Verfassungsrecht angewandt. Die Überleitung der fundamental laws in einen Kollektivsingular führte ein neues Element in den Begriff ein: jenes der individuellen und kollektiven Rechtssicherung.⁵² Damit war es möglich, den Begriff selbst als eine Limitierung der Herrschermacht einzusetzen. Dennoch dauerte es bis 1688, ehe der Begriff in grundlegenden Staatsakten verwendet wurde: In der Resolution des Konventsparlaments heißt es:

*„that king James the second, having endeavoured to subvert the constitution of the kingdom, by breaking the original contract between king and people; ... having violated the fundamental laws...“*⁵³

Seit der Glorious Revolution war der Begriff der „British constitution“ im Sinne von grundlegenden Regeln der Staatsorganisation Bestandteil des Sprachgebrauchs⁵⁴ und wurde in zahlreichen zeitgenössischen europäischen Werken rezipiert, wobei Montesquieu wohl das bekannteste Beispiel ist. Durch diese Rezeption drang er in den politischen Diskurs der Französischen Revolution ein, von wo aus er sich dann auch auf den deutschen Sprachraum übertrug.

⁵¹ Stourzh (1989) (a.a.O.): S.23.

⁵² Mohnhaupt (1995) (a.a.O.): S.46ff.

⁵³ William Blackstone (1787): Commentaries on the Laws of England.Vol.1. London. Zit. n. Mohnhaupt (1995) (a.a.O.): S.103.

⁵⁴ Grimm (1995) (a.a.O.): S.103.

1.3. Der moderne Verfassungsbegriff: Die amerikanisch-französische Doppelrevolution

Mit der Festlegung von Verfassung als normativem Begriff war einer der beiden entscheidenden Schritte in der Entwicklung des modernen Verfassungsbegriffs getan. Der Vorrang der Verfassung, als das fehlende Element, ist eine Konsequenz aus dem Umstand, dass diese die Staatsgewalt einrichtet, ordnet und begrenzt, sowie deren Aufgaben und Befugnisse regelt.⁵⁵ Dennoch ist der Vorrang der Verfassung, wie oben bereits angedeutet, gegenüber dem common law in England umstritten. Die Unterscheidung zwischen Verfassungsrecht und einfachem Recht im formellen Sinn ist jedoch das zweite Element des modernen juristischen Verfassungsbegriffs.

Als essentielle Voraussetzungen eines Verfassungsvorrangs werden in der Literatur die Zusammenfassung der Verfassungsnormen in einem schriftlichen Dokument, ein besonderer Verfassungsgebungsprozess und ein besonderes Verfassungsänderungsverfahren genannt.⁵⁶ Die Schriftlichkeit der Verfassung ist an sich keine Notwendigkeit, sondern eine Maßnahme, um die Verfassung als höherrangiges Recht anwendbar zu machen. Seit dem Ende des 18. Jahrhunderts ist es üblich geworden, alle einschlägigen Bestimmungen in einer Verfassungsurkunde zu vereinigen. Damit einher geht die Notwendigkeit der Verankerung besonderer Regeln bezüglich der Erzeugung und Abänderbarkeit von Verfassungsbestimmungen.⁵⁷ Das deutsche Grundgesetz etwa hat einen unabänderbaren Verfassungskern. Israel hingegen verfügt wie England nicht über eine Verfassungsurkunde, es gibt aber einige grundlegende Gesetze, die der Knesset nur mit Zweidrittelmehrheit abändern kann, wodurch auch dort Ansätze einer Verfassung im formellen Sinn gegeben sind. Schweigen Verfassungen jedoch über ihre Abänderung oder Ergänzung, so ist die logische Konsequenz, dass kein Unterschied zwischen einfachen Gesetzen und Verfassungsgesetzen besteht, ein Vorrang der Verfassung nicht gegeben ist. Der endgültige, praktisch umgesetzte Durchbruch des Verfassungsvorrangs zeigt sich in der Vorstellung der Verfassungswidrigkeit, wie die nächsten Kapitel zeigen werden.

⁵⁵ Wie es der Schweizer Philosoph Emmerich de Vattel bereits 1758 auf den Punkt brachte: „Enfin, c'est de la constitution que ces législateurs tiennent leur pouvoir, comment pourraient-ils la changer, sans détruire le fondement de leur autorité.“ Zit. n. Stourzh (1974) (a.a.O.): S. 37.

⁵⁶ Siehe dazu u.a. Werner Heun (2003): Die Geburt der Verfassungsgerichtsbarkeit – 200 Jahre Marbury v. Madison. In: Der Staat 42: S. 267-284, insb. S. 276. Ausführlich zu dieser Frage Rainer Wahl (1981): Der Vorrang der Verfassung. In: Der Staat 20: S. 485-516.

⁵⁷ Stourzh (1989) (a.a.O.): S.2f.

Die Idee der geschriebenen Verfassung als höchstes Gesetz wurde zuerst in den Vereinigten Staaten von Amerika umgesetzt. Dennoch war es erst die Französische Revolution, die die Konstitution auch in anderen Staaten zum politischen Thema erhob. Obwohl die zwei Entwicklungen sehr unterschiedlich waren, lassen sich daraus Voraussetzungen für die Entstehung der modernen Verfassung ableiten.

Grimm unterscheidet zwischen generellen und speziellen Voraussetzungen:⁵⁸

Generelle Voraussetzungen waren

1. die Herausbildung eines konstitutionsfähigen Regelungsgegenstandes in Gestalt einer einheitlichen Staatsgewalt und
2. die Positivierung des Rechts, um Ordnungsprobleme entscheidbar zu machen.

Diese beiden Punkte sind Charakteristika des modernen souveränen Staates. Insofern ist dieser eine Entstehungsgrundlage der modernen Verfassung.⁵⁹

Spezielle Voraussetzungen waren

1. eine Bevölkerungsgruppe als Träger der Entwicklung, die ein Interesse an Veränderungen der Herrschaftsstruktur hatte und stark genug war, dieses Interesse durchzusetzen;
2. eine leitende Ordnungsvorstellung: die Trennung von Staat und Gesellschaft;
3. ein revolutionärer Bruch mit der herrschenden Staatsgewalt und die daraus folgende Notwendigkeit, legitime Staatsgewalt neu zu konstituieren.

Diese Voraussetzungen werden durch das Bürgertum, der bürgerlich-liberalen Sozialphilosophie und die bürgerlichen Revolutionen erfüllt.

Die genannten Entstehungsbedingungen der modernen Verfassung sollen nun erläutert und anhand dieser erklärt werden, warum es zum amerikanischen und französischen Konstitutionalismus mit dem Anspruch auf die „Unterwerfung“ des Staates unter die Verfassung, kam.

1.3.1. Der moderne Staat als Voraussetzung

Die Bildung moderner souveräner Staaten wurde, wie oben bereits angesprochen, auf dem europäischen Kontinent durch den Absolutismus ausgelöst: Verstreute Hoheitsrechte wurden mit der Entmachtung der Stände im absolutistischen System

⁵⁸ Grimm (1991) (a.a.O.): S.48f.

⁵⁹ Im zweiten Teil wird sich zeigen, dass der Staat nur als Deckbegriff für die Voraussetzung der Ausdifferenzierung des funktional-differenzierten Systems der Politik, nämlich die Loslösung politischer Macht vom Adel, ist.

zusammengefasst und zu einer umfassenden Staatsgewalt verdichtet, welche im Beamtentum seine Machtbasis hatte. Entgegen dem Feudalismus zog der Fürst die Gesetzgebungsmacht an sich, was ihren schärfsten Ausdruck in der Lehre der Souveränität fand.⁶⁰ War das Recht im Mittelalter hauptsächlich Gewohnheitsrecht, begannen die absolutistischen Fürsten selbst aktiv das Recht zu gestalten. Ab der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts kam es unter dem Einfluss des rationalistischen Naturrechtsdenkens zu umfangreichen Kodifikationen, die die Staatseinheit fördern sollten. Erst durch die Idee, mit Hilfe von Gesetzen aktiv zu gestalten, konnte Verfassung als „planmäßige Festsetzung der Legitimationsbedingungen von Herrschaft“⁶¹ überhaupt greifen, wodurch die erste generelle Voraussetzung geklärt ist.

Die zweite generelle Voraussetzung betrifft den Regelungsgegenstand: Die verstreuten Herrschaftsrechte des Mittelalters konnten nicht Ansatzpunkt für ein einheitlich auf die Ausübung und Einrichtung von Herrschaft bezogenes Regelungswerk sein. Erst eine souveräne Zentralregierung war „konstitutionsfähig“.

In Frankreich ist die Nichteinberufung der Ständeversammlung Zeichen der absoluten Herrschaft des Königs und der Schaffung einer Zentralregierung. Auch in England konnte der Begriff der „constitution“ erst nach dem Ende der Machtkämpfe, wodurch die einheitliche Staatsgewalt gesichert war, greifen.⁶² Die englischen Siedler bauten auf dieser Geschichte auf. Sie brachten die englische „constitution“, englische Institutionen und die englische Rechtstradition mit, wozu auch der Widerstand gegen Regierungswillkür und die rule of law gehörte. Diese spezifische Rechtstradition führte letztlich zur Unabhängigkeitserklärung.⁶³

1.3.2. Das neuzeitliche Bürgertum als Voraussetzung

1.3.2.1. Das neuzeitliche Bürgertum als Träger der Entwicklung

Der moderne Fürstenstaat hatte zwar wesentliche Voraussetzungen für die moderne Verfassung geschaffen, doch selbst hatte der Fürst kein Interesse an einer solchen, hätte er dadurch ja seine Existenzberechtigung als originär legitimierter Herrscher geleugnet. Auch Klerus und Adel als bevorrechtigte Stände waren hiervon auszuschließen und kamen als Träger der Entwicklung nicht in Frage. Diese wollten

⁶⁰ Carl J. Friedrich (1953): Der Verfassungsstaat der Neuzeit. Berlin: Springer: S. 17.

⁶¹ Grimm (1991) (a.a.O.): S. 37f.

⁶² Friedrich (1953) (a.a.O.): S. 8f.

⁶³ Louis Henkin (1994): Revolutionen und Verfassungen. In: Ulrich K. Preuß (Hg.): Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen. Frankfurt am Main: Fischer: S. 213-248, hier S. 218.

zurück in die älteren Formen des ständischen Dualismus, wie die Diskussion im Zusammenhang mit der Einberufung der Stände 1787 in Frankreich verdeutlichte.⁶⁴

Als sozialer Träger der Entwicklung, die erste spezielle Voraussetzung, bleibt nur der Dritte Stand. Der Dritte Stand jedoch war in sich nur durch den Ausschluss von den Privilegien der oberen Stände geeint, wodurch die Haltung zu einer Verfassung in dieser Gruppe sehr unterschiedlich war. Einerseits wurde eine mögliche Systemänderung positiv gesehen, so fürchtete etwa das traditionelle Bürgertum um mögliche Privilegien, andererseits ignoriert, wie zum Großteil von den Bauern und den ärmsten Bevölkerungsschichten. Zwischen diesen beiden stand das aufstrebende Bildungs- und Besitzbürgertum, welches sich der Diskrepanz zwischen sozialer Bedeutung und rechtlich-politischer Stellung bewusst war und diesem Umstand in der philosophischen und ökonomischen Literatur Ausdruck verlieh. Als den Reformforderungen vom Monarchen nicht entsprochen wurde, wurde die naturrechtliche Lehre vom Staatsvertrag, der ursprünglich, etwa bei Hobbes, die unbeschränkte Staatsmacht rechtfertigte, geändert: Die ursprünglich an den Staat abgetretenen natürlichen Rechte sollten nun vor diesem und durch diesen geschützt werden, womit der Inhalt der späteren Verfassungen bereits vorweggenommen wurde. Die Stärke des neuzeitlichen Bürgertums, ihre Interessen durchzusetzen, rührt aus ihrer sozialen Bedeutung für das Gemeinwesen.

Im Gegensatz zur geschilderten französischen Revolution, waren die englischen Kolonien ständelos. Die Siedler waren nicht nur politisch frei, sondern zu einem guten Teil wirtschaftlich unabhängig. Auch existierte politisches Bewusstsein über die staatlichen Übergriffe aus London. Die Situationen sind daher vergleichbar.⁶⁵

1.3.2.2. Das bürgerliche Sozialmodell als Inhalt

Nachdem die Träger der Entwicklung und ihre Motive konkretisiert sind, stellt sich nun die Frage nach dem Inhalt des neuen Regelwerks. Anders ausgedrückt, muss folgendes Problem als zweite spezielle Voraussetzung geklärt werden: Wie sollen die Vorstellungen von Freiheit und Eigentum verwirklicht werden?

In der bürgerlichen Ordnungsvorstellung offenbart sich der starke Einfluss des Liberalismus, weshalb heute von der liberal-demokratischen Verfassungsfamilie die Rede ist. Diesem Sozialmodell liegt die Prämisse zugrunde, dass die Gesellschaft über Selbststeuerungsmechanismen verfüge, welche, wenn sie nicht behindert werden, automatisch zu Wohlstand und Gerechtigkeit führten. Die autonomen gesellschaftlichen Subsysteme, frei von politischer Lenkung, sollten sich nach ihren eigenen

⁶⁴ Grimm (1991) (a.a.O.): S. 38ff.

⁶⁵ Grimm (1991) (a.a.O.): S. 53.

Rationalitätskriterien entfalten. Im Mittelpunkt dieses Modells steht die gleiche individuelle Freiheit, welche durch die „Trennung von Staat und Gesellschaft“ gesichert sein soll, wobei der Staat grundsätzlich begrenzt und die Gesellschaft grundsätzlich frei ist.⁶⁶

Eine Trennung bedeutet aber nicht die Herbeiführung einer Beziehungslosigkeit, sondern deren Neufassung. Das Monopol legitimer Gewaltanwendung musste mit der gesellschaftlichen Autonomie vereinbart werden. Dieses Problem wurde in der modernen Verfassung gelöst: „a constitution is that which results from an effort to constitute“.⁶⁷ So soll die Verfassung als eine Einheit formal anzuwendender, konkretisierter Rechtsnormen den Staat im Interesse gesellschaftlicher Autonomie und individueller Freiheit begrenzen, wodurch der „Rechtsstaat“ geschaffen wird: Außerhalb der Verfassung gibt es keine Rechtstitel, die zu rechtmäßigem Handeln staatlicher Organe ermächtigen können. Die Staatsgewalt kann nur auf Grund des Rechts und im Sinne des Rechtes ausgeübt werden. Die ersten Verfassungen dienten somit der Abwehr von Übergriffen des Staates auf „die Gesellschaft“, die Verfassung kann den Staat aber auch in den Dienst der gesellschaftlichen Motive stellen, wie es zunehmend im 20. Jahrhundert geschah.

Der Konstitutionalismus als politische Theorie, die den Rechtsstaat zur Sicherung der Freiheiten und materiellen Errungenschaften des Bürgertums zum Inhalt hat,⁶⁸ kann demnach als die Antwort auf zwei Gegebenheiten der Neuzeit definiert werden: einerseits auf den monistisch souveränen Staat und andererseits auf die Idee der natürlichen Freiheit des Individuums, das seine Verpflichtungen gemäß seinen Interessen frei eingeht.⁶⁹

1.3.2.3. Die bürgerliche Revolution als Durchsetzung

Mit der modernen Verfassung ist somit ein präzises Programm verbunden, welches letztlich mit der Revolution durchgesetzt wurde, womit die letzte Voraussetzung thematisiert wird. Der überkommenen Staatsgewalt wird dabei die Legitimation entzogen, wodurch neue, legitime Herrschaft konstituiert werden muss. Bereits am Beispiel der Verfassung Cromwells ist dieser Zusammenhang zu erkennen.

⁶⁶ Grimm (1991) (a.a.O.): S. 46. Hier sei jedoch auf die Unterscheidung zwischen dem dezisionistischen (Freiheit durch den Staat) und dem normativen Verfassungsverständnis (Gesellschaft als der Raum der Freiheit) hingewiesen, welche jedoch als antagonistische Elemente mit unterschiedlichem Gewicht in den verschiedenen Verfassungen konkretisiert werden. Siehe Peter Perenthaler (2002) (a.a.O.): S. 637f.

⁶⁷ Stephen L. Elkin (1993): Constitutionalism: Old and New. In: Stephen L. Elkin / Karol Edward Sołtan (Hg.): A new constitutionalism: Designing political institutions for a good society. Chicago: The University of Chicago Press: S. 20-37, hier S. 32.

⁶⁸ Perenthaler (2002) (a.a.O.): S. 634.

⁶⁹ Preuss (1999²) (a.a.O.): S. 13.

Die Vereinigten Staaten von Amerika

Die englischen Kolonien in Nordamerika hatten die freiheitliche Sozialordnung bereits zu einem großen Teil verwirklicht, es sei hier etwa als frühes Beispiel auf den berühmten Vertrag der pilgrim fathers im Jahr 1620 hingewiesen, verwirklicht, welche nun gemäß dem Ordnungsmodell gegen staatliche Eingriffe geschützt werden sollte. Als solch ein Übergriff wurde die Auferlegung von Sondersteuern nach dem Siebenjährigen Krieg empfunden. Gemäß der englischen Rechtsüberzeugung „no taxation without representation“ sahen sich die Siedler in ihren Rechten verletzt und vom Parlament übergangen. Sie betrachteten die Kolonien zwar als mit der Krone verbunden, jedoch nicht als Teil des Mutterlandes, sondern als eigenständige Regionen, denn sie waren auch nicht im Parlament, das der „constitution“ zu Grunde lag, vertreten. Insofern sollten die Steuern auch nicht vom Parlament in London auferlegt werden. Der rechtliche Rahmen der 13 Kolonien, die unterschiedliche Rechtsstellungen aufwiesen,⁷⁰ war in Grundordnungen festgehalten, die Teil des englischen Rechts und somit unterhalb der englischen „Verfassung“ standen. Durch die Entfernung zwischen den Kolonien und dem Mutterland ließen diese Vorformen der Verfassung die Vorstellung eines Vertrages der Bürger eher zu als in Europa, wobei diese Vorstellung immer stärker wurde.⁷¹ Überall standen den Gouverneuren ein Rat und eine gesetzgebende Versammlung zur Seite, die im Rahmen des englischen Rechts Gesetze erließ und ein Besteuerungsrecht ausübte.⁷² Diese Colonial Charters, welche die (englischen) „fundamentals“ festlegten, etwa der „Body of Liberties“ in Massachusetts oder die „Fundamental orders of Connecticut“, bestanden seit dem 17. Jahrhundert und wurden schon um die Mitte des 18. Jahrhunderts als „constitutions“ bezeichnet.⁷³ Mit diesen lagen erstmals in schriftlicher und geschlossener Form Grundgesetze vor. Es ist hier anzumerken, dass diese Grundordnungen teilweise Cromwells „Instrument of Government“ zuvorkamen und eine Verbindung zu den englischen Entwicklungen zu Cromwells Zeiten hergestellt werden kann.⁷⁴

Als die Streitigkeiten mit dem Mutterland ab 1764 und dessen Weigerung, dieses Verfassungsverständnis zu akzeptieren, 1776 zum revolutionären Bruch führten, stand

⁷⁰ nämlich acht königliche Kolonien, drei Eigentümer-Kolonien und zwei sich selbst regierende Charter-Kolonien

⁷¹Christian Starck (1986): Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit. In: Christian Starck / Albrecht Weber (Hg.): Verfassung

fassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa. Baden-Baden: Nomos: S. 12-39, hier S. 21.

⁷² Fenske (2001) (a.a.O.): S. 87.

⁷³ Stourzh (1989) (a.a.O.): S. 26ff.

⁷⁴ Die „Fundamental orders of Connecticut“ aus dem Jahr 1639 werden auch als die erste und eigenständige Verfassung geschriebener Herkunft gesehen. Siehe dazu Hermann Eichler (1988): Verfassungswandel in England. Ein Beitrag zur europäischen Rechtsgeschichte des 17. und 18. Jahrhunderts. Berlin: Duncker u. Humblot: S. 38ff, insb. S. 42.

die Anknüpfung an die koloniale Tradition, Befugnisse und Grenzen der einheimischen Staatsgewalt für diese bindend in einer Urkunde festzulegen, außer Frage.⁷⁵ So wurden etwa in Connecticut und Rhode Island die bereits vorhandenen Grundordnungen ohne die Königsartikel als neue Verfassung proklamiert. In den anderen Staaten kam es in den Jahren 1775 bis 1780 zur Bildung neuer Regeln über die Organisation der obersten Staatsorgane sowie zur Formulierung von Menschenrechtserklärungen, die teils außerhalb, teils in der Verfassungsurkunde standen. Diese sind zum Teil noch heute in Geltung. Inhaltlich wurde dabei nicht sehr vom englischen Rechtszustand abgewichen, funktional ergab sich ob der Abwesenheit und der Erfahrungen mit dem englischen Parlament die notwendige Änderung, nicht nur die Exekutive, sondern auch die gesetzgebende Gewalt der Autorität der „written constitution“ zu unterwerfen.⁷⁶ Auch wurden die Rechte nicht als vom Parlament durch Gesetze gewährt oder zugestanden angesehen, sondern, nach der Vorstellung der religiösen Nonkonformisten, als natürlich und angeboren. Das resultierte aus der Sichtweise der Rechte des Einzelnen.⁷⁷

Der naturrechtlichen Vertragslehre folgend, wurde die Verfassung als Auftragsangelegenheit des ganzen Volkes verstanden und nach liberalen Maßstäben eine Demokratie errichtet. So lauten auch die Worte der Präambel der Bundesverfassung von 1787: „We the People of the United States ... do ordain and establish this Constitution for the United States of America.“ Diese erste praktische Umsetzung des Prinzips der Volkssouveränität zeigt sich auch in der Ausübung der konstituierenden Gewalt des Volkes durch eigene Verfassungskonvente und in der Ratifikation der Bundesverfassung durch eigens gewählte Versammlungen in den Einzelstaaten, womit auch die Distanz zwischen Verfassung und einfachem Gesetz, i.e. der Verfassungsvorrang deutlich wird.⁷⁸ Dies umso mehr, als in diesen ersten Verfassungen der amerikanischen Einzelstaaten Mechanismen zur Verfassungsänderung geschaffen wurden, womit die „amending power“ als konstituierende Gewalt gewissermaßen institutionalisiert wurde.⁷⁹

Damit lagen erstmals moderne, demokratische Verfassungen vor.

Frankreich

In Frankreich verlief der Weg vom revolutionären Bruch zur ersten Verfassung, genauer gesagt ihren ersten Verfassungen, nicht so geradlinig wie in der amerikanischen Revolution. Obwohl die französische Nationalversammlung bereits auf die

⁷⁵ Grimm (1995) (a.a.O.): S. 104.

⁷⁶ Stourzh (1989) (a.a.O.): S. 33f.

⁷⁷ Henkin (1994) (a.a.O.): S. 219f.

⁷⁸ Wahl (1981) (a.a.O.): S. 489.

⁷⁹ Stourzh (1974) (a.a.O.): S. 9.

amerikanischen Vorbilder zurückgreifen konnte, war ihr Ziel die Veränderung der „Gesellschaftsordnung“, welche in Amerika gleich blieb. Trotzdem versuchte der Dritte Stand zuerst innerhalb des überkommenen Herrschaftssystems die Änderung durchzuführen. Diese „restauration nationale“, welche zwar viele konstitutionelle Forderungen, aber keine Forderung nach einer modernen Konstitution enthielt, scheiterte: Anfang August 1789 verwehrte der König grundsätzliche Reformbeschlüsse, welche die Standesunterschiede, die Privilegien, das Feudalsystem und die Zunftordnung abschaffen sollten.⁸⁰ Daraufhin stand die Notwendigkeit zur völligen Neukonstituierung der Herrschaft fest. Der Dritte Stand identifizierte sich mit der Nation, der politischen Einheit Frankreichs, im Sinne einer unter gemeinsamer Regierung innerhalb territorialer Grenzen lebenden Bevölkerung, und sprach dem Volk die Souveränität zu. Vor der Revolution hatte die französische Monarchie beansprucht, Nation zu sein und diese durch unitarisch-etatistische Repräsentation hergestellt zu haben.⁸¹

Im Gegensatz zu den Vorgängen in den amerikanischen Kolonien wurde somit nicht die vorhandene Bevölkerung durch die Verfassung in eine „politische Einheit“ umgeformt, sondern die politische Einheit war präexistent. Die Verfassung sollte ihr nur ein neues Regierungssystem und institutionelle Ausdrucksformen geben.⁸² Gemäß der Definition eines Abgeordneten während der Revolution wäre unter der „constitution“ nichts anderes zu verstehen „qu’un ordre fixe et établi dans la manière de gouverner“.⁸³ Weder die Verfassung 1791 noch eine der folgenden 14 Verfassungen erschufen die Nation, sie gaben ihr nur eine andere politische Form, sie begründeten die staatliche Gewalt, welche ob der instabilen Systeme der folgenden Jahrzehnte oft angepasst werden musste. Dieser Umstand zeigt sich auch daran, dass nach 1793 keine Rechteerklärungen mehr in die französische Verfassung aufgenommen wurden. Die „Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen“ vom 26. August 1789, welche heute noch als Bestandteil jeder Verfassung gesehen wird, soll demgegenüber die neue „Gesellschaftsordnung“ festlegen. Artikel 16 gibt Auskunft darüber, wie diese gesichert werden sollen, nämlich durch die Grundrechte und die Gewaltenteilung, den zwei Grundsäulen der Rechtsstaatlichkeit:

« Toute société, dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation de pouvoirs déterminée, n’a point de constitution. »

Diese Bestimmung, obwohl im Grunde nach keine Verfassungsbestimmung, jedoch mit der gleichen Intention, nämlich die Festlegung der gesellschaftlichen Ordnung, zeigt

⁸⁰ Grimm (1991) (a.a.O.): S. 50.

⁸¹ Ulrich K. Preuss (1994): Der Begriff der Verfassung. In: Ulrich K. Preuss (Hg.): Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen. Frankfurt am Main: Fischer: S. 7-33, hier S. 21ff.

⁸² Ebd.

⁸³ Jean-Joseph Mounier (1789): Rede vom 9.7.1789. Zit.n. Grimm (1995) (a.a.O.): S. 106.

deutlich die liberale Haltung der Verfasser, ist jedoch zugleich die prägnanteste Formulierung des Inhalts der modernen Verfassung.⁸⁴ Jedoch beschränkte sich, wie gezeigt wurde, die moderne Verfassung in keinem der dargestellten Ursprungsländer auf die Idee der Begrenzung der Staatsmacht, sondern sie gestaltet die Beziehungen zwischen Staat und Staatsbürgern gemäß den Motiven der Revolutionsträger. Dementsprechend kommt auch der Verfassung in den verschiedenen Staaten eine unterschiedliche Rolle zu und es kommen unterschiedliche Souveränitäts-, Legitimations- und Identitätsvorstellungen darin zum Ausdruck, was sich auch in der Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit niederschlägt.

1.4. Formen, Verbreitung und Demokratisierung der modernen Verfassung

1.4.1. Formen der modernen Verfassung

Die drei hier dargestellten Verfassungsentwicklungen stellen zugleich die drei vorherrschenden Varianten des modernen Konstitutionalismus dar: Das historisch-evolutionäre Konzept Großbritanniens, die französische rational-voluntaristische Tradition und das amerikanische rational-juristische Verständnis.⁸⁵

Im englischen Verfassungskonzept stehen die Institutionen im Mittelpunkt, welche ihre Legitimation durch geschichtliche Vernunft und langlebige Tradition erhielten. Die Souveränität des Parlaments ist dabei an die rule of law gebunden: Das Parlament kann die ihm zukommende oberste Gewalt nur in der Form des Gesetzes ausüben. Dennoch sind die Institutionen gewissermaßen mit der Verfassung gleichzusetzen: Die Verfassung, wird sie im britischen Fall bejaht, ist somit eines genuin politischen Charakters, welche ihre normative Kraft aus der Normativierung des Faktischen erhält. Ein Vorrang gegenüber dem Parlament ist seit jeher ein Streitpunkt in der wissenschaftlichen Debatte.⁸⁶

Im Gegensatz dazu konnte sich das französische Modell nicht auf die Institutionen des Staates stützen: Diese wurden in der Revolution vernichtet, die Souveränität der Nation zugesprochen. Das Volk als präexistente politische Einheit Nation, die ungebundene pouvoir constituent, steht somit außerhalb der Verfassung, welche mit

⁸⁴ Stourzh (1989) (a.a.O.): S. 34.

⁸⁵ Hans Vorländer (2007): Europas multiple Konstitutionalismen. In: Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften 5, Heft 2: S. 160-180, insb. S. 166f.

⁸⁶ Preuss (1994) (a.a.O.): S. 13f.

einem vornehmlich instrumentellen Charakter die institutionelle und prozedurale Ordnung gestaltet. Dieser Umstand zeigt sich darin, dass Frankreich in den letzten zweihundert Jahren die meisten Verfassungen und gleichzeitig die meisten Regierungssysteme, wobei gleichzeitig nur 1789 eine Menschenrechtserklärung, welche die Souveränität dem Volk gewissermaßen zusichert, erlassen wurde. Die Betonung der Volkssouveränität hat jedoch Folgen für die Verfassung selbst, da sie vom Volk jederzeit geändert werden kann und hinter dieses gewissermaßen zurücktritt. Im rational-voluntaristischen geht somit die Verfassung auf einen Willensakt der verfassungsgebenden Gewalt zurück, sie ist bewusst entworfen und in Kraft gesetzt.

Auch die amerikanische Entwicklung brach mit den Institutionen der britischen Kolonialmacht, aber es musste die politische Einheit erst gebildet werden: Weder dem Parlament noch dem Volk wurde dabei die Souveränität zugesprochen, sondern, vereinfacht ausgedrückt, der Verfassung selbst. Das Recht fungiert in diesem Einwanderungsstaat als Integrationsmechanismus. Diese besondere Rolle der Verfassung zeigt sich auch in der ob ihren strikten Änderungsregeln geringen Anzahl (derzeit 27) von Novellen. Anders als durch den kollektiven Gesamtakt im rational-voluntaristischen Verfassungsmodell entsteht die Verfassung in der rational-juristischen Tradition als eine Vertragsbeziehung der Vielen untereinander, welche die Absichten und Vorstellungen der Vertragspartner genau regelt.⁸⁷

1.4.2. Verbreitung und Demokratisierung der modernen Verfassung

Während das rational-voluntaristische Verfassungsparadigma in Europa während der Gründungen der Nationalstaaten des 19. und frühen 20. Jahrhunderts vorherrschend war, war die amerikanische Verfassungsauslegung vor allem nach dem Zweiten Weltkrieg von modellbildender Kraft: Die Umbrüche und Transformationen nach dem Ende der faschistischen Regime und Diktaturen machten eine neue rechtliche Rahmenordnung mit neuen politischen Institutionen und Prozeduren notwendig.

Trotz der verschiedenartigen Verfassungsinhalte und Regelungsgegenstände, werden in den Verfassungen stets drei Hauptthemen behandelt: Menschenrechte zur Begrenzung der politischen Gestaltung, der Mechanismus des Regierungssystems und Verfahren der Verfassungsänderung. Es gibt zwei Formen von Staaten mit Verfassungen: Die ältere ist die konstitutionelle Monarchie. Die jüngere Ausprägung ist die demokratische Republik, wobei hier zwischen parlamentarischen Verfassungen und

⁸⁷ Ebd.: S. 17ff.

Präsidialverfassungen unterschieden werden kann. Der entscheidende Unterschied dabei ist das herrschaftsbegründende Element, somit die Art der Verwirklichung der Volkssouveränität.

Bereits vor Abschluss der ersten französischen Verfassung erhielt Polen eine Verfassung, die ob ihrer fehlenden Basis in der bürgerlichen Freiheit eine verkürzte Nachahmung der amerikanischen Verfassung und französischen Bestrebungen darstellte.⁸⁸

Zwei Faktoren bestimmten die Verbreitung der Verfassung im 19. Jahrhundert: Das Aufkommen des Nationalismus und die Industrialisierung.

Angesichts der Napoleonischen Kriege begannen die Untertanen in den gegnerischen Staaten das in Frankreich entwickelte Konzept der Nation, mit der gemeinsamen Sprache und der einheitlichen Kultur als Fundament, anzunehmen. Aus dem Untertanenverband wurden Nationen geformt. Die personengebundene Loyalität dem Herrscher gegenüber wich der Loyalität gegenüber der nationalen Gemeinschaft. Auch wurde die Idee der Verfassung im Gefolge der französischen Heere über Italien, die Schweiz, Holland, Deutschland und Spanien verbreitet.

Zeitgleich stärkte und vergrößerte die Industrialisierung das Bürgertum, welches der Forderung nach Freiheit und politischer Mitbestimmung stellvertretend für die Nation in dem Ruf nach einer konstitutionellen Regierung Ausdruck verlieh, wie oben dargestellt.⁸⁹ Mit dem Ende der napoleonischen Hegemonie verschwand die Idee der Verfassungen somit nicht, der Konstitutionalismus blieb als innenpolitisches Thema in Europa bestehen und hatte seinen Höhepunkt in den Revolutionen 1848, welche zu einer Welle von Verfassungsgebungen führten.

Um den politischen Forderungen zu begegnen und dadurch mögliche Revolutionen abzuwehren, gewährten Monarchen im Interesse dynastischer Selbsterhaltung auch Verfassungen, wie etwa die Februarpatente 1861 und die Grundgesetze 1867 in der Habsburgermonarchie, oder es wurde ein Verfassungsvertrag zwischen dem Monarch und dem Volk geschaffen. Die Funktion dieser „Verfassungen“ in den konstitutionellen Monarchien war dabei die Beschränkung der monarchischen Machtvollkommenheit, jedoch, im Gegensatz zur modernen Verfassung, nicht die Herrschaftsbegründung. Der Träger der Staatsgewalt blieb weiterhin der Monarch.⁹⁰ Umfassender Regelungsanspruch, einseitig nicht mehr auflösbare Bindungswirkung und Universalität ihrer Normen relativierten in der Praxis jedoch diesen Mangel und sie wurden als konstitutionelle

⁸⁸ Grimm (1991) (a.a.O.): S. 58.

⁸⁹ Friedrich (1953) (a.a.O.): S.32.

⁹⁰ Böckenförde (1992²) (a.a.O.): S. 33f.

Monarchien angesehen.⁹¹ Die Mehrheit der zu Beginn des 20. Jahrhunderts unabhängigen Staaten war dieser dualistischen Struktur zuzurechnen, wobei ein unterschiedliches Maß an Demokratisierung gegeben war.

Der Übergang der Souveränität vom Monarchen auf das Volk, wie er in den Vereinigten Staaten das erste Mal vorgenommen wurde, ist der entscheidende Maßstab der Demokratisierung. Damit wurde die Verfassung als herrschaftsbegründendes Normativum vom Volk erstellt. Derart konstituierte Staaten gab es vor dem Ersten Weltkrieg nur wenige: Allen voran die Vereinigten Staaten von Amerika; Kanada, Neufundland, Neuseeland, Australien und die Südafrikanische Union folgten im 19. Jahrhundert; in Europa sind die Schweiz, Frankreich, Norwegen und ab 1911 auch Schweden zu nennen. Hier muss jedoch relativiert werden: Auch diese Demokratien schlossen große Gruppen der Bevölkerung aus dem politischen Leben aus. Eine gleichberechtigte Teilnahme am politischen Leben aller Klassen, von Männern und Frauen, ohne rassistische und religiöse Diskriminierungen konnte sich im 19. Jahrhundert nur langsam ausbreiten. Es sind vor allem die Präsidentschaft Jacksons, die englischen Reformgesetze von 1832, die Revolution von 1848 in Frankreich und der amerikanische Bürgerkrieg als Etappen in der Demokratisierung des Konstitutionalismus im 19. Jahrhundert zu nennen.⁹²

Im Gefolge des Ersten Weltkriegs nahm die Zahl der Verfassungsstaaten zu: Es kam zur Errichtung von demokratischen Nationalstaaten mit eigenen Verfassungen unter dem „Selbstbestimmungsrecht der Völker“, welches maßgeblich von der Siegermacht, gefördert wurde. Vielerorts führte dieser Weg jedoch bald zu autoritären oder totalitären Strukturen. Den Mängeln dieser ersten nationalstaatlichen Verfassungen versuchte man nach dem zweiten Weltkrieg mit einem stabileren Institutionensystem und vermehrten rechtsstaatlichen Verbürgungen zu begegnen.

Weitere Wellen von Verfassungsgebungen entstanden nach der Befreiung asiatischer und afrikanischer Staaten aus der Kolonialherrschaft sowie dem Ende der südeuropäischen Diktaturen Mitte der siebziger Jahre und nach dem Zerfall der Sowjetunion.⁹³ Während erstere oftmals rasch im Chaos versanken und die Verfassung nicht ihre Funktion erfüllen konnte, konnten sich in den ehemaligen sozialistischen Ländern nach einer Phase der Konsolidierung stabile politische Systeme entwickeln.

⁹¹ Grimm (1991) (a.a.O.): S.60f.

⁹² Friedrich (1953) (a.a.O.): S.33ff.

⁹³ Jon Elster (1994): Die Schaffung von Verfassungen: Analyse der allgemeinen Grundlagen. In: Ulrich K. Preuß (Hg.): Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen. Frankfurt am Main: Fischer: S. 37-57.

In nahezu allen dieser neuen europäischen Demokratien wurde zur Sicherung des Vorrangs der Verfassung ein unabhängiger Verfassungsgerichtshof eingerichtet. Warum die Gerichte zur Sicherung des Verfassungsvorrangs berufen wurden, soll nun im nächsten Kapitel erörtert werden.

2. Kapitel: Verfassungsgerichtsbarkeit

Die Idee höheren Rechts war seit jeher von der Frage nach der Sicherung dieses Rechts begleitet. Diente diesem Zweck zur Epoche der Herrschaftsverträge und leges fundamentales das ständische Widerstandsrecht, wurde mit dem Übergang von den dualistischen Ständesystemen zu monistischen Staaten und später mit der Positivierung des höheren Rechts in den Verfassungsdokumenten eine neue Entwicklung in Gang gesetzt, an deren Ende die Verfassungsgerichtsbarkeit steht. Die Durchsetzung des Vorrangs der Verfassung war also nicht zufällig von der Durchsetzung der Verfassungsgerichtsbarkeit begleitet.⁹⁴

Die Verfassungsgerichtsbarkeit als Normenkontrolle ist somit die Synthese aus drei verschiedenen Konzepten:⁹⁵ Der Vorrang von bestimmten höheren Rechtsprinzipien, der Positivierung des Verfassungsrechts und die Verwendung der Judikatur als Instrument zur Sicherung des Vorrangs der Verfassung. Während die Entwicklung des Verfassungsvorrangs und der schriftlichen Verfassungsdokumente Thema des vorhergehenden Kapitels waren, soll nun der Weg der Betrauung der Gerichte mit der Aufgabe, den Rang der höheren Normen zu sichern bis hin zum eigenständigen Verfassungsgerichtshof im zentralisierten Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit skizziert werden. Dazu sollen das Widerstandsrecht, welches von theoretischer Bedeutung ist, und die Entwicklung der Gewaltenteilung, die eine Grundlage für die Normenkontrolle durch Gerichte ist, als Vorläufer und Grundlagen (1) skizziert werden. Danach wird (2) die Entwicklung der dezentralisierten Normenkontrolle mit ihren historischen Begründungen und Rechtsargumenten konkretisiert und (3) dieser die Entwicklung der zentralisierten Normenkontrolle gegenübergestellt wird. Schließlich wird (4) die Verbreitung und die Gesetzes- und Wirkungslage für die Verfassungsgerichtsbarkeit in den zwei prominenten Modellen der Vereinigten Staaten und Österreichs erörtert.

⁹⁴ Dies wird auch ein besonderes Argument in der systemtheoretischen Betrachtung sein.

⁹⁵ Mauro Cappelletti (1971): *Judicial Review in the Contemporary World*. Indianapolis: Bobbs-Merill: S. 41f. Cappelletti spricht von einer Abfolge von "natural justice", "positive or legal justice" und „constitutional justice as a synthesis of 3 separate concepts: supremacy of certain higher principles, need to put even the higher law in written form, and employment of the judiciary as a tool for enforcing the constitution against ordinary legislation.“

2.1. Grundlagen der Normenkontrolle

2.1.1. Widerstandsrecht als Grundlage

Als die Nichteinberufung des Parlaments und die Rekatholisierungspolitik James II. zur oben besprochenen Glorious Revolution führte, legitimierte das Convention Parliament seine Akte in einer EntschlieÙung, die die „Abdankung“ Jakobs II. und die Vakanz des Thrones feststellte, damit, dass dieser versucht habe „to subvert the constitution of his kingdom by breaking the original contract between king and people“.⁹⁶ Auch wenn die Wortwahl modern war, worin sich bereits das Übergangsstadium zwischen Ständestaat und modernem Verfassungsstaat manifestiert, handelte es sich dabei um einen klassischen Anwendungsfall des ständischen Widerstandsrecht: Dem König wird der Bruch des Urvertrags zwischen König und Volk vorgeworfen.⁹⁷

Das Widerstandsrecht wurde bereits in der scholastischen Staatsphilosophie erörtert und gegen einen illegitimen Herrscher als erlaubt angesehen, jedoch nicht gegen einen tyrannischen legitimen Herrscher. In der Neuzeit wurden diese Überlegungen erweitert: Aus der naturrechtlichen Vorstellung der mutua obligatio oder mutua pactio der Herrschaftsverträge bzw. Fundamentalgesetze, einer wechselseitigen Verbindung zwischen Herrscher und Volk, wird, unterstützt durch die biblische Vertragslehre und deren Bild des Bandes zwischen König und Gott bzw. Volk und Gott,⁹⁸ bei Vertragsverletzung eine Aufkündigung des Vertrages und somit ein Widerstandsrecht und eine Widerstandspflicht (ausschließlich) der Stände als Vertreter des Volkes abgeleitet. Der Staatszweck und die Bindung der Herrscher an das höhere Recht stellten somit die Grenzen für die Loyalität der Untertanen dar.⁹⁹

In der Praxis wurde das Widerstandsrecht jedoch vor zwei große Probleme gestellt: Einerseits konnte oft nur schwer festgestellt werden, ob diese Grenzen überschritten wurden. Dadurch wurde nur in Extremfällen der Usurpation oder tyrannischen Herrschaft das Widerstandsrecht als zulässig angesehen.¹⁰⁰ Auch für die Beilegung von Streitigkeiten eingerichtete Schiedsinstanzen und Gerichte, wie etwa das Reichskammergericht im Ständestaat des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation blieben somit bedeutungslos, nicht zuletzt weil es ihren Richtern an Unabhängigkeit

⁹⁶ William Blackstone (1787): Commentaries on the Laws of England.Vol.1. London. Zit. n. Mohnhaupt (1995) (a.a.O.): S.103.

⁹⁷ Stourzh (1974) (a.a.O.): S. 8f.

⁹⁸ Oestreich (1980) (a.a.O.) : S. 231.

⁹⁹ Starck (1986) (a.a.O.): S. 27.

¹⁰⁰ Ebd.

mangelte.¹⁰¹ Andererseits war unklar, was geschehen sollte, wenn die Stände selbst, die sich als Repräsentanten des Volkes verstanden, die Verfassung verletzen. Diese Schwäche des Widerstandsrechtes zeigte sich insbesondere in der Affäre um die Selbstverlängerung des House of Commons im Septennatsgesetz 1716.¹⁰² Auch hier war der Eindruck des Verfassungsbruches weit verbreitet, im Ober- und im Unterhaus protestierten Mitglieder, unter anderem mit der Argumentation, dass mit diesem Gesetz das Treuhandverhältnis mit dem Volk gebrochen und eine neue Verfassung errichtet würde. Noch fehlte es den Gegnern am Wort, jedoch griffen protestierende Stimmen bereits die Idee der Verfassungswidrigkeit dieses Gesetzes auf- und stützten sich dabei auf den Gedanken der Nichtigkeit eines Gesetzes, nämlich auf das unten näher zu erörterte Urteil Cokes im Bonham's Case.

Angesichts dieser Schwierigkeiten in der Anwendung des Widerstandsrechts, war es eine logische Konsequenz, die Staatsgewalt - wird sie durch eine Verfassung errichtet - so zu organisieren, dass schwerwiegende Missbräuche möglichst nicht vorkommen, nämlich durch verfassungsrechtlich vorgesehene Machtkontrolle.

2.1.2. Gewaltenteilung als Grundlage

Die Machtkontrolle des Staates wurde vor allem in der Verbindung der liberalen Theorie mit der rational-naturrechtlichen Vertragstheorie thematisiert. So begründete John Locke im 17. Jahrhundert theoretisch das Konzept der (horizontalen) Gewaltenteilung, indem er sie in seine Vertragstheorie einflocht.¹⁰³ Bereits die leges fundamentales verteilten Macht auf mehrere Herrschaftsträger bzw. Teilgewalten und staatliche Institutionen. Es war jedoch die Erstarkung des Parlaments im England des 17. Jahrhunderts, welche den entscheidenden Anstoß gab.¹⁰⁴ Die durch den Gesellschaftsvertrag, bzw. später die Verfassung, verbriefte Trennung von Staat und Gesellschaft sollte die individuellen Grundrechte schützen, wie im letzten Kapitel gezeigt wurde. Die Staatsgewalt wird durch die Verfassung erschaffen und umfangreich

¹⁰¹ Erwin Stein (1972): Verfassungsgerichtsbarkeit. In: Axel Görlitz (Hg.): Handlexikon zur Rechtswissenschaft. München: Ehrenwirth: S. 485-493, hier S. 485.

¹⁰² Stourzh (1974) (a.a.O.): S. 9.

¹⁰³ So heißt es bei Locke im 12. Kapitel des „Second treatise of government“: *„Bei der Schwäche der menschlichen Natur, die stets bereit ist, nach der Macht zu greifen, dürfte es eine zu große Versuchung darstellen, wenn dieselben Personen, die die Macht haben, Gesetze zu geben, auch die Macht in der Hand hätten, sie zu vollstrecken, wobei sie sich selbst aus dem Gehorsam gegen die Gesetze, die sie erlassen, ausschließen und das Gesetz in seiner Gestaltung wie auch in der Vollstreckung auf ihren eigenen persönlichen Vorteil ausrichten könnten.“* Zit. n. Peter Cornelius Mayer-Tasch (1991): Politische Theorie des Verfassungsstaates. Eine Einführung, München: dtv: S. 46.

¹⁰⁴ Dies zeigt sich auch daran, dass zur gleichen Zeit in der englischen Verfassungsentwicklung u.a. Lord Henry Bolingbroke und James Harrington in Grundzügen die organisatorische Gewaltenteilung thematisierten.

determiniert, wodurch der Rechtsstaat entsteht. Die materielle Grenze der Staatsgewalt stellen die Grundrechte dar, warum auch die Grundrechtserklärungen meist mit den Verfassungsgebungen einhergehen. Damit die Staatsgewalt nicht zur Disposition des de facto stärksten Staatsorganes steht, werden die einzelnen Materien und Funktionen auf Teilgewalten verteilt, welche wiederum einander kontrollieren sollen. Diese zwei Beschränkungen, Grundrechte und Gewaltenteilung, sind somit, wie oben bereits anhand des Zitats aus der Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen erörtert, die zwei Grundsäulen der Rechtsstaatlichkeit.

Mit der Glorious Revolution setzte die Verherrlichung des englischen Institutionensystems auch am Kontinent ein, wo die englische Verfassung zum Vorbild einer ausbalancierten Verfassung erhoben wurde. Den Höhepunkt dabei setzte Montesquieu, welcher seine Theorie nach dem Studium des zeitgenössischen englischen Verfassungssystems erstellte und sie weiterentwickelte: Zur organisatorischen Gewalten-Scheidung tritt eine funktionale Gewalten-Hemmung hinzu: „Le pouvoir arrête le pouvoir.“¹⁰⁵ Freiheit sollte nicht durch die bloße Gewaltenteilung verwirklicht werden, sondern dadurch, dass eine Gewalt der anderen Schranken setzt. Somit war der ideengeschichtliche Grundstein für eine gegenseitige Kontrolle von Legislative, Judikative und Exekutive gelegt, obwohl Montesquieu zwar von drei Gewalten sprach, aber damit Monarch, Adel und Volk meinte, welche bloß zwei Staatsfunktionen ausführen, er folglich falsch interpretiert wurde.¹⁰⁶ Er schuf eine Balancetheorie, welche neben der Aufteilung der Gewalten auch eine wechselseitige Verschränkung begründete. So sollte in der Theorie Montesquieus die Judikative sozial neutralisiert und durch die Abschaffung des kontinuierlichen Richteramtes entschärft werden.¹⁰⁷

Die Möglichkeiten der Gewaltenteilung sind jedoch vielfältig. Die zwei Haupttypen, das Präsidialsystem und das parlamentarische Regierungssystem, funktionieren sehr unterschiedlich. Die Sicherung der Verfassung durch die Gewaltenteilung hängt von deren Effektivität ab, welche wiederum durch die Organisation der Gewalten in der Verfassung bestimmt wird: Dem Vorrang der Verfassung ist somit nicht nur durch die Vorschriften über die Verfassungsänderung, sondern auch über die Staatsorganisation systemimmanent seine Sicherung beigegeben. Innerhalb der Gliederung der Staatsgewalt kommt der Unabhängigkeit der einzelnen errichteten Gewalten eine große Bedeutung zu. Diese Idee wurde erstmals in der amerikanischen Bundesverfassung 1787 verwirklicht,

¹⁰⁵ Mayer-Tasch (a.a.O.): S.50.

¹⁰⁶ Nohlen, Dieter (Hg.) (2002²) (a.a.O.): S.177.

¹⁰⁷ Ebd.

welche sich auf Organisationsrecht beschränkte und erst 1791 durch die bill of rights mit Grundrechten auf Bundesebene ergänzt wurde.

Hält man sich nun vor Augen, dass die Entwicklungen im England des 17. Jahrhunderts erst zu den Gewaltenteilungstheorien führten, dann jedoch die legislative Gewalt des Parlaments die Suprematie erlangte, erscheint diese Verherrlichung des englischen Systems und die damit verbundene Entwicklung, welche 1803 in der Praxis des judicial review gipfelte, auf den ersten Blick paradox.

Es war jedoch die koloniale Erfahrung, die eine Absicherung sowohl gegen die Legislative als auch die Judikative in den Vereinigten Staaten notwendig machte, denn es war dort nicht möglich, auf die systemstabilisierenden Institutionen des englischen Systems zurückzugreifen.¹⁰⁸ In dem neu gegründeten Staat konnten sich die founding fathers jedoch einerseits, wie bereits im vorigen Kapitel gezeigt, auf die Vorstellung von höherem Recht stützen, aus welcher die Verfassung entwickelte wurde. Andererseits brachten die Kolonialisten aber auch die Tradition einer aktiven und unabhängigen Gerichtsbarkeit im Sinne der rule of law mit, wie gleich dargestellt werden soll.

2.2. Entwicklung der dezentralisierten Normenkontrolle

2.2.1. Vorläufer in Frankreich und England: Die französischen Parlements und Coke als Vertreter der englischen Richterschaft

Dem Anspruch der Gerichte den Rang der höheren Normen zu sichern, stand lange Zeit der absolutistische Staat entgegen und zwar aus zwei Gründen: Zum einen lässt die Machtstruktur des Absolutismus unabhängige Rechtsprechung nur in einem begrenzten Rahmen zu.¹⁰⁹ Zum anderen waren die fundamentalen Normen, dies auch bereits in der bipolaren Rechtsstruktur der Ständestaaten, nur punktuell festgelegt, was einen (zu) großen Spielraum für Spekulation und Interpretation ließ.¹¹⁰

Die Schwierigkeit der Prüfung von Gesetzen anhand höherer Normen in einem absolutistischen Staatsgefüge zeigte sich bei den französischen „parlements“ im ancien régime, welche als ein Vorläufer dezentralisierter Normenkontrolle gelten.

Dabei handelte es sich um die oberen Gerichte im französischen Königreich: Nach dem Vorbild des parlement de Paris wurden ab dem 15. Jahrhundert weitere oberste,

¹⁰⁸ Vgl. hierzu Wahl (1981) (a.a.O.): S. 499.

¹⁰⁹ Dies wird uns auch bei den konstitutionellen Systemen beschäftigen.

¹¹⁰ Vgl. Konrad Zweigert (1976): Einige rechtsvergleichende und kritische Bemerkungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit. In: Christian Starck (Hg.): Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Tübingen: J.C.B. Mohr: S. 63-75, hier S. 63.

souveräne Gerichte in den Provinzen gegründet. Diese prüften im Zuge ihrer Gerichts- und Verwaltungstätigkeit auch die Übereinstimmung neuer Gesetze, deren Registrierung in der Provinz eine Voraussetzung für ihre Gültigkeit war, mit den Grundprinzipien des Rechts und den Interessen des Königreichs.¹¹¹ Nichtsdestotrotz war die Aufhebung oder Rückstellung fehlerhafter Gesetze letztens vom Willen des Königs abhängig, da dazu ein Antrag an den „conseil des parties“ des Königs zu stellen war. Auch konnte der König die Eintragung der Gesetze erzwingen, wenn er am Gerichtshof erschien (lit de justice).¹¹² Unabhängig davon waren die Richterämter in diesen parlements erblich und verkäuflich, wodurch sie dem Adel vorbehalten blieben, welcher diese Ämter zu seinen Gunsten nutzte. Jeder kleinsten Reform feindlich gesinnt, gehörten diese Richter zu den größten Feinden der Revolution. Es war vor allem wegen dieser Missbräuche, dass infolge der Revolution die Aufgabe der Gerichte auf die passive Tätigkeit der Rechtsanwendung reduziert („bouche de la loi“) und die Gesetzgebung im Sinne der Volkssouveränität als der beste Garant der Grundrechte angesehen wurde.¹¹³

Ganz anders entwickelte sich die Ansehung des Richterstandes in England: Durch die frühe Unterbindung absolutistischer Bestrebungen entwickelte sich bereits früh eine aktive vom König unabhängige Gerichtsbarkeit, an deren Spitze das englische Parlament stand, das ähnlich den Ständeversammlungen am Festland die Rolle des obersten Gerichtes ausübte. Diese Rechtsprechung machte, bis zur Glorious Revolution und der sich dann im 18. Jahrhundert durchsetzenden Theorie der absoluten Souveränität des Parlaments als Gesetzgeber, nicht vor der Politik oder Hoheitsgewalt halt, da alles, was Rechte beeinträchtigte, rechtlich messbar und richterlich zugänglich war. Dies ist der Kern des Prinzips der rule of law, welches untrennbar mit der Rechtsprechung verknüpft ist: Das Gesetzesrecht, die statutes, wurde dabei vom Richter neben dem Gewohnheitsrecht und höheren Rechtsprinzipien in freiem Ermessen in die persönliche Rechtsfindung einbezogen. Das in den Präjudizien gebildete common law stand also über den statutes und war auch die (einzig mögliche) Verkörperung der fundamental laws. Die statutes konnten nach dieser Rechtsansicht das Common Law nur komplementieren, aber nicht verletzen.¹¹⁴ Die Gerichte nahmen und nehmen dadurch bereits seit langem eine

¹¹¹ Cappelletti (1971) (a.a.O.): S. 33ff. Im 17. und 18. Jahrhundert bildete sich durch die Wahrnehmung dieser Rolle als „gardiens des lois fondamentales“ die Theorie der „heureuse impuissance“, die Ohnmacht des Gesetzgebers „verfassungswidrige“ (wie es heute genannt werden würde) Gesetze zu erlassen.

¹¹² René Marcic (1963) : Verfassung und Verfassungsgericht. Wien: Springer: S. 178.

¹¹³ Cappelletti (1971) (a.a.O.): S. 34.

¹¹⁴ Peter Pernthaler (2002): Sind Demokratie und Rechtsstaat wirklich „an der Wurzel eins“? In: Bernd-Christian Funk et al. (Hg.): Der Rechtsstaat vor neuen Herausforderungen. Festschrift für Ludwig Adamovich zum 70. Geburtstag. Wien: Verlag Österreich: S. 631-654, hier S. 635f. Cappelletti (1971) (a.a.O.): S. 36f.

Garantenstellung für den Schutz der, unter anderem in der Magna Charta verbrieften, Freiheiten der britischen Bürger ein.¹¹⁵

Es war in dieser Rechtstradition, dass Lord Justice Sir Edward Coke im Kampf gegen die im vorhergehenden Kapitel skizzierte willkürliche Gesetzgebung der Stuarts wohl zum ersten Mal deutlich die Grenzen für parlamentarische Gesetzgebung aufzeigte und die Konsequenz der Nichtigkeit der diese Grenze überschreitende Gesetze zog. So geschah es in der Urteilsbegründung in der Causa des Dr. Thomas Bonham im Jahr 1610, die dadurch zu einem der berühmtesten Rechtsfälle der englischen Verfassungsgeschichte wurde, welcher vor allem die Entwicklung der Gerichtsbarkeit in den Kolonien nachhaltig beeinflusste. In diesem Rechtsstreit zwischen Dr. Bonham und der Londoner Ärztekammer wurde Bonham unter Berufung auf ein bestimmtes Gesetz von der Ärztekammer zu einer Geldstrafe verurteilt, da er seine Lizenzpflicht für London abstritt. Nun durfte die Londoner Ärztekammer gemäß den gesetzlichen Bestimmungen die Hälfte der Geldstrafe für sich behalten, wodurch sie, so Coke in seinen Ausführungen, gleichzeitig Partei und Richter in eigener Sache wäre. Dies widerspräche jedoch dem common law. Im Dictum folgerte Coke dann:

„It appears in our books, that in many cases the common law will control acts of parliament and adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common right and reason, or repugnant or impossible to be performed, the common law will controul it and adjudge such act to be void.“¹¹⁶

Coke erklärte somit ein Gesetz für nichtig, weil es den im Common Law verkörperten Prinzipien der Vernunft und der Gerechtigkeit widersprach. Der römischrechtliche Grundsatz „lex posterior derogat legi priori“ wurde modifiziert und durch den neuen Grundsatz „lex superior derogat legi inferiori“ ergänzt.¹¹⁷ Als Garanten des Vorrangs des Common Law vor der Willkür des Monarchen oder den Gesetzen des Parlaments sollten, so führte Coke ebenfalls präzise aus, einzig die Richter agieren.¹¹⁸

Coke setzte also nicht nur den Vorrang höherer Normen, wohlgermerkt noch nicht der Verfassung, erstmals praktisch um, sondern betraute auch die Richterschaft allein mit dieser Aufgabe. Seine Ausführungen und Argumente, mit welchen er der Haltung vieler Richter entsprach, wurden bereits in den Umbrüchen in England in der Mitte des 17. Jahrhunderts in die politische Diskussion übernommen und spielten bei der Krise um das Septennat 1716 eine bedeutende Rolle.¹¹⁹ Große Konsequenzen hat die Lehre Cokes aber

¹¹⁵ Preuß (1994) (a.a.O.): S. 14.

¹¹⁶ Zit. n. Cappelletti (1971) (a.a.O.) : S. 37.

¹¹⁷ Cappelletti (1971) (a.a.O.) : S. 52f.

¹¹⁸ Cappelletti (1971) (a.a.O.) : S. 38.

¹¹⁹ Stourzh (1974) (a.a.O.): S. 14. Mit zahlreichen Quellenstellen zur Bedeutung des Bonham's Case in FN 41.

erst in den Kolonien gehabt. Mit der Durchsetzung der Parlamentssouveränität und somit der Suprematie des gesetzten Rechts war nämlich die richterliche Kontrolle über die Legislative jedoch in England nicht mehr möglich, dennoch blieb die rule of law in der Form erhalten, dass die Souveränität nur durch das Gesetz ausgeübt werden kann. Dadurch, dass das Parlament (House of Lords) auch Gericht war, war es nach dieser Rechtsanschauung auch selbst durch und an das Recht gebunden.¹²⁰ Damit hat die rule of law vor allem die Bedeutung bekommen, dass niemand ohne gesetzliche Grundlage und gerichtliches Verfahren in seinen Rechten beeinträchtigt werden darf, so wie es auch das Prinzip der Legalität vorsieht.

2.2.2. Entwicklung in den USA

2.2.2.1. Vor der Unabhängigkeit

In den englischen Kolonien hatte die Durchsetzung der Parlamentssuprematie jedoch eine andere Konsequenz: Die Kolonien wurden als Körperschaften gesehen, welche nach englischem Recht als solche nur innerhalb der sie erschaffenden rechtlichen Ordnung (charter oder constitution) handeln dürfen. Eine rechtliche Handlung einer Körperschaft, die die ihr verliehenen Befugnisse überschritt, ist nichtig und kann von den Gerichten nicht geltend gemacht werden. Die Charters der Kolonien standen, wie oben ausgeführt, unter der englischen „constitution“ und den englischen Gesetzen, was in manchen Charters durch eigene Verbotsnormen zum Ausdruck kam. Jedes Gesetz einer kolonialen gesetzgebenden Körperschaft konnte dadurch vor dem Privy Council des britischen Königs angefochten werden, der es als rechtswidrig beurteilen konnte, wenn es den Kolonialverfassungen oder den britischen Gesetzen widersprach.¹²¹ Zudem waren die Kolonialgerichte selbst ermächtigt, Kolonialgesetze am britischen Recht zu messen und diese bei Unvereinbarkeit nicht anzuwenden.¹²² Die koloniale Legislative war somit, im Gegensatz zum britischen Mutterland, als Folge der Parlamentssuprematie und des Vorrangs des geschriebenen Rechtes in den Kolonien von Anbeginn begrenzt, womit das oben angesprochene Paradox gelöst ist.¹²³

¹²⁰ Rudolf Heinrich Grossmann (1948): Die staats- und rechtsideologischen Grundlagen der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz. Eine Studie in amerikanischem und schweizerischem Staats- und Rechtsdenken. Zürich: Schulthess: S. 57.

¹²¹ Cappelletti (1971) (a.a.O.): S. 39f. Es wird geschätzt, dass zwischen 1696 und 1782 mehr als 600 Kolonialgesetze vom Privy Council aufgehoben wurden. Ebd.: S. 40. FN 59.

¹²² Marcic (1963) (a.a.O.): S. 179.

¹²³ Auch erklärt sich daraus, warum andere englische Kolonien, wie Indien oder Canada, nach ihrer Unabhängigkeit die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle einführten. Cappelletti (1971) (a.a.O.): S. 40.

Die Lehre Cokes war den amerikanischen Gerichten in diesem Zusammenhang ein wichtiges Mittel, um der Forderung nach Begrenzung der legislativen Gewalt zum Schutz der Individualrechte, wie sie das bürgerliche Sozialmodell vorsah, nachzukommen.¹²⁴ Da sich die Kolonialisten durch das englische Parlament immer mehr in ihren Rechten beschnitten sahen, wandte sich die koloniale Richterschaft mehr und mehr unter Berufung auf die englische Rechtstradition gegen das Mutterland. So wandte sich etwa 1761 in einem Prozess in Boston der Anwalt James Otis unter Berufung auf die Argumentation Cokes gegen ein Gesetz aus 1662, das die Grundlage für Haussuchungsermächtigungen war: Er erklärte, dass „against the Constitution“ stehende Gesetze des Parlaments nichtig seien und die Gerichte deren Durchsetzung verhindern müssten. In seinen Ausführungen unterschied Otis unter Berufung auf den Schweizer Philosophen Emmerich de Vattel bereits scharf die Gesetzgebung von der Verfassung als ihre Grundlegung.¹²⁵

In der Stamp Act-Krise 1765, ausgelöst durch eine Erhöhung der Steuern über die Köpfe der Kolonisten hinweg, und den damit zusammenhängenden Boykott- und Widerstandshandlungen trat der Begriff „unconstitutional“ erstmals gehäuft auf, von wo aus er, auch in der französischen Übersetzung „inconstitutionnel“, auf das europäische Festland zurückkam. Es war jedoch bereits in den 1730er Jahren, dass der Tory-Politiker Henry Bolingbroke den Begriff in den politischen Diskurs eingeführt hatte. In den Folgejahren des Stamp Acts kam es zu einer Reihe von Fällen verweigerten, in welchen Gerichte Entscheidungen, die sie als rechtswidrig empfanden.¹²⁶

Diese neue Doktrin, Gesetze auf ihre materielle Verfassungsmäßigkeit zu prüfen, war jedoch in den ersten Jahren vor ein unüberwindbares Problem gestellt: Die Verfassung war weder fassbar noch wiederherstellbar, wenn sie durch den Gesetzgeber verletzt worden war.¹²⁷ Es fehlte der Verfassungsstruktur zum Großteil an Schriftlichkeit und, ob der Parlamentssuprematie, an Mechanismen zu ihrer Änderung oder Berichtigung, um ihren Schutz durch Normenkontrolle zu garantieren. Dadurch waren annähernd die gleichen Probleme der Willkürlichkeit wie in einem absolutistischen System gegeben. Erst mit den Verfassungsbildungen in den nordamerikanischen Einzelstaaten nach der Unabhängigkeit waren diese wesentlichen Komponenten, Verfassungsurkunde in schriftlicher und geschlossener Form, besonderer

¹²⁴ Grossmann (1948) (a.a.O.): S. 59.

¹²⁵ Stourzh (1974) (a.a.O.): S. 15f. Vgl. Dazu das Zitat von Vattel oben in FN 55.

¹²⁶ Stourzh (1974) (a.a.O.): S. 16f.

¹²⁷ Heun (2003) (a.a.O.): S. 275f. Stourzh (1974) (a.a.O.): S. 17f.

Verfassungsgebungsprozess und besonderes Verfassungsänderungsverfahren, vorhanden.¹²⁸

2.2.2.2. Nach der Unabhängigkeit

Das Bewusstsein über den Verfassungsvorrang, welcher sich mit den Verfassungen der Einzelstaaten institutionell herausgebildet hatte,¹²⁹ zeigte sich in einer Reihe von Gerichtsurteilen: Die Einordnung von Gesetzen als „unconstitutional und void“ erhielt zunehmend Anerkennung, auch wenn die Entscheidungen teilweise politische Proteste und Absetzungen von Richtern nach sich zogen.¹³⁰ Begleitet wurden diese Gerichtsentscheidungen von publizistischen Diskussionen, wobei ein Zeitungsartikel des späteren ersten Supreme Court Richters James Iredell hervorzuheben ist:¹³¹ In diesem setzte sich Iredell mit drei möglichen Mitteln zum Schutz der Bürger in dem Fall, dass die legislative Gewalt die Verfassung breche, auseinander: Das Petitionsrecht, welches das Volk in eine Bittstellung versetzte, war aufgrund des Prinzips der Volkssouveränität nicht mehr angemessen. Das Widerstandsrecht konnte erst im äußersten Notfall verwendet werden. Als einzige Möglichkeit blieb also der Schutz der Verfassung durch die Verfassung mit Hilfe der Gerichte. Dieser Appell an die Gerichte war gegenüber den zwei anderen Mitteln, die es bereits im englischen Mutterland gab und zur Anwendung gekommen waren, neu. Demnach hätten die Richter die Pflicht, Gesetze bei Verfassungswidrigkeit „jenseits allen Zweifels“ nichtig zu erklären. Somit wurde bereits vor der amerikanischen Bundesverfassung klar ausgesprochen, dass die Logik des Verfassungsvorrangs die Messung der Gesetze am Maßstab der Verfassungsmäßigkeit erfordere.¹³²

2.2.2.3. „Judicial review“ und die amerikanische Bundesverfassung

Als die „founding fathers“ 1787 eine neue Bundesverfassung entwarfen, um die 1777 vollendeten Articles of Confederation and Perpetual Union, die von den Föderalisten zu schwach erachtet wurden, zu ersetzen, wurde, trotz der bereits vorhandenen Praktik in den Einzelstaaten, der Begriff „judicial review“ nicht in die neue Verfassung aufgenommen. Auch wenn mehrere Formen der Normenkontrolle, etwa durch einen

¹²⁸ Ebd.

¹²⁹ Vermont, Pennsylvania und New York hatten eigene Verfassungsorgane für die Normenkontrolle erschaffen, womit sich der Verfassungsvorrang zusätzlich zu den eben genannten Komponenten zeigt. Siehe Marcic (1963) (a.a.O.): S. 180.

¹³⁰ Siehe hierzu die Ausführungen Stourzh's über die Fälle Trevett v. Weeden (1786) und Bayard v. Singleton (1786) in Stourzh (1974) (a.a.O.): S. 20ff.

¹³¹ Stourzh (1974) (a.a.O.): S. 22f.

¹³² Ebd. Stourzh schenkt diesen Argumenten Anerkennung, indem er Iredell als einen der Vorläufer der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung anerkennt.

„Council of Revision“ wie in New York, diskutiert wurden,¹³³ die Kompetenz der richterlichen Gewalt, Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen, ist nicht explizit durch die amerikanische Bundesverfassung festgelegt - aber auch nicht eingeschränkt oder verboten.¹³⁴

Die Normenkontrolle anhand einer Bundesverfassung hat stets zwei mögliche Wirkungskreise: Einerseits die föderalen Prinzipien, wodurch die Einzelstaaten adressiert werden, und andererseits die Akte der Bundesregierung und Bundeslegislative, wie es die Gewaltenteilungslehre vorsieht.¹³⁵

Der erste Wirkungskreis ist aus dem Wortlaut der amerikanischen Bundesverfassung ableitbar:¹³⁶ In Artikel III wird die Judikative bestimmt: Der Supreme Court, das oberste Bundesgericht, wird errichtet und seine Kompetenzen bestimmt bzw. bestimmbar gemacht sowie die Kompetenz zur Errichtung der übrigen Bundesgerichte dem Kongress übertragen. Gemäß den Prinzipien der rule of law¹³⁷ werden die Gerichte mit den Instrumenten eines unabhängigen Spruchkörpers (etwa Unabsetzbarkeit oder festes Gehalt) ausgestattet und gewisse Verfahrensgrundsätze (etwa Geschworenengerichtsbarkeit in Strafverfahren) vorgeschrieben. Der Artikel überträgt den Gerichten das letzte Wort in der Verfassungsinterpretation. Artikel VI legt den Vorrang der Verfassung fest:

“This constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof [...] shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, any thing in the constitution or laws of any state to the contrary notwithstanding.”¹³⁸

Die Kombination dieser beiden Verfassungsbestimmungen mache es, so die zeitgenössische Lesart, zur Pflicht der Bundesgerichte, zumindest Gesetze und Gerichtsurteile der Einzelstaaten auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. Diese Bestimmung war notwendig („a constitution is what derives from the effort to constitute“¹³⁹), um das Wachsen einer einheitlichen amerikanischen Nation zu schützen und die Rückkehr in einen schwachen Staatenbund zu verhindern, was oben bereits unter dem rational-juristischen Verfassungsbegriff diskutiert wurde. Der Föderalismus kann

¹³³ Jon Elster (1995): Limiting Majority Rule: Alternatives to Judicial Review in the Revolutionary Epoch. In: Smith, Eivind (Hg.): Constitutional Justice under old Constitutions. Den Haag: Kluwer Law International: S. 8ff.

¹³⁴ Wie es etwa in Österreich im 19. Jahrhundert der Fall war.

¹³⁵ Maeva Marcus (1995): The Founding Fathers, Marbury v. Madison- and so what? In: Smith, Eivind (Hg.): Constitutional Justice under old Constitutions. Den Haag: Kluwer Law International: S. 23-50, hier S. 24f.

¹³⁶ Ebd.

¹³⁷ Zur Umsetzung des Prinzips der rule of law siehe Gerald L. Neuman (2000): The U.S. Constitutional Conception of the Rule of Law and the Rechtsstaatsprinzip of the Grundgesetz. In: Ulrich Battis et al. (Hg.): Das Grundgesetz im Prozeß europäischer und globaler Verfassungsentwicklung. Baden-Baden: Nomos: S. 253-268.

¹³⁸ The Constitution of the United States of America:

http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html [Zugriff am 08.05.2010]

¹³⁹ Elkin (1993) (a.a.O.): S. 32. Siehe oben S. 27.!

also als einer der treibenden Faktoren der Normenkontrolle bezeichnet werden.¹⁴⁰ Aber, wie die Darstellung der Entwicklung des richterlichen Prüfungsrechts vor der Bundesverfassung zeigt, die Bundesverfassung war keine Notwendigkeit für dessen Entwicklung per se.¹⁴¹ Im Kern der amerikanischen Entwicklung liegt dennoch in beiden Fällen ein Kompetenzkonflikt, nämlich zwischen Kolonie und Mutterland bzw. Einzelstaat und Bundesstaat, die es zu beachten galt, worin die Vorläufer der Schiedsgerichtsbarkeit und des Widerstandsrechts durchscheinen.

Der zweite Wirkungskreis ist nicht aus den Bestimmungen der Bundesverfassung ableitbar, sondern vielmehr eine Frage der Reichweite der Volkssouveränität und der Gewaltenteilung zur Einhaltung der in der Verfassung gebotenen Rechtsprinzipien (sowie den später hinzugekommenen Grundrechten). Der Bundesgesetzgeber sollte die Verfassung als höheres Recht nicht willkürlich abändern können, wozu gemäß der Theorie der Gewaltenteilung ein System gleichberechtigter Gewalten eingeführt wurde. Gemäß dem Verfassungstext ist die Judikative zwar eine unabhängige Gewalt, die Gefahr der Diktatur der Mehrheit über die Minderheit sollte jedoch durch eine Balance und Kontrolle zwischen den zwei Kammern der Bundesversammlung und der Exekutive gebannt werden.¹⁴² Dieser Umstand sorgt bis heute für rege Debatten in der Literatur, ob eine Normenkontrolle im Sinne der Gründungsväter war.¹⁴³ Hinweise auf einen die Verfassungsgerichtsbarkeit bejahenden „original intent“, der für die rigide amerikanische Verfassung im Vordergrund der Interpretation steht, finden sich, abseits des Fehlen eines Verbotes, in den Federalist Papers. Alexander Hamilton rechtfertigt im Federalist No. 78 den judicial review, um die Grenzen der Gesetzgebung auf Bundesebene zu garantieren:

“A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents.”¹⁴⁴

¹⁴⁰ Zur Rolle des Föderalismus siehe insb. Stanley Paulson (2003): Constitutional Review in the US and Austria. In: Ratio Juris 16, S. 225-239.

¹⁴¹ Stourzh (1974) (a.a.O.): S. 29.

¹⁴² Elster (1995) (a.a.O.): S. 10ff.

¹⁴³ Mit Literaturangaben Marcus (1995): S. 26.

¹⁴⁴ Alexander Hamilton in The Federalist No. 78, zit. n. http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp am 08.05.2010.

Gleichzeitig schränkt er ein, dass damit nicht die judikative Gewalt Vorrang vor der legislativen hätte, sondern dass die Volkssouveränität über allen Verfassungsorganen stehe.¹⁴⁵

2.2.2.4. „Judicial review“ als Werk des United State Supreme Court

Durchgesetzt wurde die Normenkontrolle auf Bundesebene schließlich erst 1803 von Chief Justice Marshall in einem höchst politischen Fall, nämlich *Marbury v. Madison*.¹⁴⁶ In diesem Urteil bejahte Marshall das Anliegen Marburys grundsätzlich, beide waren Föderalisten, und der Gegner in diesem Rechtsstreit, Außenminister James Madison, war zu den Republikanern übergelaufen, denn es ging um die Ernennung Marburys zum Friedensrichter am letzten Tag der Präsidentschaft des überzeugten Föderalisten. Dessen Ernennungsurkunde konnte nicht mehr rechtzeitig ausgeliefert werde, weshalb er bereits 1801 Klage auf deren Aushändigung erhob. Im zweiten Teil des Urteils führt Marshall jedoch aus, dass jener Artikel des Federal Judiciary Act, der dem Supreme Court die Ausstellung der eingeklagten Verfügung zuwies, verfassungswidrig und somit rechtsunwirksam wäre. Dem Supreme Court käme nämlich nur in den in der Bundesverfassung aufgezählten Fällen eine originäre Entscheidungskompetenz zu.¹⁴⁷ Zusätzlich begründete Marshall auch die *political question doctrine*, auf die später noch eingegangen wird.¹⁴⁸

In seiner Begründung führte Marshall die wesentlichen Bestandteile der Idee des modernen richterlichen Prüfungsrechts aus: Die Verfassung sei oberste Norm, als solche Recht im Sinne einer von den Gerichten zu erkennenden und durchzusetzenden Norm und die richterliche Auslegung des geltenden Rechts sei verbindlich. Ähnlich wie Hamilton in der eben zitierten Schrift ging Marshall vom Willen des Volkes, der die Gesetzgebung begrenzte, und nicht im Wege einer naturrechtlichen Begründung von der Vernunft aus, womit schon Parallelen zur unten erörterten Theorie des Rechtspositivismus zu erkennen sind.¹⁴⁹

Die Bedeutung von Marshalls Ausführungen liegt also nicht in der Neuheit der Entscheidung, sondern in der erstmalig auf Bundesebene erfolgten Ausführung des

¹⁴⁵ *“Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws, rather than by those which are not fundamental.”* Alexander Hamilton in *The Federalist* No. 78, zit. n. http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp am 08.05.2010.

¹⁴⁶ Genaue Ausführungen und zur Bedeutung des Falls: Marcus (1995) (a.a.O.). Es hatte sich aber der erste Chief Justice des Supreme Court bereits 1792 positiv über den *judicial review* geäußert: Ebd: S. 32.

¹⁴⁷ Stourzh (1974) (a.a.O.): S. 26ff.

¹⁴⁸ Heun (2003) (a.a.O.): S. 270.

¹⁴⁹ Ebd.

judicial reviews und in der „zeitlosen Begründung der Normenkontrolle in einem demokratischen Verfassungsstaat“.¹⁵⁰ Es sollte jedoch lange dauern, bis die Normenkontrolle auf Bundesebene gehäuft angewendet wurde. Der zweite Spruch wurde erst 54 Jahre später gefällt und die Zahl der Fälle stieg erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts. Auch setzte sich der Suprematieanspruch der Gerichte bei der Verfassungsauslegung in ihren Urteilen erst ab der Mitte des 19. Jahrhunderts durch.¹⁵¹ Damit wurde die Entwicklung des dezentralisierten oder diffusen Systems der Verfassungsgerichtsbarkeit (im engeren Sinn der Normenkontrolle) vollendet: Alle Gerichte sind als Ausfluss sowohl der strikten vertikalen als auch horizontalen Gewaltenteilung befugt, inzidenter, das heißt die von ihr im Zuge der Rechtsfindung in einem konkreten Fall anzuwendenden, Normen auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen.

2.2.3. (Un-)Möglichkeit im Konstitutionalismus in Europa im 19. Jahrhundert

Die Geschehnisse um die Macht der Gerichtsbarkeit in der neuen Welt wurden in Europa durch zahlreiche Werke rasch verbreitet. Der nordamerikanische Verfassungstyp mit seinem rational-juristischen Verständnis unterschied sich jedoch grundlegend von den zeitgleich in Europa vorherrschenden Konzepten, wie im vorherigen Kapitel ausgeführt wurde. Dies ist auch für die Frage der Übernahme der Verfassungsgerichtsbarkeit ausschlaggebend:¹⁵² In Großbritannien, mit seinem historisch-evolutionären Konstitutionalismus, konnte sich ob der fortdauernden absoluten Souveränität des Parlaments bis heute keine Normenkontrolle durchsetzen. Auch der 2009 errichtete Supreme Court, welcher das House of Lords als oberste Instanz ablöste und einige Funktionen des Privy Councils übernahm, womit ein Schritt Richtung Gewaltenteilung getan wurde,¹⁵³ hat vorerst keine Normenkontrollkompetenz für Gesetze.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Heun (2003) (a.a.O.): S. 283.

¹⁵¹ Heun (2003) (a.a.O.): S. 281.

¹⁵² Siehe dazu Alec Stone Sweet (2003): Why Europe Rejected American Judicial Review: And Why It May Not Matter. In: Michigan Law Review 101: S. 2744-24780.

¹⁵³ "The Supreme Court has been established to achieve a complete separation between the United Kingdom's senior Judges and the Upper House of Parliament, emphasising the independence of the Law Lords and increasing the transparency between Parliament and the courts." So zu lesen auf der Webseite des UK Supreme Court unter <http://www.supremecourt.gov.uk/about/significance-to-the-uk.html> am 09.05.2010.

¹⁵⁴ Beachtlich ist aber die Kompetenz der Supreme Court eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Verwaltungstätigkeit gemäß des Human Rights Acts, welcher die Europäische Menschenrechtsdeklaration in das englische Rechtssystem einführt. Sascha Kneip (2008³): Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich. In: Oscar W. Gabriel / Susanne Kropp (Hg.): Die EU-Staaten im Vergleich. Strukturen, Prozesse, Politikinhalt. Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften: S. 633.

Zur neuen Rolle des UK Supreme Courts kritisch: Peter Wickham (2009): The controversy over the UK's new Supreme Court: much ado about nothing? In: Harvard Law Record am 20.10.2009.

Demgegenüber stand in der Entwicklung des französischen Verfassungsstaates die Idee der Volkssouveränität im Mittelpunkt. Ein Gerichtshof sollte nicht über die *volonté générale* richten können, sondern, durch die schlechten Erfahrungen mit der Judikative verschärft, nur die „*bouche de la loi*“ sein.¹⁵⁵ Dieses Problem der Auslegung der Gewaltenteilung, die bereits in der Menschenrechtserklärung von 1789 festgehalten ist, war Gegenstand von Debatten in den Verfassungskonventen, beeinflusst durch die amerikanische Situation, wobei vor allem der Ruf nach einer „*jury constitutionnaire*“ in der Argumentation des Abbé von Sieyès hervorzuheben ist.¹⁵⁶ Dennoch hat erst die fünfte Republik einen „*Conseil Constitutionnel*“ eingeführt, der zur präventiven Normenkontrolle befugt, im Vergleich zu den meisten anderen europäischen Staaten jedoch sehr zurückhaltend ist.¹⁵⁷

Neben diesem Faktor der Verfassungstradition, der auch erklärt, warum die Nachahmer Frankreichs den *judicial review* nicht übernommen haben, sind es jedoch vor allem zwei große Unterschiede des europäischen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts zum amerikanischen, die für das Aufgreifen der Idee der Normenkontrolle, inzidenter und dezentralisiert, ausschlaggebend waren:

Erstens war der Großteil der europäischen Verfassungsstaaten bis zum Ersten Weltkrieg konstitutionelle Monarchien: Als Kompromiss zwischen der Krone und den Bürgern als Dualismus eingerichtet, blieb der Monarch dabei jedoch Träger der Staatsgewalt. Auch wenn eine „Verfassung“ als rechtlicher Rahmen die Normenkontrolle ermöglicht hätte, hätte die Anerkennung des Vorrangs der Verfassung vor dem Gesetz diesen uneinheitlichen Bezugspunkt aufgebrochen und den zentralen politischen Kompromiss zerstört.¹⁵⁸ Bis zur Durchsetzung des Prinzips der Volkssouveränität in der Verfassung konnte die Verfassung in den meisten Staaten zwar durch verfassungsrechtliche Instrumente, wie etwa Staatsgerichtsbarkeit oder

¹⁵⁵ Titel III Kapitel V Art. 3 der Verfassung von 1791 lautet : « *Les tribunaux ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.* » zit. n. <http://mjp.univ-perp.fr/france/co1791.htm#T3> (Digitale Bibliothek der Universität Perpignan) am 09.05.2010.

¹⁵⁶ Starck (1986) (a.a.O.): S. 28ff.

¹⁵⁷ Henry W. Ehrmann (1981): Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit im Frankreich der Fünften Republik. In: Der Staat 20: S. 373-392. Philippe Ardant (2005¹⁰): Les institutions des la Ve République. Paris : Hachette : S. 121ff.

¹⁵⁸ Wahl (1981) (a.a.O.): S. 489ff. Franz-Joseph Peine (1983): Normenkontrolle und konstitutionelles System. In: Der Staat 22: S. 521-549. Peine spricht von einer politisch-psychologischen Frage: S. 548. Ein Zitat aus dem Verfassungsausschuss zur österreichischen Dezemberverfassung von 1867 scheint dies deutlich zu belegen: „Bei der Unfertigkeit unserer Verfassungszustände und mit Rücksicht auf die traurigen Erfahrungen der Vergangenheit erschien aber jede Antastung der gesetzgebenden Gewalt der Vertretungskörper, jede Unterordnung derselben unter einen Richterspruch gefährlich, und musste diese Frage der Zukunft überlassen bleiben.“ Zit. n. Georg Jellinek (1885): Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich: S. 61f. Zit. n. Theo Öhlinger (2002): Entstehung und Entfaltung des österreichischen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit. In: Bernhard-Christian Funk et al. (Hg.): Der Rechtsstaat vor neuen Herausforderungen. Festschrift für Ludwig Adamovich zum 70. Geburtstag. Wien: Verlag Österreich: S. 587.

Schiedsgerichtsbarkeit bei Kompetenzstreitigkeiten zwischen Gebietskörperschaften, gesichert werden, die Durchsetzung des Verfassungsvorrangs durch die Normenkontrolle von Gesetzen (im Unterschied zu Verordnungen) blieb aber verwehrt.

Zweitens gehörten und gehören Großbritannien und somit seine Kolonien (sowie die nordischen Länder) dem Rechtskreis des Common Law an, während das europäische Festland der Civil Law-Tradition verbunden ist. Im Common Law ermöglicht das Prinzip der stare decisis, dass Gerichtsurteile den gleichen Stellenwert wie gesetztes Recht haben, und Gerichtssprüche bindend sind. Das Fehlen dieses Prinzips im Rechtskreis des Civil Law hätte die dezentralisierte Normenkontrolle nach amerikanischem Vorbild ad absurdum geführt.¹⁵⁹ Auch sind in den Civil Law-Ländern spezialisierte Gerichte die Regel, während im Rechtskreis des common law eine thematische Zusammenfassung von Gerichtskompetenz, gemäß dem Prinzip der rule of law und der damit verbundenen rechtlichen Beurteilbarkeit jedes Sachverhaltes, fremd ist.¹⁶⁰ Laufen die verschiedenen judikativen Stränge im common law-System beim Supreme Court zusammen, so gibt es im kontinentaleuropäischen Rechtswesen verschiedene höchste Gerichte, die auch in unterschiedlichen Maßstäben urteilen.

Während als frühestes Beispiel der common law-Staaten in Europa Norwegen mit seiner Nähe zum englischen Rechtskreis 1815 ein Oberster Gerichtshof errichtete, der ab der Mitte des 19. Jahrhunderts den Verfassungsvorrang geltend machte,¹⁶¹ und als ein „evolutionstechnischer“ Sonderfall die Schweiz anzuführen ist, war ein Kopieren des amerikanischen Mechanismus aus den angeführten Gründen in den kontinentaleuropäischen Ländern unmöglich: Dort musste auf diesen Unterschieden aufgebaut werden.

2.3. Entwicklung der zentralisierten Normenkontrolle

2.3.1. Im Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts

Die gerichtliche Normenkontrolle bot, wie soeben ausgeführt, in den konstitutionellen Monarchien Europas aufgrund des politischen Kompromisses wenig Entwicklungsmöglichkeit. Erste Vorläufer einer gerichtlichen Normenkontrolle von Gesetzen sind in den Entwürfen der Paulskirchenverfassung 1849, welche das

¹⁵⁹ Cappelletti (1971) (a.a.O.): S. 55ff.

¹⁶⁰ Siehe hierzu Lech Garlicki (2007): Constitutional courts versus supreme courts. In: International Journal of Constitutional Law 5: S. 44-68.

¹⁶¹ Rune Slagstad (1995): The Breakthrough of Judicial Review in the Norwegian System. In: Smith, Eivind (Hg.): Constitutional Justice under old Constitutions. Den Haag: Kluwer Law International: S. 81-112.

monarchische Prinzip verneinte, und der Erfurter Verfassung 1849 zu erkennen. Beide wurden aber nicht umgesetzt.¹⁶²

Das Verfassungsgefüge der konstitutionellen Monarchien sah nach dem Vorbild der französischen Charte von 1830 vor, dass das Parlament durch seine (Mitwirkung an der) Gesetzgebung die Einhaltung der Grundrechte garantieren sollte.¹⁶³ Die Verfassung hatte den Vertragscharakter ihrer Vorgänger, bedingt durch den in ihr festgehaltenen Kompromiss zwischen Herrscher und Bürgertum, noch nicht abgelegt. Dem Monarchen sollte nur mehr die Gesetzesvollziehung zustehen. Er konnte jedoch das Parlament umgehen, indem er auf dem Verordnungswege regierte. Dies führte zu einer scharfen Unterscheidung von Verordnung und Gesetz, die so in common law-Ländern nicht aufkam. Obwohl auch die Normenkontrolle von Verordnungen nicht unumstritten war (einerseits wurde dies als alleinige Aufgabe des Parlaments verstanden, andererseits als entgegen dem monarchischen Prinzip stehend), konnte sich die Prüfung von Verordnungen auf ihre Gesetzmäßigkeit und auf ihre Verfassungsmäßigkeit als Aufgabe der Gerichte durchsetzen.

So gebot die österreichische Dezember-Verfassung 1867 im Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt die Kontrolle von Verordnungen, während die Prüfung von Gesetzen über ihre gehörige Kundmachung hinaus verboten wurde.¹⁶⁴ Es handelte sich hierbei um eine dezentralisierte Normenkontrolle. In der ratio dieses richterlichen Prüfungsrechts überlappten sich Elemente des Prinzips der Rechtsstaatlichkeit und der Kompetenzverteilung (im Sinne eines Vertrages).¹⁶⁵ Die Durchsetzung der Normenkontrolle von Verordnungen ist somit in die Verfassungslogik dieser Zeit einordbar: Die Verfassung sollte die Kompetenzen im Staat verteilen und die Macht des Monarchen umgrenzen. Über Kompetenzstreitigkeiten zwischen und Ansprüche gegen oder zwischen Gebietskörperschaften sollte das eigens eingerichtete Reichsgericht wachen.¹⁶⁶ Die Machtposition der kaiserlichen Verwaltung wurde zusätzlich durch die Beschwerdemöglichkeit im Falle der Verletzung der durch das Staatsgrundgesetz

¹⁶² Peine (1983) (a.a.O.): S. 524ff.

¹⁶³ Marcic (1963) (a.a.O.): S. 181f.

¹⁶⁴ Ebd. Artikel 7 lautet: „Die Prüfung der Giltigkeit gehörig kundgemachter Gesetze steht den Gerichten nicht zu. Dagegen haben die Gerichte über die Giltigkeit von Verordnungen in gesetzlichen Instanzenzuge zu entscheiden.“ RGBI 144/1867 (StF) auf

<http://alex.onb.ac.at/cgi-content/anno-plus?apm=0&aid=rgb&datum=18670004&seite=00000399&zoom=2> am 09.05.2010. Zur Situation in Deutschland siehe Peine (1983) (a.a.O.)

¹⁶⁵ „At least concerning ordinances, a clear separation of the question of competence and substantive legality was almost impossible at this time.“ Werner Heun (2003): Supremacy of the Constitution, Separation of Powers, and Judicial Review in Nineteenth-Century German Constitutionalism. In: Ratio Juris 16: S. 195-205, hier S.198.

¹⁶⁶ Die gesetzgebende Gewalt der Gebietskörperschaften, obwohl im Verfassungsausschuss diskutiert, wurde dabei jedoch nicht berührt.

gewährleisteten Rechte durch eine Verwaltungsbehörde begrenzt, wobei hier wieder der Faktor der Kompetenzverteilung die tragende Rolle spielte.

Die Einführung einer Normenkontrolle von Gesetzen wurde in der zeitgenössischen Staatsrechtslehre aber doch gefordert und diskutiert: Als Vertreter der Forderung nach der Einführung einer Normenkontrolle wird in der Literatur besonders der deutsche Professor Robert von Mohl hervorgehoben, welcher ein Konzept einer „Abstufung der Normen“ entwickelt hat.¹⁶⁷ Die Aufgabe der Richter sei es, die Gesetze anzuwenden, jedoch könnten sie nur gültige Gesetze anwenden. Verfassungswidrige Gesetze seien aber ungültig und somit nichtig. Um der Rechtsunsicherheit vorzubeugen, schlug Mohl eine konkrete Normenkontrolle bei dem höchsten Landesgericht vor.¹⁶⁸ Demgegenüber standen Vertreter der Ansicht, die Verfassung habe keinen Vorrang vor der Gesetzgebung, da beide vom Willen des Souveräns abhängen und somit veränderlich seien (etwa Paul Laband und Gerhard Anschütz).¹⁶⁹

Für die österreichische Lehre sind besonders Georg Jellinek, welcher gemeinsam mit Hans Kelsen und Felix Somlo die österreichische Gruppe des Rechtspositivismus begründet hat, und der Sozialdemokrat und spätere erste Staatskanzler Karl Renner hervorzuheben. Diese argumentierten in stark föderalistischer bzw. die Kompetenzverteilung betreffender Weise, wie sogleich dargestellt wird.

2.3.2. In Österreich nach dem Ersten Weltkrieg

Die Normenkontrolle, die dem kontinentaleuropäischen Rechtskreis entsprach, und sich in diesem in weiterer Folge auch verbreitete, wurde im Zuge der Ausarbeitung der österreichischen Bundesverfassung und von der Verfassungsnovelle 1929 entwickelt.¹⁷⁰

Nach dem Untergang der Monarchie 1918, der zu einem revolutionären Bruch in der österreichischen Verfassungsgeschichte führte, begann mit dem Staatsgründungsbeschluss am 30.10.1918 (StGBI 1) eine zweijährige Phase des Verfassungsumbaus. Dafür wurde von einer Provisorischen Nationalversammlung die Wahl zur Konstituierenden Nationalversammlung vorbereitet, welche ab März 1919 tagte.

¹⁶⁷ Starck (1986) (a.a.O.): S. 32. Wahl (1981) (a.a.O.): S. 492f.

¹⁶⁸ Peine (1983) (a.a.O.): S. 526.

¹⁶⁹ Ebd. Für die weitere Entwicklung in Deutschland siehe Klaus von Beyme (1988): The Genesis of Constitutional Review in Parliamentary Systems. In: Christine Landfried: Constitutional review and legislation: an international comparison. Baden-Baden: Nomos: S. 21-39.

¹⁷⁰ Beinahe gleichzeitig erfolgte die Entwicklung des tschechoslowakischen Verfassungsgerichtes, dessen Kompetenzen zwar ähnlich weitreichend, aber gegenüber dem österreichischen Modell deutlich beschränkt waren. Dieser Verfassung gebührt somit die Erwähnung als Erschaffer eines eigenen Gesetzprüfungsgerichts. Öhlinger (2002) (a.a.O.): S. 583f.

Die Verfassungsentwicklung verlief ob der Divergenzen zwischen den Parteien schleppend.¹⁷¹ Das „Gesetz, womit die Republik Österreich als Bundesstaat eingerichtet wird“ (B-VG) trat zusammen mit dem Verfassungs-Übergangsgesetz im November 1920 in Kraft. Diese Verfassung, auf dem „Linzer Entwurf“ des Prof. Michael Mayr aufbauend, war ein Kompromiss zwischen den Parteien, wodurch es bald zu weiteren Verfassungsgesetzen kam. Mangels einer Einigung über einen neuen Grundrechtskatalog ist das Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger (mit kleinen Änderungen) bis heute in Kraft. Anders als in der französischen Verfassungstradition konnte nicht auf einer „Nation“ aufgebaut werden. Die österreichische Verfassung weist, obwohl sie gleichzeitig mit den unter dem Selbstbestimmungsrecht der Völker entstandenen Verfassungen ausgearbeitet wurde, eine wesentlich rational-juristische Tendenz auf: Der Staat sollte, gemäß dem unter den „Verfassungsvätern“ vorherrschenden Staatsverständnis, als eine rechtliche Einheit konstruiert werden. Dieses Staatsverständnis habe sich, so Hans Kelsen später, nicht ohne Zufall in einem Staat entwickelt, der einzig auf den Monarchen gestützt war.¹⁷² Das Parlament als durch die Verfassung demokratisch geschaffener Souverän nahm dabei in gewisser Weise die Stellung der Nation des französischen Verfassungsverständnisses ein.

Die Republik Österreich (bis Oktober 1919 unter dem Namen Deutschösterreich) war bis zum Bundes-Verfassungsgesetz als dezentralisierter Einheitsstaat (gemäß dem Staatsgründungsbeschluss eine demokratische Republik) organisiert. Ihre Verfassung bestand aus einer Reihe von Gesetzen mit materiellem Verfassungsrecht, die sukzessive erlassen wurden. Obwohl, besonders von den Staatsrechtslehrern und Mitwirkenden im Verfassungsausschuss Hans Kelsen und Julius Merkl, die Diskontinuität zur Monarchie betont wurde, wurde bereits im Staatsgründungsgesetz durch die Übernahme der Gesetze und Einrichtungen der Monarchie sofern „nicht aufgehoben oder abgeändert“ eine materielle Kontinuität begründet. Diese umfasst bis heute auch Verfassungsrecht im materiellen Sinn: So wurden von der Verfassung 1867 das StGG über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger und jenes über die richterliche Gewalt (mit kleinen Änderungen) übernommen.¹⁷³ Damit blieb das Verbot der Normenkontrolle von Gesetzen für die Gerichtsbarkeit vorerst erhalten. Auch der Reichsgerichtshof und der Verwaltungsgerichtshof sowie die gesamte Gerichts- und Verwaltungsorganisation wurden in der ersten Zeit als Staatsstruktur belassen.

¹⁷¹ Brauner (2005) (a.a.O.): S. 187ff.

¹⁷² Hans Kelsen (1925): Allgemeine Staatslehre: S. 16f. Zit. n. Öhlinger (2002) (a.a.O.): S. 594.

¹⁷³ Brauner (2005) (a.a.O.): S. 190.

Mit dem Gesetz vom 26. Jänner 1919 (StGBI 48) wurde ein „Verfassungsgerichtshof“ errichtet, dem die Aufgaben des früheren Reichsgerichts und Staatsgerichtshofes übertragen wurden.¹⁷⁴ In der Entwicklung seiner Normenprüfungskompetenzen werden in der Literatur zwei Faktoren als ausschlaggebend diskutiert: Die Bundesstaatlichkeit und das damals vorherrschende Rechts- und Verfassungsverständnis in Österreich.¹⁷⁵

2.3.2.1. Der Faktor der Bundesstaatlichkeit

Durch die Festlegung der Grenzen Österreichs durch den Friedensvertrag von Saint Germain-en-Laye wurde die Umwandlung Österreichs in einen föderalen Staat die zentrale Frage der Verfassungsentwicklung. Auch die Diskussion der Kompetenzen des Verfassungsgerichtshofes scheint nur unter diesem Aspekt stattgefunden zu haben.¹⁷⁶ Es wurde dabei auf den Theorien Jellineks und Renners aufgebaut. In seinem Werk „Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich“ schlug Jellinek 1885 bereits eine präventive Gesetzesprüfung durch das Reichsgericht im Fall eines Konflikts zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung vor. Ein allgemeines Prüfungsrecht wie in der amerikanischen Gerichtsbarkeit lehnte er hingegen aufgrund der unterschiedlichen Rechtstradition, ähnlich wie Mohl, strikt ab. Vielmehr verstand er Meinungsverschiedenheiten über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes als einen Kompetenzkonflikt zwischen der parlamentarischen Mehrheit und der Minderheit, welche einer Verfassungsänderung zustimmen müsste. Diese Minorität sollte ein Antragsrecht auf Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen haben.¹⁷⁷ Das Verfassungsgericht soll also die Funktion eines Schiedsgerichts zwischen den Fraktionen des Parlaments erfüllen und gleichzeitig Garant dafür sein, dass einfache Gesetze das Verfassungsrecht nicht abändern. Karl Renner brachte in seinem föderalistischen Konzept eine Normenkontrolle von Gesetzen oder Regierungsakten der föderalen Glieder auf, welche die Nichtigkeit dieser Normen im Fall der Verfassungswidrigkeit mit sich ziehen sollte.

Diesen, eigentlich bereits auf die Idee der Herrschaftsverträge und die richterliche Kompetenz im Heiligen Römischen Reich zurückgehenden Ideen folgend, sah die

¹⁷⁴ Dieser Name war bereits 1885 von Georg Jellinek in die Diskussion eingebracht worden, das Gesetz wurde von Hans Kelsen im Auftrag von Karl Renner entworfen. Die, teilweise umstrittene, Rolle Kelsens in der Entstehung des österreichischen Verfassungsgerichtshofes ist in der Literatur ausführlich (auch von Kelsen selbst) besprochen worden, siehe dazu etwa Gerald Stourzh (1989): Hans Kelsen, die österreichische Bundesverfassung und die rechtsstaatliche Demokratie. In: Ders.: Wege zur Grundrechtsdemokratie: Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaates. Wien: Böhlau: S. 309-334.

¹⁷⁵ Die folgende Darstellung stützt sich vor allem auf die Darstellung in Öhlinger (2002) (a.a.O.) sowie Paulson (2003) (a.a.O.). Für einen chronologischen Überblick siehe Georg Schmitz (2003): The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918-1920. In: Ratio Juris 16: S. 240-265.

¹⁷⁶ Öhlinger (2002) (a.a.O.): S. 589.

¹⁷⁷ Öhlinger (2002) (a.a.O.): S. 588.

ursprüngliche Regelung des Art 140 B-VG vor, dass die Bundes- bzw. Landesregierungen in Bezug auf Landes- bzw. Bundesgesetze auf Prüfung der Verfassungsmäßigkeit haben. Dieses Antragsrecht ist präventiv: Unabhängig von einem konkreten Anlassfall soll eine (abstrakte) Normenkontrolle erfolgen können. Bis hier scheint das Prinzip der demokratischen Parlamentsherrschaft (als Souveränität der demokratisch legitimierten Versammlungen) durch die Überlegung, dass es Parlamente auf zwei Ebenen gibt, gedeckt.

Interessant ist, dass die Regierungen jedoch nicht nur Fälle möglicher Kompetenzüberschreitungen anzeigen können, sondern jegliche Art von Verfassungswidrigkeit. Dies ist im Zusammenhang mit dem gleichzeitig eingeräumten dritten Weg zur Normenkontrolle zu sehen: Neben den Landesregierungen und der Bundesregierung, kann auch der Verfassungsgerichtshof per Beschluss amtswegig eine Prüfung einleiten, wenn er Bedenken gegen ein in einem anderen Verfahren anzuwendendes Gesetz hat. Diese Möglichkeit ist auf einen Vorschlag Kelsens in einem Unterausschuss des Verfassungsausschusses zurückzuführen: Kelsen argumentierte, dass es einem Verfassungsgericht nicht zumutbar sei, ein verfassungswidriges Gesetz anzuwenden. Die Tragweite dieser Bestimmung in Kombination mit der Bescheidbeschwerde des Art 144 B-VG, die bereits das Reichsgericht inne hatte, war bereits so groß, dass letztlich jeder eine Normenkontrolle anregen konnte.¹⁷⁸ Bereits der Umfang der Normenkontrolle in der ersten Fassung der Verfassungsgerichtsbarkeit, wie sie die Verfassung von 1920 vorsah, kann nicht nur durch den Aspekt der Bundesstaatlichkeit erklärt werden.

Der Einfluss des Rechtspositivismus und der Reinen Rechtslehre Kelsens wird durch die Reform des Verfassungsgerichtshof 1929 und die damit zusammenhängende wissenschaftliche Debatte besonders deutlich: Diese dehnte das Antragsrecht im Gesetzprüfungsverfahren auf den OGH und den Verwaltungsgerichtshof aus, allerdings mit der Einschränkung, dass diese das zu prüfende Gesetz in einem Verfahren anzuwenden haben, somit im Unterschied zu den Regierungen nicht prinzipaliter tätig werden können. Zusätzlich zu seinen Kompetenzen als Schiedsgericht in der vertikalen Gewaltenteilung wurde die im konstitutionellen System noch schwache Rolle der Judikative gegenüber der Legislative in der horizontalen Gewaltenteilung gestärkt.

¹⁷⁸ Öhlinger (2002) (a.a.O.): S. 591f. Die Reichweite dieser Bestimmung ist heute, angesichts des Instanzenzuges in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, problematisch.

2.3.2.2. Der Faktor des Rechts- und Verfassungsverständnisses

Der Rechtspositivismus definiert die Verfassung frei von inhaltlichen Begriffen, reduziert auf ihren rechtlichen Aspekt. Mit seiner scharfen Trennung von Sein und Sollen ist die Verfassung einzig ein Gesetz, das durch eine qualifizierte Mehrheit beschlossen und somit gültig positives Recht geworden ist. Daher konnte auch Jellinek in der bereits zitierten Schrift die Frage der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes als Kompetenzkonflikt zwischen Parlamentsmehrheit und -minderheit interpretieren. Ergänzt wird dieses Verfassungsverständnis von der Reinen Rechtslehre mit der von Kelsen und Merkl entwickelten Stufenbautheorie: Demnach ist die Verfassung eine weitere, den Gesetzen, Verordnungen, Urteilen und Bescheiden übergeordnete Schicht der Rechtsordnung. Die in der Verfassung zentrale Funktion des Parlaments wird in diesen Stufenbau eingebunden: So wie gemäß dem Legalitätsprinzip die Verwaltung als Vollzug der Gesetze angesehen wird, so sei auch die Gesetzgebung als Vollzug der Verfassung anzusehen. Wie es bereits in der zeitgenössischen Gerichtsbarkeit selbstverständlich war, über die Gesetzmäßigkeit von Verordnungen zu urteilen, stand einer gerichtlichen Überprüfung dieses Vollzugs nichts im Wege. Dadurch, dass das Parlament jedoch sowohl über die Verfassung (mit qualifizierter Mehrheit) und die Gesetze entscheiden kann, ist es gegenüber den anderen Organen der Verfassung (Regierung, Verwaltung und Gerichtsbarkeit) vorrangig und die Gefahr der Beeinträchtigung der Demokratie gebannt.¹⁷⁹

Kelsens Konzept der Gewaltenteilung unterscheidet sich von der traditionellen Gewaltentrennung, welche er als „auf die politische Machtlage in der konstitutionellen Monarchie abgestellte[s] Prinzip[s]“ betrachtete.¹⁸⁰ Er forderte für eine demokratische Verfassung keine „Isolierung“, sondern eine Aufteilung: Die Gewalten sollten sich nicht bloß hemmen, sondern, indem sie ihre eigene Funktion ausüben, auch gegenseitig kontrollieren, um die „Rechtmäßigkeit der Funktion“ und somit die Einhaltung der Verfassung zu garantieren. Die Gerichtsbarkeit müsse sich an die Verfassung als Gesetz und dementsprechend an die juristischen Methoden der Gesetzesinterpretation halten. Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Sinne Kelsens ist somit nicht gegen die Prinzipien der Gewaltenteilung und der Demokratie stehend, sondern gerade deren Bestätigung.¹⁸¹ Sie ist auch nicht *der* Hüter der Verfassung, sondern nur ein Hüter, die sich die politische Macht mit den anderen Verfassungsorganen nach den Prinzipien einer pluralistischen

¹⁷⁹ Pernthaler (2002) (a.a.O.): S. 643.

¹⁸⁰ Hans Kelsen (1925/2008): Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. In: Hans Kelsen / Robert Chr. Van Ooyen (Hg.): Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Tübingen: Mohr-Siebeck: S. 1-57, hier S. 25.

¹⁸¹ Ebd.

Demokratie (und des Fehlens der Volkssouveränität als geeinter nationaler Willen) innerhalb ihrer Funktionen aufteilen. Gemäß diesem Postulat der unabhängigen Funktion trat Kelsen einerseits auch für den geringstmöglichen parteipolitischen Einfluss bei der Ernennung der Richter ein. Andererseits empfahl er, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit keinen unbestimmbaren Begriffen begegnen: Die Verfassung sollte frei von „Phraseologien“ sein und unjustiziable Begriffe möglichst von der Gesetzgebung konkretisiert werden.¹⁸² Beiden Forderungen wurde aber nicht entsprochen, wie unten gezeigt wird.

Das dem Entwurf des österreichischen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit zu Grunde liegende Konzept ist somit ein „rein rechtliches“ Verfassungsverständnis, in welchem der Verfassungsgerichtshof als spezialisiertes Gericht in Verfassungsfragen gemäß dem Stufenbau des Rechts zu entscheiden hat. Als Verfassungsorgan ist er aber Teil des politischen Prozesses. Dem Konfliktpotenzial des „gouvernement des juges“, hervorgerufen durch die in dieser Weise erfolgende negative Gesetzgebung, begegnete die Reine Rechtslehre durch die Forderung nach bestimmbareren Verfassungsbegriffen und dem Ruf nach Zurückhaltung des Verfassungsgerichts. Grundrechte sollten demnach nicht zu seinen Kompetenzen gehören.

In Österreich ergaben sich aus diesem Verständnis heraus für die Zeit der Ersten Republik keine politischen oder wissenschaftlichen Kontroversen, so wie auch die amerikanische judicial review nicht diskutiert wurde. Anders jedoch in den übrigen Staaten Europas, wo gemäß dem rational-voluntaristischen Verfassungskonzept der Volkswille als vorrangig angesehen wurde und die Verfassungsgerichtsbarkeit große Diskussionen auslöste. Oftmalig diskutiert ist in diesem Zusammenhang die Kontroverse zwischen Carl Schmitt und Hans Kelsen.¹⁸³ Carl Schmitt unterschied strikt zwischen Recht und Politik und ging in der Folge von einem „politischen“ Verfassungsbegriff aus, dem der „Wille“ des Volkes als einheitlicher politischer Einheit vorausgehe. In dieser politischen Verfassung könnte somit nur ein politisches Organ über die Verfassung wachen, der Reichspräsident, der den Staat vor dem „pluralistischen System“ schützen solle.¹⁸⁴

Schmitts Ansichten stellen gewissermaßen das „andere Extrem“ in der Institutionengeschichte der Verfassungsgerichtsbarkeit dar und lassen erahnen, warum

¹⁸² Öhlinger (2002) (a.a.O.): S. 597.

¹⁸³ Dargelegt wurde dieser Streit in ihrer beider Schriften „Wer soll der Hüter der Verfassung sein?“. Siehe dazu Robert Chr. Van Ooyen (2008): Die Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen Demokratie und die Kontroverse um den „Hüter der Verfassung“. In: Ders. (Hg.): Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Tübingen: Mohr-Siebeck: S. VII-XXVII.

¹⁸⁴ Van Ooyen (2008) (a.a.O.): S. XXII.

nach dem Zweiten Weltkrieg die Zahl der Verfassungsgerichtshöfe rasant zunahm und seine Kompetenzen erweitert sowie die Sichtweise seiner Judikatur modifiziert wurden.

2.3.3. Weiterentwicklung nach dem Zweiten Weltkrieg

Die Erfahrungen mit Faschismus und Nationalsozialismus haben gezeigt, dass die Demokratie gegen besser geschützt werden muss. Aufgrund dieses historischen Hintergrundes konnte die Verfassungsgerichtsbarkeit in den ehemals von Faschismus betroffenen Ländern ausgebaut werden ohne auf politischen Widerstand zu stoßen.

Das österreichische Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit wurde durch zwei Elemente sowohl der konkreten als auch der abstrakten Normenkontrolle deutlich erweitert: Während in Österreich (vorerst) nur die zwei obersten Gerichte (OGH und VwGH) ein Normenprüfungsverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof einleiten durften, führten die Verfassungen (West-)Deutschlands und Italiens (1949 und 1956) zum einen ein, dass alle Richter ein von ihnen anzuwendendes Gesetz dem Verfassungsgericht zur Normenprüfung vorlegen dürfen. Auch wenn weiterhin das Verbot der richterlichen Normenkontrolle für die normale Gerichtsbarkeit bleibt, kann jedes Gericht das Verfahren für die Normenprüfung durch den Verfassungsgerichtshof (derer es in Deutschland auch auf Landesebene gibt) unterbrechen. Zum anderen wurde in Deutschland das Vorlagerecht zur präventiven abstrakten Normenkontrolle neben den Regierungen auf Länder- und Bundesebene auch Parlamentsmitglieder sowie, allerdings erst 1951, Individuen im Fall der Beeinträchtigung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechte (Verfassungsbeschwerde) ausgeweitet.¹⁸⁵

Auch in Österreich wurden die Kompetenzen des Verfassungsgerichtshofes, der 1945 mit den Kompetenzen von 1933 wieder eingesetzt wurde, erweitert: Nachdem 1965 eine Verfassungsnovelle dem Verfassungsgerichtshof die Zuständigkeit für die Rechtmäßigkeitsprüfung von Staatsverträgen übertrug, weiteten mehrere Reformen den Kreis der Antragsermächtigten sowohl in der inzidenten als auch in der präventiven Normenkontrolle deutlich aus, wie gleich anhand der derzeitigen Rechtslage gezeigt werden wird. Das Bescheidbeschwerdeverfahren wurde dahingehend abgeändert, dass der Verfassungsgerichtshof nur mehr nach der zweiten Instanz angerufen werden kann.¹⁸⁶ Dies ist ein Effekt der Internationalisierung des Rechts, wodurch die

¹⁸⁵ Cappelletti (1971) (a.a.O.): S. 74ff.

¹⁸⁶ Siehe dazu den geschichtlichen Überblick auf der Webseite des VfGH <http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/vfgh/geschichte.html> [Zugriff am 13.05.2010]

Verwaltungsgerichtsbarkeit an die Zivilgerichtsbarkeit angeglichen wird.¹⁸⁷ Besonders jedoch die Grundrechtsauslegung ist auf die Ereignisse auf europäischer Ebene, die das Resultat der Erfahrungen von Diktatur und Unrecht sind, zurückzuführen: Vor allem in den 1970er Jahren entwickelte der Verfassungsgerichtshof eine dynamische und Auslegung des Grundrechtskatalogs nach dem Vorbild der Menschenrechtskonvention des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, die im Verfassungsrang steht. Vom Kelsenianischen Konzept der streng am Wortlaut orientierten Vollziehung der Verfassung weit entfernt, begreift der Verfassungsgerichtshof heute die Formeln, welche die Grundrechte im Text der Verfassung garantieren, sowie die leitenden Prinzipien der Bundesverfassung der Versteinerungstheorie nach, als „zeitgebundene Hinweise auf eine Art präpositive Rechtsprinzipien, die es erst näher zu konkretisieren gilt“.¹⁸⁸

Dieses neue Verfassungsverständnis verschärft die Frage nach der Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit- Rechtsprechung oder Gesetzgebung- wie sie auch in der Literatur stark diskutiert wird.¹⁸⁹ Insgesamt ist in der Weiterentwicklung der zentralisierten Verwaltungsgerichtsbarkeit durch dieses neue Verfassungsverständnis eine Tendenz zum Garant der Grundrechte als höchstes Gericht ähnlich dem amerikanischen System festzustellen.¹⁹⁰ Ihre (trotzdem noch bestehenden) wesentlichen Unterschiede zum System der dezentralisierten Normenkontrolle sollen sogleich anhand der aktuellen Gesetzeslage in Österreich und der Situation in den USA beleuchtet werden.

2.4. Formen und Verbreitung der Verwaltungsgerichtsbarkeit

So wie von der geschriebenen Verfassung von einem Universalismus gesprochen wird,¹⁹¹ kann auch von der Verwaltungsgerichtsbarkeit als politische und/oder rechtliche Idee gesprochen werden, die auf allen Kontinenten Akzeptanz gefunden hat. Während vor dem Zweiten Weltkrieg nur wenige Staaten aufgrund der Rechtsstruktur (bezüglich des amerikanischen Systems) und/oder aufgrund der politischen Ablehnung ob dem Prinzip der Volkssouveränität, lässt sich nach dem Zweiten Weltkrieg einerseits ein „Siegzug der spezialisierten Verwaltungsgerichtsbarkeit“¹⁹² erkennen und andererseits feststellen, dass vor allem parlamentarische Systeme diese in ihrem Verfassungsgefüge

¹⁸⁷ Nach Art 6 der EKMR ist das österreichische Verwaltungsstrafrecht auch zu einem Instanzenzug verpflichtet.

¹⁸⁸ Öhlinger (2002) (a.a.O.): S. 599.

¹⁸⁹ Siehe hierzu etwa Karl Korinek / Jörg P. Müller / Klaus Schlaich (1981): Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen. In: VVVDStRL 39. sowie die Literaturhinweise in Peine (1983) (a.a.O.): FN 4.

¹⁹⁰ Cappelletti (1971) (a.a.O.): S. 76.

¹⁹¹ So Karl Loewenstein, siehe Mayer-Tasch (1991) (a.a.O.): S. 32.

¹⁹² Kneip (2008) (a.a.O.): S. 634.

aufgenommen haben.¹⁹³ Dabei können der Umfang der jüngeren Verfassungen und deren notwendige Kompetenz als Grund für die Wahl eines spezialisierten Gerichts nicht unerwähnt bleiben.

Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den verschiedenen Ländern hat heute ganz unterschiedliche Ausprägungen, die nicht nur durch die institutionelle Ausgestaltung des Verfassungsgerichts oder Obersten Gerichtshofes (Besetzung der Richterbank, Anrufungsrecht, etc.) und ihre Kompetenzen festgelegt ist,¹⁹⁴ sondern auch bedeutend durch die Wahrnehmung der Rolle durch die Richter und deren Resonanz in der Öffentlichkeit beeinflusst werden. Die zwei historisch prominentesten Fälle sollen nun für eine kurze Veranschaulichung Modell stehen.

2.4.1. Verfassungsgerichtsbarkeit als Funktion der ordentlichen Gerichte - USA

Das amerikanische System der Verfassungsgerichtsbarkeit zeichnet sich durch seine dezentralisierte Gestaltung aus: Alle Gerichte können selbständig die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes feststellen. Die niederen Gerichte sind aber nach dem Prinzip der *stare decisis* an bestehende Entscheidungen höherer Gerichte gebunden, welche nur in gesonderten Verfahren abgeändert werden können. Der United States Supreme Court ist das oberste Bundesgericht. Als solches ist er in erster Linie Appellationsgericht und nur mit einigen wenigen verfassungsrechtlich festgelegten zusätzlichen originären Kompetenzen (wie etwa Amtsenthebungsverfahren) ausgestattet. Er soll das Instrument zur Wahrung des gesamten Bundesrechts sein, auch gegenüber den höchsten Gerichten der Einzelstaaten. Durch die Dezentralisierung der Normenkontrollkompetenz gelangen die Gerichte und insbesondere der Supreme Court weniger in eine Frontstellung zu den politischen Gewalten als ein zentralisiertes Gericht.¹⁹⁵ Dies umso mehr, als sich viele verfassungsrechtliche Fragen im Instanzenzug verlieren können.

Die Richter des US Supreme Courts werden durch den Präsidenten „by and with the Advice and Consent of the Senate“ (Art II U.S. Constitution)¹⁹⁶ ernannt. Interessant ist, dass die Anzahl der Verfassungsrichter vom Congress festgelegt wird und nicht durch die Bundesverfassung. Derzeit ist die Zahl auf acht Associate Justices neben dem Chief Justice

¹⁹³ Für eine detaillierte systematische Darstellung der Verfassungsgerichtsbarkeit weltweit siehe Arne Mavcic (2001): *The Constitutional Review*. Postojna: concourts.net.

¹⁹⁴ Albrecht Weber (1986): *Generalbericht: Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*. In: Christian Starck / Albrecht Weber: *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*. Baden-Baden: Nomos: S. 41-120.

¹⁹⁵ Zweigert (1976) (a.a.O.): S. 66.

¹⁹⁶ http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html [Zugriff am 06.05.2010]

festgelegt.¹⁹⁷ Art III garantiert den Richtern des Supreme Courts „bei gutem Benehmen“ das Richteramt auf Lebenszeit. Durch den Unterschied zur begrenzten Amtszeit des Präsidenten und dem Austausch eines Teils des Congress jedes zweite Jahr, kann es zu politischen Differenzen kommen. Besonders die Ernennung relativ junger Richter, wie etwa des derzeitigen Chief Justice John G. Roberts durch George W. Bush Jr., kann das Verhalten des Supreme Courts über Jahrzehnte hinweg beeinflussen.¹⁹⁸ Andererseits erweisen sich oft Richter im Nachhinein als nicht den politischen Vorstellungen entsprechend.

Eine Normenkontrolle ist an einen konkreten Rechtsstreit gebunden, Verfahren der abstrakten Normenkontrolle sind unbekannt. Vielmehr muss eine verfassungsrechtliche Frage erst in einem Prozess zur Klärung der persönlichen oder vermögensrechtlichen Lage einer natürlichen oder juristischen Person ergeben. Besonders aktiv ist die Normenkontrolle somit in Fragen des Individualrechtsschutzes.¹⁹⁹ Eine Schlichtungsstelle für Kompetenzstreitigkeiten und Streitigkeiten zwischen den Legislativgewalten ist der Supreme Court als Normenkontrollbehörde jedoch nicht, wohl aber als Staatsgerichtsbarkeit im Zuge seiner originären Kompetenzen.

Aus der Folge der Feststellung der Verfassungswidrigkeit lässt sich gut erkennen, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit auf die Hemmung der Gewaltenüberschreitung beschränkt ist: In der amerikanischen Konzeption ist das verfassungswidrige Gesetz nie in Geltung getreten. Die Erkenntnis der Verfassungswidrigkeit ist somit rein deklarativ und gilt ex tunc. Die Wirkung, das Gesetz nicht mehr anzuwenden, ist zwar ursprünglich rein inter partes, durch das Prinzip der stare decisis jedoch für alle nachstehenden Gerichte bindend.²⁰⁰ Ein Änderungsauftrag oder Verbesserungsvorschlag ist nicht vorgesehen und wurde erst ab den 1970er-Jahren üblich. In den Jahrzehnten zuvor wurde auch der political question-Doktrin der Rücken gekehrt.²⁰¹ Diese von Marshall 1803 begründete Doktrin sah die Zurückhaltung der Richter in politisch brisanten Fragen vor, die als nicht justiziabel galten.²⁰² Dies traf lange Zeit vor allem auf die Fragen des föderativen Prinzips zu und heute noch soll die Außenpolitik nicht durch die Gerichte determiniert werden.

¹⁹⁷ US Code Title 28 § 1 http://uscode.house.gov/download/title_28.shtml [Zugriff am 06.05.2010]

¹⁹⁸ John Schmidhauser (1988): Judicial Activism and Congressional Responses in the United States. In: Christine Landfried: Constitutional review and legislation: an international comparison. Baden-Baden: Nomos: S.41.

¹⁹⁹ Zweigert (1976) (a.a.O.): S. 67.

²⁰⁰ Cappelletti (1971) (a.a.O.): S. 86, S. 90.

²⁰¹ Edward McWhinney (1986): Supreme Courts and Judicial Law Making: Constitutional Tribunals and Constitutional Review. Dordrecht/Lancaster: Nijhoff: S. XV. Zit. n. Christine Landfried (1988): Introduction. In: Christine Landfried: Constitutional review and legislation: an international comparison. Baden-Baden: Nomos: S. 7-21, hier S. 11.

²⁰² Fritz W. Scharpf (1966): Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis. In: The Yale Law Journal 75: S. 517-597.

Der Kongress hat darauf mit Versuchen, die Macht des Supreme Courts zu beschneiden, reagiert. Oft wird aus Überlegungen der öffentlichen Meinung, Rechtsfragen erst bei besserem politischem Klima entschieden, wenn sie wieder vor das Gericht gebracht wurden, und nicht aus der Interpretation der in Frage stehenden Normen. Dies lässt sich aber auch in der zentralisierten Normenkontrolle beobachten.

2.4.2. Verfassungsgerichtsbarkeit als Funktion besonderer Gerichte - Österreich

Der grundlegende Unterschied des österreichischen Systems zum amerikanischen System ist die Zentralisierung der richterlichen Normenkontrollkompetenz bei *einem* spezialisierten Gericht bei sonstigem Verbot der Überprüfung von Gesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit. Die Errichtung des Verfassungsgerichtshofes (VfGH), seine Kompetenzen und die Besetzung der Richterbank sind im Bundesverfassungsgesetz geregelt. Er ist kein Berufungsgericht wie im amerikanischen Verfassungsgefüge: Urteile und Gerichtsakte - unter Ausnahme der Akte des Asylgerichtshofes - können nicht vor dem VfGH berufen werden. Die Konzentration der Spruchstätigkeit in verfassungsrechtlichen Fragen birgt ein größeres Konfliktpotenzial als im amerikanischen System, dem mit einer Aufteilung der Kompetenz zur Ernennung der Richter begegnet wird: Nach Art 147 B-VG besteht der Verfassungsgerichtshof aus einem Präsidenten, einem Vizepräsidenten und zwölf weiteren Mitgliedern sowie sechs Ersatzmitgliedern. Die Ernennung der Richter erfolgt durch den Präsidenten auf Vorschlag der verschiedenen Verfassungsorgane: Die Bundesregierung erstellt Vorschläge für den Präsidenten, den Vizepräsidenten, sechs Mitglieder und drei Ersatzmitglieder. Der Nationalrat und der Bundesrat teilen sich das Vorschlagsrecht für die übrigen Mitglieder. Anders als in den Vereinigten Staaten sind die Mitglieder nicht zwingend Richter, sondern müssen einzig eine abgeschlossene juristische Ausbildung haben. Einzig die Bundesregierung ist an den Personenkreis der Richter, Verwaltungsbeamten oder Universitätsprofessoren gebunden (Art 147 leg cit Abs 2). Meist wird dieses Amt nebenberuflich ausgeführt, wobei durch Berufsverbote eine Unabhängigkeit zur Legislative und Exekutive geschaffen werden soll. Die Amtszeit ist mit dem 70. Lebensjahr begrenzt, während dieser sind sie unabhängig, unabsetzbar (einzig durch den VfGH selbst), unversetzbar und nichtweisungsgebunden.

Die Normenkontrolle kann sowohl abstrakt als auch konkret erfolgen: Das in Art 139 normierte Bescheidbeschwerdeverfahren ist der Normenkontrolle von

Gesetzesprüfungsverfahren nach Art 140 sehr ähnlich. Es sind drei Fälle der Einleitung eines solchen Verfahrens zu unterscheiden:

Die erste Gruppe der Antragsermächtigten sind die Obersten Gerichte und Verwaltungsbehörden, die nur im Fall eines anhängigen Rechtsstreit antragsberechtigt sind (konkrete Normenkontrolle, inzidenter). Die zweite Gruppe hat ein Antragsrecht unabhängig von einem konkreten Rechtsstreit (repressive abstrakte Normenkontrolle, prinzipaliter). Der dritte Fall regelt den 1975 eingeführten Individualantrag, der „als letzter“ Ausweg gestaltet ist und nur dann zur Anwendung kommen kann, wenn die Rechtssphäre des Antragstellers verletzt ist und ein anderer Weg zur verfassungsgerichtlichen Gesetzesprüfung unzumutbar wäre. Trotz ihrer strikten Voraussetzungen bildet der Individualantrag den größten Bereich von Ansatzpunkten zur Normenkontrolle. Die meisten Gesetzesprüfungsverfahren werden von Amts wegen aufgrund eines Bescheidbeschwerdeverfahrens nach Art 144 eingeleitet.²⁰³ Die größte Bedeutung des Verfassungsgerichtshofes liegt also in der konkreten Normenkontrolle. Wird die betroffene Partei klaglos gestellt, wird über die Verfassungswidrigkeit der Norm dennoch erkannt.

Das Gericht kann eine konkrete Norm oder das ganze Gesetz aufheben, mit sofortiger Wirkung oder unter Setzung einer Frist von längstens 18 Monaten (Art 144 Abs 5 *leg cit*). Die Aufhebung ist vom Bundeskanzler bzw. vom Landeshauptmann unverzüglich kundzumachen und hat somit eine *erga omnes*-Wirkung *ex tunc*. Die Nichtigkeit mit Wirkung *ex tunc* ist auf die rechtspositivistische Ansicht Kelsens zurückzuführen, dass gesetztes Recht durch die gehörige Kundmachung, welche die Minimalbedingungen des positiven Rechts überprüfen, auch zur Rechtssicherheit gültig sein müsse. Die Aufhebung zerstört also, im Unterschied zur amerikanischen Lösung, auch die dahinter stehende politische Entscheidung. Die Setzung einer Frist bedeutet, dass der Gesetzgeber bis zu diesem Zeitpunkt das aufzuhebende Gesetz „reparieren“ kann. Im Rahmen seiner Urteilsbegründung kann der VfGH auch Ratschläge für eine rechtskonforme Ersatzlösung erteilen oder erkennen lassen und auch sonst die verfassungsrechtliche Lage genau erörtern. Die verfassungsrechtliche Schutzwirkung für die parlamentarische Minderheit ist hier deutlich zu erkennen.²⁰⁴ Der österreichische Verfassungsgerichtshof greift somit, im Gegensatz zu den amerikanischen Gerichten, aktiv in den Gesetzgebungsprozess ein. Da das österreichische Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit von vielen Staaten übernommen wurde, die vorerst aufgrund

²⁰³ Rudolf Machacek (Hg.) (2000): Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof und vor dem Verwaltungsgerichtshof. Wien: Manz: S. 93ff.

²⁰⁴ Pernthaler (2002) (a.a.O.): S. 646f.

des Prinzips der Volkssouveränität der Verfassungsgerichtsbarkeit kritisch gegenüber standen, erscheint diese aktive Rolle im ersten Blick überraschend, ist aber nur durch die Tradition pluralistischer Demokratie im Gegensatz zum amerikanischen Zweiparteiensystem zu erklären ist.

Der weitreichendste Unterschied zwischen dem amerikanischen und dem österreichischen Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit macht in der Praxis somit nicht die Einräumung der Möglichkeit der abstrakten Normenkontrolle aus, sondern die Folge des Urteils der Verfassungswidrigkeit, die in dieser Form nur durch eine Zentralisierung der Verfassungsgerichtsbarkeit möglich ist. Dies wird auch die systemtheoretische Sichtweise der Verfassungsgerichtsbarkeit bestätigen.

2. TEIL: VERFASSUNG UND VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT AUS DER SICHT DER SYSTEMTHEORIE

3. Kapitel: Die Systemtheorie

Der erste Teil hat einen Überblick über die Entstehung, Entwicklung und geschichtliche intendierte Funktion der Verfassung und der Verfassungsgerichtsbarkeit gegeben. Die dort geschilderten historischen Umbrüche sollen nun aus einer abstrahierenden Sicht beleuchtet werden, um eine theoretische Begründung für die Existenz und Macht der Verfassung und der Verfassungsgerichtsbarkeit zu bieten. Die in der Einleitung erwähnte Entscheidung, eine universalistische Theorie anzuwenden, da die Fragestellung sich zwischen Politik und Recht bewegt, soll hier näher begründet werden. Dazu wird (1) in die Systemtheorie im Allgemeinen und (2) in Niklas Luhmanns Werk eingeführt, wobei auch (3) die Kritikpunkte an seiner Theorie behandelt werden sollen. Danach werden (4) die Grundzüge der Gesellschaftstheorie Luhmanns behandelt.

3.1. Die Systemtheorie im Allgemeinen

3.1.1. Was ist Systemtheorie?

Der Begriff des Systems stammt vom altgriechischen Begriff „systema“, das Zusammengestellte, ab. Das Bild des Ganzen wird bereits seit langer Zeit gegenüber den Teilen des Ganzen in den Mittelpunkt gerückt: Schon Aristoteles legte Wert auf die Priorität des „ganzen Körpers“ bevor man seine einzelnen Teile unterscheidet: „Ausgangspunkt aller Erkenntnis ist nun aber auf jedem Gebiet die Einheit.“²⁰⁵ Diese Sichtweise eines Systems, dessen Teile gleich das Gesamte ergeben, stellt in seiner allgemeinsten Form darauf ab, dass eine bedeutsame Eigenschaft eine Menge von Elementen, Variablen oder Objekten zusammenhält, zwischen welchen wechselseitige Beziehungen, Interdependenzen, bestehen. Ein System ist nach außen hin von der

²⁰⁵ Aristoteles: Metaphysik: 1016b. zit. n. Johann Dieckmann (2005): Einführung in die Systemtheorie. München: Fink: S.19.

(System) Umwelt abgetrennt, es gibt eine Grenze des Systems. Dennoch kann das System offen und somit durch seine Umwelt beeinflusst sein und gleichzeitig auf diese einwirken.²⁰⁶

Die Konstruktion verschiedener Systeme zur Beschreibung der Wirklichkeit bzw. die Beschreibung der Wirklichkeit anhand real existierender Systeme, je nachdem, ob eine konstruktivistische Position eingenommen wird,²⁰⁷ erlaubt gleichzeitig sowohl das Ganze, etwa ein System der Politik, als auch seine Teile, etwa die Parteien, zu analysieren, ohne das Übergeordnete jeweils mit reflektieren zu müssen. Somit wird der Komplexität der verschiedenen, keineswegs linear ablaufenden und dadurch schwer abzubildenden Interdependenzen, Verstrickungen und Überlagerungen verschiedener Systemteile bzw. der Systeme selbst in der Realität Rechnung getragen, ohne diese zu stark vereinfachen zu müssen und das Ziel kann erreicht werden, deren Strukturen und Funktionen herauszuarbeiten und zu erklären. Hierin liegt ein wichtiger Vorteil der Systemtheorie gegenüber anderen Theorien der Sozialwissenschaften: Die Komplexität der sozialen Beziehungen kann anhand von Systemen als analytischen Gebilden besser wiedergegeben werden.²⁰⁸

Es ist wahrscheinlich diese Eigenschaft, die den Systembegriff zu einer der erfolgreichsten sozial- und politikwissenschaftlichen Analysekatoren machte, welche jedoch nach wie vor nicht unumstritten bleibt. Als Begründer einer sozialwissenschaftlichen Systemtheorie gilt der amerikanische Soziologe Talcott Parsons, der in seinem 1951 erschienen Artikel „The Social System“ und im gleichnamigen Buch aus dem Jahre 1964 eine Theorie sozialer Systeme vorstellte. Doch waren es vor allem die interdisziplinären Einflüsse, die diesen Ansatz erweiterten und nährten: Die Idee der Beobachtung der Welt unter der Perspektive „Systeme“ in unterschiedlichsten Wissenschaften brachte erstaunlich ähnliche Systemprobleme zu Tage: u.a. in Chemie, Psychologie, Biologie, Soziologie, Kommunikationswissenschaft, Wirtschaft bis hin zu Philosophie, Erkenntnistheorie und Medizin.²⁰⁹ Es entstand um 1950 eine Allgemeine Systemtheorie (General System Theory), welche auch die ältere Disziplin der Kybernetik, die als Regelungs- und Kommunikationstheorie in sich geschlossene Mechanismen behandelte, in sich aufnahm. Diese Allgemeine Systemtheorie arbeitet an diesen Systemproblemen und stellt neue interdisziplinäre Systemkonzepte und einen

²⁰⁶ Peter Birle/ Christoph Wagner (1994): Vergleichende Politikwissenschaft: Analyse und Vergleich politischer Systeme. In: Mols, Manfred/ Lauth, Hans-Joachim/ Wagner, Christoph (Hg.): Politikwissenschaft: Eine Einführung. Paderborn: Schöningh: ,S. 102-135, hier S. 109.

²⁰⁷ Auf den Unterschied wird weiter unten eingegangen.

²⁰⁸ Helmut Willke(2006): Systemtheorie I: Grundlagen. Eine Einführung in die Grundprobleme der Theorie sozialer Systeme. Stuttgart: Lucius & Lucius: S.3f.

²⁰⁹ ebd.

fachübergreifend anwendbaren Begriffsapparat als Anknüpfungspunkte und Lösungen für die Teildisziplinen zur Verfügung. Somit wirken neue Impulse aus verschiedensten Wissenschaftsrichtungen auf die systemtheoretischen Konzepte der Sozialwissenschaften ein, welche in der anschließend verwendeten Systemtheorie Niklas Luhmanns nicht zu übersehen sind.

3.1.2. Theorie sozialer Systeme

Doch was ist nun mit einer Theorie sozialer Systeme gemeint? Sehr allgemein gesprochen soll damit jegliche Interaktion zwischen Menschen beschrieben werden können. In der Politikwissenschaft wurden, angefangen 1953 mit David Eastons Beschreibung des politischen Systems als „system of behavior“²¹⁰, eigene Theorien zum politischen System entwickelt, die zur Beschreibung und Erklärung jener menschlichen Interaktionen dienen sollen, die unter den Begriff der „Politik“ gefasst werden können. Das politische System kann in diesem Sinne ganz allgemein verstanden werden als jenes gesellschaftliche Teilsystem, das für die Produktion kollektiv verbindlicher Entscheidungen zuständig ist. Es ist somit ein Spezialfall eines sozialen Systems, ebenso wie die Politikwissenschaft zur Gruppe der Sozialwissenschaften gehört.

Um der bereits erwähnten Forderung nach Universalität gerecht zu werden, bedarf es jedoch einer allgemeinen Theorie sozialer Systeme, welche grundsätzlich auf alle sozialwissenschaftlichen Fragen anwendbar ist, zu welchen auch die Frage nach der Etablierung einer gewissen Herrschaftsform, nämlich die „verfasste“, gehört. Diese Art der Theorie ist primär Aufgabe der Soziologie.²¹¹ Dennoch soll sie hier zur Anwendung kommen, da sie, wie sich aus dem Gesagten erkennen lässt, in gewisser Weise den Platz einer „Metatheorie“ einnimmt.²¹²

Die Theorien sozialer Systeme haben sich seit dem frühen Werk von Talcott Parsons stark verändert. Sie setzten in ihrer Entwicklung zunehmend andere Akzente und gewannen an Dichte, Elaboriertheit und Dynamik, was sich zumeist auch in der verwendeten, mitunter höchst abstrakten, Sprache niederschlägt. So werden zum Beispiel

²¹⁰ David Easton (1953): *The Political System*. New York. Zit. n. Birle/Wagner (a.a.O.): S. 110.

²¹¹ Vgl. hierzu ein Zitat von Luhmann: „Die Gesellschaftstheorie ist ein Spezialunternehmen unter anderen, und dies, obwohl sie eine Theorie des umfassenden sozialen Systems ist. Das ist eine Merkwürdigkeit, die man sich vor Augen führen muss: Die Theorie des umfassenden Systems ist noch keine vollständige soziologische Theorie. Man müsste in der Systemtheorie eine Abstraktionslage darüber hinausgehen und etwa eine Theorie sozialer Systeme schlechthin formulieren.“ In: Niklas Luhmann (2005): *Einführung in die Theorie der Gesellschaft*. Herausgegeben von Dirk Baecker. Heidelberg: Carl-Auer: S. 21.

²¹² Zur Anwendung der Gesellschaftstheorie in der Politikwissenschaft siehe etwa Hannes Wimmer (2000): *Die Modernisierung politischer Systeme. Staat, Parteien, Öffentlichkeit*, Wien: Böhlau.

als Elemente des sozialen Systems, gewissermaßen als Bausteine, je nach Theorie etwa Personen (Tönnies), Individuen (Pareto) oder Kommunikation (Luhmann)²¹³ angenommen, was unterschiedliche Folgen auf die Theoriestructur hat. Es ist also kaum möglich von *einer* Theorie sozialer Systeme in der Soziologie zu sprechen. Der deutsche Soziologe Niklas Luhmann hat bei weitem das umfangreichste Werk zur Theorie sozialer Systeme verfasst. Ausgehend von einer allgemeinen Systemtheorie entwickelte er eine Gesellschaftstheorie, welche die Gesellschaft im Ganzen als soziales System behandelt. Diese erhebt nicht nur den Anspruch, auf alle sozialwissenschaftlichen Fragen anwendbar zu sein, sondern auch „den gesamten Bereich der Wirklichkeit abzudecken“.²¹⁴

Kurz zusammengefasst und als Begründung für die Theoriewahl kann an diesem Punkt also gesagt werden, dass eine Theorie, wie Luhmann sie geschaffen hat, 1. als Systemtheorie die Komplexität der sozialen Beziehungen als analytisches Gebilde in ausreichender Weise wiedergeben kann, 2. als Theorie sozialer Systeme auf den gesamten Bereich des Sozialen, und somit sowohl auf die Politik und die Rechtsprechung anwendbar ist, und 3. als Gesellschaftstheorie die gesamte Welt abzudecken versucht.

Die Verwendung der Gesellschaftstheorie Luhmanns als Instrumentarium dieser Diplomarbeit soll aber keinesfalls einer Orthodoxierung seiner Lehre gleich kommen. Auch würde das der Person Luhmanns widerstreben, hielt er diese doch für kritisierbar und ergänzbar, gegebenenfalls auch ersetzbar. Eine kritische Verwendung dieser theoretischen Basis, das Aufzeigen von Leerstellen und Widersprüchen, soll angestrengt werden. In dieser Weise soll auch im Weiteren auf die Probleme, die die Benützung der Systemtheorie in dieser Arbeit mit sich bringt, sowie die häufigsten Kritikpunkte am systemtheoretischen Paradigma in den Sozialwissenschaften eingegangen werden.

3.2. Niklas Luhmanns universelle Systemtheorie

3.2.1. Der Theoretiker

„Bei meiner Aufnahme in die 1969 gegründete Fakultät für Soziologie der Universität Bielefeld fand ich mich konfrontiert mit der Aufforderung, Forschungsprojekte zu benennen, an denen ich arbeite. Mein Projekt lautete damals und seitdem: Theorie der Gesellschaft; Laufzeit: 30 Jahre; Kosten: keine.“²¹⁵

²¹³ Siehe hierzu etwa: Johann Dieckmann (2004): Luhmann- Lehrbuch. München: Fink: S.13ff.

²¹⁴ Niklas Luhmann (1987): Archimedes und wir. Interviews herausgegeben von Dirk Baecker und Georg Stanitzek, Berlin: ??: S.163, zit.n. Margot Berghaus (2003): Luhmann leicht gemacht. Köln: Böhlau: S.25.

²¹⁵ Niklas Luhmann (1997): Die Gesellschaft der Gesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp: S.11.

In diesem Zitat aus dem Buch „Die Gesellschaft der Gesellschaft“ resümiert Niklas Luhmann ein Jahr vor seinem Tod 1998 sein Lebenswerk. Und tatsächlich weist sein ca. 50 Monographien und mehr als 300 Aufsätze umfassendes Werk eine erstaunliche Einheit auf, welche kaum größere Brüche aufweist.

Nach seinem Jurastudium war Niklas Luhmann zuerst in der Verwaltung tätig, ehe er 1960-61 an der Harvard University bei Talcott Parsons Soziologie studierte, wo er sich quasi „an erster Stelle“ in die Systemtheorie einführte. In der Folge ging er nach einer Forschungstätigkeit in Speyer an die Universität Münster wo er innerhalb nur eines Jahres promovierte und habilitierte. 1968 übernahm er den neu gegründeten Lehrstuhl für Soziologie in Bielefeld, welchen er bis 1993 inne hatte.²¹⁶ Schon vor seiner akademischen Tätigkeit begann er mit Veröffentlichungen und entwarf die Grundzüge seiner Theorie. „Theorie als Passion“ lautete der Titel der zu seinem 60.Geburtstag erschienenen Festschrift treffend, war er doch stets um eine facheinheitliche Theorie bemüht, die den zahlreichen Teilbereichen der Soziologie eine Grundlage sein soll.

In der Entwicklung seiner universalen Theorie sind mehrere Ebenen, zugleich verschiedene Phasen seiner Theorieproduktion, auszumachen:

- *Entwurf einer allgemeinen Systemtheorie*: Vor allem in seinem Buch „Soziale Systeme“ (1984), werden die Grundbegriffe seiner Systemtheorie grundlegend und allgemein, dadurch aber auch sehr abstrakt, dargestellt. Er unterscheidet prinzipiell zwischen maschinellen, biologischen bzw. organismischen, psychischen und sozialen Systemen, wobei letztere sein Gegenstand sind.
- *Anwendung der Systemtheorie auf konkrete gesellschaftliche Bereiche*, die als Funktionssysteme bezeichnet werden, denn es kann „kein Zufall sein, [...] daß [sic!] sehr heterogene Funktionsbereiche wie Wissenschaft und Recht, Wirtschaft und Politik, Massenmedien und Intimbeziehungen vergleichbare Strukturen ausweisen – allein deshalb schon, weil ihre Ausdifferenzierung Systembildung erfordert.“²¹⁷ Auf dieser Ebene entstanden zahlreiche Werke mit Untertheorien zu verschiedenen gesellschaftlichen Aufgaben, welche zeigen, dass diese Teilsysteme der Gesellschaft vergleichbare Strukturen aufweisen. Für die hier angestrebte

²¹⁶ Über seine Biographie sagte der 1927 geborene Luhmann selbst: „Eine Biographie ist eine Sammlung von Zufällen, das Kontinuierliche besteht in der Sensibilität für Zufälle. Insofern kann man auch bezüglich meiner Biographie von einer Kette von Zufällen sprechen: der politische Umbruch 1945, den ich mit offenen Augen erlebte; das Jurastudium, in dem man eine Reihe von Organisationstricks lernte und zugleich eine Art Augenmaß, was mich, nebenbei gesagt, für immer für Selbstverwaltung in Universitäten verdorben hat; und dann natürlich die Beschäftigung mit Parsons und Husserl, also die Zusammenschließung von Sinnanalyse und Funktionsbegriff.“ Niklas Luhmann (2001³): Short Cuts. Short Cuts 1, herausgegeben von Peter Gente, Heide Paris und Martin Weinmann, Frankfurt am Main: Suhrkamp. S.16f. zit.n. Berghaus (a.a.O.): S. 15.

²¹⁷ Luhmann (1997) (a.a.O.): S.12

Untersuchung sind davon insb. die Werke „Die Politik der Gesellschaft“ (2000) und „Das Recht der Gesellschaft“ (1993) relevant.

- *Anwendung der Systemtheorie auf die Gesellschaft im Ganzen*: Schließlich präsentiert Luhmann in seinem 1997 erschienen Buch seine Theorie der Gesellschaft ausführlich.

Luhmann wählte also den Weg vom Allgemeinen ins Spezielle. Für seine Gesellschaftstheorie ebenso wie für seine Untersuchungen der verschiedenen Funktionssysteme kam zu dieser „sehr abstrakten Theoriegrundlage“²¹⁸ eine historische Perspektive hinzu. Diese Vorgehensweise argumentiert er damit, dass die heutige Gesellschaft oft als modern bezeichnet wird und somit ihr Spezifikum nur über einen Vergleich mit den Strukturen und Denkweisen älterer Gesellschaften herausgearbeitet werden kann. Gleichmaßen brauche man aber eine abstrakte Theorie, „wenn man historische Materialien nicht nur in der Reihenfolge des Geschehens nacherzählt, wenn man nicht nur deskriptiv und gleichsam quellengründlich aufarbeitet, was an Vergangenen noch erkennbar ist. [...] Theoretische Abstraktion und historische Perspektive fordern sich somit wechselseitig.“²¹⁹ Gemäß dieser Architektur seiner Theorie sollen auch hier zuerst die Grundlagen seiner Theorie sozialer Systeme skizziert werden, ehe auf das soziale System der modernen Gesellschaft und ihre Funktionssysteme eingegangen wird und somit der Bogen zum Thema der vorliegenden Arbeit geschlagen wird.

3.2.2. Grundlagen der Systemtheorie Luhmanns

„Die Identität der Theorie liegt in der Differenz von System und Umwelt, und deswegen ist „Systemtheorie“ eigentlich eine falsche Bezeichnung. [...] Systemtheorie in dieser theoretischen Stellung ist der Vorschlag einer bestimmten Unterscheidung, und zwar einer Unterscheidung, die die Welt in System und Umwelt spaltet. System und Umwelt sind wiederum die komplette Welt. Alles was nicht System ist, ist vom System aus gesehen Umwelt. Es handelt sich also um eine universelle Theorie oder um einen universellen Begriffsvorschlag, eine universelle Unterscheidung, die freilich bestimmte Konsequenzen hat.“²²⁰

Dieses Zitat zeigt bereits, dass der Begriff der Differenz die bedeutendste Stellung in Luhmanns Theorie einnimmt: Seine Theorie soll bei Unterscheidungen, der Markierung einer Grenze, ansetzen, denn erst dadurch werden die Objekte selbst erfassbar. Jede

²¹⁸ So Luhmann selbst in: Luhmann (2005) (a.a.O.): S.12.

²¹⁹ Ebd.: S.13.

²²⁰ Luhmann (2005) (a.a.O.): S.51.

Beobachtung muss über die Differenz ablaufen. Alles wird in zwei Sphären unterschieden und bezeichnet: das Unterschiedene und das Nichtunterschiedene oder Undefinierte, welche eine binäre Einheit bilden, da das Eine nicht ohne das Andere vorstellbar ist. Diese binäre Logik zieht sich wie ein Faden durch seine Theorie.²²¹

Der Ausgangspunkt für diese Theorie ist die Existenz von Systemen in der Realität, welche er erkennen und beschreiben will. Gleichzeitig bezieht Luhmann eine konstruktivistische Position, welche er selbst einen „operativen Konstruktivismus“ nennt: Erkenntnisse sind lediglich Beobachtungen der Welt, Konstrukte, welche sich an der Realität überprüfen lassen. Beobachten heißt, eine Unterscheidung zu benutzen und das Unterschiedene zu bezeichnen. Alle Beschreibungen der Welt beruhen somit auf Unterscheidungen durch einen Beobachter. Im Mittelpunkt seiner Herangehensweise stehen somit „Wie-Fragen“, wie etwas konstruiert wird, anstelle von „Was-Fragen“, also etwa wie und mit welchen Unterscheidungen ein System arbeitet.

Luhmanns gesamte Theorie kreist neben dem zentralen Begriff der Differenz um die *Begriffe* System, Kommunikation, Sinn, Form und Medium, welche quasi als Schlüssel zu seiner Systemtheorie gelten können.

Systeme bestehen bei Luhmann nicht aus Dingen, sondern aus „Operationen“, einer bestimmten Aktivitätsart. Jeder soziale Kontakt wird als soziales System definiert, von einer einfachen Interaktion über eine Organisation bis hin zur Gesellschaft.²²² Verschiedene Operationen werden vernetzt, dadurch entsteht ein System, welches bestimmte Operationen auswählt und eine „Umwelt des Nichtberücksichtigten“ entstehen lässt. Die Operation, durch die ein soziales System konstituiert wird, ist Kommunikation, im Gegensatz zu etwa Bewusstseinsprozessen bei psychischen Systemen. Die Gesellschaft als das umfassendste soziale System bei Luhmann ist die Zusammenfassung aller Kommunikation, sie beinhaltet somit alle anderen Teilsysteme. Soziale Systeme sind also Kommunikationssysteme. Menschen sind für Luhmann folglich nicht Teil sozialer Systeme, sie stellen keine Analyseeinheit dar. Der Mensch hat Anteil an mehreren Systemtypen, aber es gibt keinen Systemtypus „Mensch“. Das heißt jedoch nicht, dass der Mensch irrelevant ist, sondern er ist in der Umwelt des Systems vorausgesetzt und stellt „externe Referenzen“ der Kommunikation dar, welche vom System beobachtet werden können. Es sind auch nicht die Menschen selbst, die kommunizieren, sondern die sozialen

²²¹ Dieckmann wirft Luhmann jedoch vor, die binäre Logik nicht verstanden zu haben. Dieckmann (a.a.O.): ua. S. 252.

²²² „Jeder soziale Kontakt wird als System begriffen bis hin zur Gesellschaft als Gesamtheit der Berücksichtigung aller möglichen Kontakte.“ Aus: Niklas Luhmann (1984): Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp: S. 33.

Systeme. Doch überall wo Menschen kommunizieren, entstehen soziale Systeme, wobei drei Typen zu unterscheiden sind: Interaktion, Organisation und Gesellschaftssystem.

Anders als bei Parsons, wird in der Systemtheorie Luhmanns der Handlungsbegriff abgelehnt, denn Handlung ist nicht die kleinste Einheit. Es kann etwa eine Handlung aus *Kommunikation* genauso bestehen wie etwa dem Lesen dieses Textes. Indes kann sich aber die Kommunikationskomponente Verstehen in einer Handlung auswirken, obwohl es zunächst keine Handlung ist. Luhmann geht folglich nicht von Kommunikation als ein „Mitteilungshandeln“ aus, Kommunikation ist in seinen Augen nicht eine Übertragung von Information von einer Position auf eine andere. Kommunikation wird vielmehr verstanden als die Synthese von drei Selektionen, nämlich Information, Mitteilung und Verstehen. In einem ersten Schritt wird dafür eine Information ausgewählt, die in einem zweiten Schritt nach Auswahl einer Instanz, die Kommunikation betreibt (und der man zurückrechnend eine Handlung unterstellen kann), mitgeteilt wird (oder auch nicht). Die Information stellt dabei die Referenz, quasi die Umwelt der Kommunikation dar, denn die Kommunikation bezieht sich auf etwas, was sie selbst nicht ist. Letztlich findet Kommunikation aber nur statt, wenn die Mitteilung verstanden wird, das heißt einen Unterschied erkennt. Jede dieser drei Selektionen ist aber durch den „Sinn“ begrenzt, denn nicht alles ist sinnvollerweise kommunizierbar. Erst durch die Synthese dieser drei Auswahlverfahren nimmt der Kommunikationsprozess eine Form an, ist mit anderen Operationen vergleichbar und als eine gewisse Operation erkennbar.²²³

Doch was ist „Sinn“? Luhmann hat ihn in Anlehnung an den Philosophen Edmund Husserl dem Alltagsverständnis fremd definiert und als die „einzige unnegierbare Kategorie“²²⁴ in seine Theorie eingeführt. Diese wird immer mit eingeschlossen, bei jeder Operation, sowohl in psychischen als auch in sozialen Systemen. Sinn steuert Selektionen, so wie es eben bei der Kommunikation angedeutet wurde. Sinn ist folglich nicht in der Welt, sondern wird in Operationen und Beobachtungen zugewiesen.²²⁵ Wird etwas als sinnlos bezeichnet, wird dem Negierten selbst ein Sinn zugewiesen, die Negation selbst ist eine „sinnhaltige“ Operation. Das ist gemeint, wenn Sinn als unnegierbare Kategorie definiert wird. Sinn kann auf drei Dimensionen aufgeteilt werden: die Sachdimension, die Zeitdimension und die Sozialdimension, welche bei jeder Kommunikation gemeinsam auftreten und nur zu analytischen Zwecken getrennt werden.²²⁶ Sinn selbst kann erst durch eine Unterscheidung benutzbar gemacht werden. Für die Konzeptualisierung dieser

²²³ Luhmann (2005) (a.a.O.): S.62f.

²²⁴ Luhmann (2005) (a.a.O.): S.42.

²²⁵ „Sinn ist demnach ein Produkt der Operationen, die Sinn benutzen, und nicht etwa eine Weltqualität, die sich einer Schöpfung, einer Stiftung, einem Ursprung verdankt.“ Luhmann (1997) (a.a.O.): S.44.

²²⁶ Vgl. dazu weiter unten die Analyse der Sinndimensionen beim Recht.

Unterscheidung schlägt Luhmann verschiedene Varianten vor, für die Gesellschaftstheorie ist jedoch wahrscheinlich jene über *Form und Medium*, die am dienlichsten ist, womit zwei weitere wichtige Begriffe vorgestellt werden.²²⁷

In Analogie zur Wahrnehmung, etwa dem Licht, das gebraucht wird, um zu sehen, ist ein Medium eine lose gekoppelte, unendlich oft rekombinierbare Menge von Elementen und stellt die Voraussetzung für die Form dar. Im Beispiel mit dem Licht würde das bedeuten, dass man nur bestimmte Grenzen von Objekten, bestimmte Farben erkennen kann. Das Medium kann nur verwendet werden, wenn man seine Möglichkeiten, also die (losen) Kopplungsvarianten der Elemente, in eine Form, feste Kopplungen, bringt.²²⁸ Anders ausgedrückt: Wir sehen das Licht nicht, sondern nur das Objekt. Sinn kann ebenso als Medium gesehen werden, als eine unbestimmte Menge kombinatorischer Möglichkeiten, welche wir nur in einer festen Kombination, einer Form erfassen können. Für die Kommunikation bedeutet das, dass es wichtig ist, Wörter miteinander zu koppeln, um Sinn zu erhalten bzw. zuzuweisen, zu „erkennen“. Zwischen Medium und Form gibt es folglich eine Differenz, wobei auf der einen Seite der Differenz das Medium unsichtbar bleibt und auf der anderen Seite erkennbar wird, operativ verwendbar wird. Ohne das Medium wäre aber eine Form gar nicht denkbar, da die Kopplungsmöglichkeiten fehlen würden. Wenn Sinn die Selektionen steuert, ist damit gemeint, dass Sinn als Medium die Kopplungsmöglichkeiten bereitstellt, deren Existenz aber erst in festen Kopplungen erkannt wird. Sinn ist also ebenso die Differenz von Aktualität und Möglichkeit.

Kurz zusammengefasst ist bis jetzt Folgendes feststellbar: Ein soziales System ist ein Kommunikationssystem. Kommunikation als Operation muss „sinnvoll“ sein. Sinn ist dabei die Differenz von Aktualität und Möglichkeit bzw. Medium und Form. Ein System entsteht durch die Vernetzung von Operationen, im Falle sozialer Systeme ist die Operation Kommunikation. Dazu nehmen Kommunikationen auf andere Kommunikationen Bezug und das soziale System konstruiert Sinn und seine eigene Anschlussfähigkeit.²²⁹ Alles was nicht im System ist, ist Umwelt, welche viel komplexer als das System selbst ist.

Neben den Operationen, mit welchen sich das System von der Umwelt abgrenzt, vollzieht es eine zweite Aktivität: Es beobachtet. *Beobachtung* wurde bereits definiert als Einheit von Unterscheiden und Bezeichnen. Beobachtung in einem System passiert entlang der System-Umwelt-Differenz: Diese wird gleichsam ins System hineinkopiert und

²²⁷ Luhmann hat sie in Anlehnung an den österreichischen Sozialpsychologen Fritz Heider und seinen Überlegungen über Ding und Medium in seine Theorie eingeführt. Vgl. Luhmann (2005) (a.a.O.): S.45.

²²⁸ Niklas Luhmann (2002): Die Politik der Gesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp: S.30f.

²²⁹ Luhmann, Niklas (1995): Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp: S. 67.

die Unterscheidung zwischen Selbstreferenz und Fremdreferenz als Konstrukt des Beobachtens entsteht. Systeme nehmen somit Bezug auf sich selbst, sie können Beziehungen zu sich selbst herstellen und diese zur Umwelt hin differenzieren. Damit kann das System sich selbst entwickeln und selbst seine Strukturen aufbauen, das System kann autopoietisch agieren. Die Idee der *Autopoiesis* hat Luhmann von Humberto Maturana und Francisco Varela aus der Biologie übernommen.²³⁰ Die Grundidee der Theorie der Autopoiesis ist es, dass komplexe Systeme sich mithilfe jener Elemente reproduzieren können, aus denen sie bestehen. Das System konstituiert sich selbst, wenn auch Einflüsse aus der Umwelt notwendigerweise gegeben sind. Mit der Autopoiesis gilt die Systembildung selbst als abgeschlossen, ein neues System wurde, grob gesagt, vollends begründet.

Dieser Punkt der Selbstbeobachtung hat auch weitreichende erkenntnistheoretische Konsequenzen: So heißt Luhmanns Lebenswerk „Die Gesellschaft der Gesellschaft“ und dies lässt sich aus der Selbstbeobachtung erklären: Wissenschaft ist für Luhmann Beobachten und Beschreiben und als solche, da sie auch kommuniziert, ein Teil der Gesellschaft. Die Theorie Luhmanns wird kommuniziert und ist Teil der Selbstbeschreibung der Gesellschaft. Das Verständnis der Gesellschaft ist somit Produkt der Gesellschaft selbst: „Die Gesellschaft der Gesellschaft“.

Wird die Kommunikation des sozialen Systems komplexer, nicht mehr überschaubar, wird das System selbst komplexer, da es ja aus Kommunikation besteht. Komplexität soll hier vereinfacht nach Willke als „Grad der Vielschichtigkeit, Vernetzung und Folgelastigkeit eines Entscheidungsfeldes“ definiert werden.²³¹ Die Implikation des Entscheidungsfeldes weist darauf hin, dass Komplexität nur im Hinblick auf eine Situation gegeben sein kann, in welchem das System selektieren muss. Die Komplexität wirkt sich auf die Strukturen des Systems aus: Teilsysteme können gebildet werden. Auch hier spielt die Differenz eine entscheidende Rolle. So werden in der modernen Gesellschaft Operationen, ihrer Art nach Kommunikation, in spezifischen Gruppen, zusammengefasst, die für das System je eine Funktion erfüllen. Dies bedeutet aber nicht, dass die Teilsysteme nicht mehr miteinander verbunden sind, wie nachfolgend im Zuge der Gesellschaftstheorie dargestellt werden wird.

²³⁰ Willke (a.a.O.): S.9 sowie Luhmann (1997) (a.a.O.): S. 65ff.

²³¹ Willke (a.a.O.): S.22.

3.3. Kritik an der Systemtheorie? Kritik an Luhmann?

Diese Einführung in die Systemtheorie Luhmanns hat bereits gezeigt, dass die verschiedenen Begrifflichkeiten und Grundlagen der Theorie eng miteinander verknüpft sind. Dies erfordert viel Erklärungsbedarf und ein notwendiges Maß an Reduktion, um die Analysen noch verständlich zu halten. Auch ist die Sprache sehr dicht und dem Alltagsverständnis fremd.²³² Diesen Problemen kann nur mit möglichst klaren und gut strukturierten Erklärungen begegnet werden. Die langen „Vorbereitungen“ können aber in der Analyse und Interpretation zu erkenntnisreichen Ergebnissen führen.

3.3.1. Kritik am systemtheoretischen Paradigma

Der Systemtheorie wird ob ihrer Idee, die Welt möglichst genau zu beobachten und zu beschreiben, oft vorgeworfen, nicht kritisch zu sein. Im Gegensatz zu normativen oder idealisierenden Theorien ist es nicht das Ziel der Systemtheorie, festzulegen, wie die Gesellschaft eigentlich sein müsste. Dennoch darf die Systemtheorie nicht als unkritisch betrachtet werden: Sie versucht auch, zu überlegen, ob das, was sie beobachtet und beschreibt, so sein muss und warum es so ist und wie es noch anders sein könnte. Systemtheorie versucht also anhand der Realität kritisch zu überlegen und anzuregen, und will diese nicht, wie ihr oft vorgeworfen wird, ausschließlich beschreiben.

Ein zweiter großer Vorwurf ergeht oft aufgrund der eben genannten Sprache und Verwobenheit der Konzepte der Systemtheorie. Dieser Umstand ergibt sich aus dem Ziel der Systemtheorie, die hochkomplexe und hochorganisierte Welt zu erklären, ein Vorhaben, das nur, so Luhmann, durch gleichfalls komplexe analytische Konzepte erfolversprechend versucht werden kann.

3.3.2. Kritik an Niklas Luhmanns Theorie

Der theoretische Entwurf Niklas Luhmanns polarisierte und polarisiert immer noch: Entschiedene Kritik steht großer Befürwortung und Rezeption seiner Theorien in vielerlei akademischen Disziplinen gegenüber. Neben Hinweisen auf Fehler in seinem Theoriegebäude,²³³ das auch teilweise als leeres Begriffslexikon ohne Erkenntnisgewinn

²³² Vgl. dazu Luhmann selbst: „Ich bekomme viel Resonanz in Bezug auf den unerträglichen Abstraktionsgrad meiner Bücher“. In: Luhmann (2005) (a.a.O.): S.14.

²³³ Siehe hierzu etwa Dieckmann (a.a.O.): S. 9ff.

betitelt wird, stehen der Antihumanismus und ein angeblicher Konservatismus seiner Lehren im Zentrum der Debatten. Der Kritikpunkt des Konservatismus stammt daher, wie unten gezeigt werden wird, dass er die Teilsysteme der Gesellschaft als operativ geschlossen und autonom postuliert, wodurch etwa die Politik nicht planend in die Wirtschaft eingreifen könne.

Auch wird die Inkohärenz seines Frühwerks angesichts seines Spätwerkes bemängelt. Dabei wird ihm auch vorgehalten, durch allmähliche Veränderungen in der Sprache und Einführung neuer Ausdrücke, die Konzepte zu verschieben und Bedeutungen zu verändern.²³⁴ Für das Thema dieser Arbeit fällt dies an der Behandlung des Begriffs „Staat“ auf, für welchen Luhmann mehrere Konzepte entwickelte, welche er teilweise auch nebeneinander verwendete. Für die hier behandelte Fragestellung der „Verfassung“ und der „Verfassungsgerichtsbarkeit“ soll auf der Konzeptualisierung der Begriffe, wie sie in „Die Gesellschaft der Gesellschaft“ dargebracht wird, aufgebaut werden.²³⁵

Diese Art der Kritik erfährt Luhmann vor allem in der Auseinandersetzung mit der Kritischen Theorie der Frankfurter Schule. In vielen Abhandlungen über Luhmanns Werk wird auf die „Luhmann-Habermas-Kontroverse“ verwiesen. Obwohl Jürgen Habermas auch die Begriffe „System“ und „Kommunikation“ verwendet, könnten die Unterschiede zwischen den theoretischen Positionen und dem jeweiligen Wissenschaftsverständnis dieser beiden Soziologen kaum größer sein. Ist für Habermas die Aufgabe der Soziologie, Kritik an der Gesellschaft zu üben, sieht Luhmann sie in der Beobachtung der Gesellschaft. Dementsprechend kann es für Luhmann keine moralische Verpflichtung von Gesellschaftstheorie wie bei Habermas geben. Dass sie dennoch nicht unkritisch sein will, wurde oben bereits erwähnt.

3.4. Gesellschaft als soziales System

Mit der Behauptung, dass Gesellschaft die Zusammenfassung aller Kommunikation ist, bricht Niklas Luhmann in zweifacher Weise mit dem traditionellen Konzept einer Gesellschaft mit Grenzen, seien diese nun moralischer, kapitalistischer oder kultureller Art:

²³⁴ Otto-Peter Obermaier (1988) : Zweck – Funktion – System. Kritisch konstruktive Untersuchung zu Niklas Luhmanns Theoriekonzeptionen. München: Alber: S. 145ff. u. S. 282. Fairerweise soll aber angemerkt werden, dass Luhmann auch auf solche Veränderungen in seinem Theoriegebäude hinweist. Siehe etwa Niklas Luhmann (1995):

²³⁵ Siehe zum Thema „Verfassung“ in Luhmanns Werk auch FN 264.

1. Die Gesellschaft besteht nicht aus Menschen. Der Mensch ist nur Teil der Umwelt des Systems Gesellschaft.

Dieser „Antihumanismus“, wie Luhmann es nennt, ist im ersten Augenblick irritierend, löst sich aber auf, wenn die Idee eines sozialen Systems, wie Luhmann es untersucht, genauer betrachtet wird. Luhmann beobachtet, wie Systeme operieren und diese tun dies angesichts ihrer Systemumwelt, die auf sie einwirkt und die sie beobachten. Der Mensch ist also keinesfalls unbeachtlich in dieser Systemtheorie, wie im vorigen Punkt bereits ausgeführt wurde.

2. Die Gesellschaft ist eine Weltgesellschaft, denn Kommunikation hat keine nationalen Grenzen.

Luhmanns Sichtweise scheint sehr modern und angesichts der Globalisierungsdebatten des letzten Jahrzehnts kaum mehr überraschend. Doch wie obige Ausführung der Idee der internen Differenzierung gezeigt hat, verändert das System durch komplexe Umweltafordernungen seine Strukturen und Teilsysteme können ausgebildet werden. Die Wahl der Differenz, die zur Unterscheidung der einzelnen Teilsysteme führt, ist je nach Entwicklungsstand der Gesellschaft unterschiedlich. Kennzeichnend für die moderne Gesellschaft ist nach Luhmann eine strukturelle Differenzierung nach Funktionen. Folglich ist auch ein Teilsystem Wirtschaft oder Politik weltumspannend. In der Ausführung ihrer Funktion können aber Systeme auf regionale Grenzen Wert legen und diese als Differenzierung in sich wiedergeben, so auch die Funktionssysteme Politik und Recht, die Primärdifferenzierung bleibt jedoch die Funktion, wie unten gezeigt werden wird.

3.4.1. Evolution und Differenzierung in der Gesellschaft

Die Differenzierungsform nach Funktion ist ein Produkt der Evolution: Hier werden die evolutionären Mechanismen Variation, Selektion und Stabilisierung mit der Differenzierungstheorie verknüpft.²³⁶ Anders als etwa bei Darwin wird die Annahme einer externen Selektion jedoch abgelehnt, da die Gesellschaft auch hier autopoietisch agiert. Kommunikation als Träger von Variation ist normalerweise ein evolutionär folgenloses Geschehen. Die Selektion betrifft die Strukturentwicklung. Als Struktur wird alles umfasst, was als Identifikationshilfe in Betracht kommt. Wird eine Kommunikation in ihrem Strukturwert auffällig, können Strukturen verändert werden oder auch nicht.

²³⁶ Luhmann (1997) (a.a.o.): S. 413ff.

Erfolgt eine Strukturveränderung und ist die Selektion damit positiv, so bedarf sie einer Restabilisierung. Eine Stabilitätsstruktur wird dabei durch eine andere ersetzt. Evolution und Differenzierung beruhen somit auf kleinen Unwahrscheinlichkeiten, die Restabilisierung hervorrufen. Evolution ist, so Luhmann, die Folge einer „Katastrophe“: der Austausch eines Stabilitätssystems durch ein anderes. Evolution ist somit auch nicht einfach eine zunehmende Differenzierung innerhalb eines Systems, sondern ein Wandel von Differenzierungsformen hin zu komplexeren Formen. Die Differenzierungsform ist dabei zu verstehen als die Differenz, unter welcher sich ein Teilsystem in Abgrenzung zu anderen Teilsystemen bestimmt.²³⁷

In der bisherigen Gesellschaftsgeschichte unterscheidet Luhmann vier Differenzierungsformen nach Gleichheit/Ungleichheit.²³⁸ In der segmentären Differenzierung sind gleiche Einheiten zu erkennen, etwa auf der Basis von Verwandtschaft oder Territorialität. Beispiele in der Geschichte dafür sind Clans oder Dörfer. Aus der Gleichheit heraus kann sich, aus dem Umgang mit Ressourcenknappheit oder aufgrund von Naturkatastrophen, Ungleichheit entwickeln, die dann in zwei verschiedenen Typen von gesellschaftlicher Systemdifferenzierung resultieren: die erste ist jene der Zentrum-Peripherie-Differenz. Hierbei wird ein Fall von Ungleichheit zugelassen und auf beiden Seiten eine Mehrheit der Segmente unterschieden. Dieses, laut Luhmann, als primäre Differenzierungsform kaum realisierte Modell kann etwa in einer Einteilung nach Städten und Bauernland ringsum gesehen werden. Die zweite Möglichkeit ist eine stratifikatorische Differenzierung. Dabei wird die Ungleichheit zu einer rangmäßigen Unterscheidung, etwa von Adel und Volk. Diese Form wäre jedoch reichlich instabil, da leicht umkehrbar, es kommt zu internen Differenzierungen. In Europa ist eine derart differenzierte Gesellschaft im Ständewesen vom 12. bis zum 18. Jahrhundert deutlich zu beobachten, das indische Kastenwesen ist ein anderes Beispiel. In der Stratifikation bestimmt sich jedes Teilsystem durch eine Rangdifferenz zu den anderen Teilsystemen.

Durch verschiedenste Störfaktoren wird das übergeordnete System des Adels jedoch in seiner Struktur erschüttert, sodass seine Identifikationsbestimmung nicht mehr möglich ist: Das Aufkommen des Buchdrucks und die damit einhergehende Unkontrollierbarkeit von Kommunikation in Wissenschaft, Religion und Politik war dabei

²³⁷ Luhmann (1997) (a.a.O.): S. 609ff. hier insb. 615f. Luhmann definiert die Form der Systemdifferenzierung nicht nur als eine Einteilung des umfassenden Systems, sondern auch, als die Form im oben erklärten Sinn: als die Möglichkeiten, wie sich Teilsysteme selbst als Teilsysteme beobachten können, etwa Adel und Volk oder Rechtssystem und Wirtschaftssystem. Siehe dazu Luhmann (1997) (a.a.O.): S. 610 und S. 776. Zur „Katastrophe“ siehe Luhmann (2005) (a.a.O.): S. 260.

²³⁸ Ebd.

ein wichtiger Faktor. Ebenso machen u.a. der absolutistische Beamtenstaat²³⁹ und (vor allem) die Geldwirtschaft dem Adel sein Fortbestehen schwer. Es erfolgen neue schichtunabhängige Generalisierungen (Geld, allgemeine Rechtsfähigkeit, Staatsangehörigkeit), die auch als schichtunabhängige Unterscheidungen wirken. Gleichzeitig werden Rollen asymmetrien entlang von Funktionen in der Gesellschaft, wie Regierende/Regierte oder Produzent/Konsument, prominent und verdrängen alte Grenzen. Viele kleine „Katastrophen“ führen somit zu einer neuen Differenzierungsform: Die Strukturen der Gesellschaft werden nun durch selbständige Funktionssysteme bestimmt. Das Differenzierungsschema ist die jeweilige monopolisierte Funktion, die ein Teilsystem für das Gesamtsystem erfüllt. Die Teilsysteme in der Gesellschaft sind sozusagen in ihrer Ungleichheit gleich. Es steht kein gemeinsames Differenzschema für alle Teilsysteme der Gesellschaft mehr zur Verfügung, wie Unter- und Überordnung in der Stratifikation, sondern alle Teilsysteme bestimmen ihre Identität über ihre Funktion selbst.²⁴⁰ Die Ausdifferenzierung eines Funktionssystems Rechts und eines Funktionssystems Politik, von welcher in dieser Arbeit ausgegangen wird, ist erst, so lautet die These, mit der Einrichtung von Verfassungen abgeschlossen, wie unten begründet werden wird.

Es ist kein Zufall, dass dieser Formenkatalog den Eindruck einer Epochensequenz von archaisch-tribalen Gesellschaften, Hochkulturen und modernen Gesellschaften (auch mit den Attributen primitive Gesellschaften, traditionale Gesellschaften und Industriegesellschaften in der Literatur zu finden²⁴¹) entstehen lässt, macht Luhmann doch einsichtig, dass die Evolution der Gesellschaft durch die Verteilung von Gleichheit und Ungleichheit keine beliebigen Sequenzen wählen kann. Dass es sich dabei jedoch um keine lineare Sequenz handelt, lässt sich daran ablesen, dass auch umgekehrte Entwicklungen, etwa Retribalisierung in Krisengebieten möglich sind. Auch existierten jahrhundertlang Nomadenvölker neben Hochkulturen. Es besteht somit durchaus eine „Gemengelage“ mehrerer Differenzierungsformen.²⁴² Innerhalb einer Differenzierungsform sind die Entwicklungsmöglichkeiten jedoch begrenzt: So können etwa in einer segmentären Gesellschaft weitere, größere Segmente gebildet werden, doch eine Überordnung wäre keine weitere segmentäre Differenzierung mehr, sondern eine strukturelle Veränderung, eine neue Differenzierungsform. Typenveränderungen in einer Gesellschaft kann es somit auch nur dann geben, wenn dominierende Formen abgelöst

²³⁹ Siehe dazu oben im ersten Teil.

²⁴⁰ Ebd.

²⁴¹ Luhmann (1997) (a.a.O.): S. 615.

²⁴² Luhmann (1997) (a.a.O.): S. 611f.

werden und sich eine primäre Differenzierungsform durchsetzt: Davon ist die Rede, wenn eine Form die Einsatzmöglichkeit anderer Differenzierungsformen reguliert.²⁴³ So sind etwa Adelsgesellschaften primär stratifikatorisch differenziert, aber sie behalten eine segmentäre Differenzierung nach Familien bei. Der Wechsel zum Primat der funktionalen Differenzierung bedeutet auch keineswegs, dass die Stratifikation beseitigt wird. Jedoch verliert gesellschaftliche Schichtung ihre alternativlose Legitimation als notwendige Ordnung des gesellschaftlichen Systems. So steht beispielsweise der Ständegesellschaft besonders seit dem 18. Jahrhundert der Ruf nach Gleichheit aller Menschen gegenüber.²⁴⁴ Die Gesellschaft verändert sich, das zeigen die angeführten Beispiele Geld oder Verbreitung des Buchdrucks, keinesfalls insgesamt in einer Art plötzlicher struktureller Revolution, sondern Ausdifferenzierungen beginnen in einer sie begünstigenden gesellschaftlichen Umwelt, die sprunghafte Umbrüche erlaubt, welchen aber auch lange Zeiten der Stagnation folgen können. So ist es auch nicht überraschend, dass in regional abgeschlossenen Segmenten funktionale Differenzierung in manchen Bereichen schneller um sich greifen konnte als anderswo: Es sei hier auf die industrielle Entwicklung in England oder die Entwicklung der Kunst in Italien hingewiesen.²⁴⁵ Dass dies auch der Fall bei der Ausdifferenzierung des politischen Systems war, zeigte die Entwicklung eines eigenständigen politischen Systems in England, wie im ersten Teil skizziert wurde. Für die auf Universalismus und Spezifikation angelegten Funktionssysteme machen regionale Grenzen jedoch nur mehr als segmentäre Differenzierung innerhalb der Systeme, wie etwa in Staaten im politischen System, einen Sinn.²⁴⁶ Dies bedeutet also, dass die Weltgesellschaft realisiert ist, was sich - der Untergang der Sowjetunion spricht Bände - in den wirtschaftlichen, wissenschaftlichen und massenmedialen weltweiten Verflechtungen zeigt.

Nichtsdestotrotz fallen in einzelnen Regionen der Welt Strukturen auf, die nicht in das Bild einer funktional-differenzierten Gesellschaft passen, so etwa die Bindung von Wirtschaft an den Staat in Südamerika oder die Bedeutung sozialer Netzwerke bzw. reicher Familien im südchinesischen Wirtschaftsraum. Luhmanns Theorie versucht diesem Phänomen mit dem Begriff der Konditionierung zu begegnen: Das Primat der funktionalen Differenzierung bedeutet nicht sofort „durch das Prinzip gesicherte Selbstrealisation“, sondern dass weltweit die Strukturen vorgezeichnet sind, welche die

²⁴³ Ebd.

²⁴⁴ Luhmann (1997) (a.a.O.): S. 772ff.

²⁴⁵ Luhmann (1997) (a.a.O.): S. 710f.

²⁴⁶ Luhmann (1997) (a.a.O.): 809. Auf den Staatsbegriff wird im nächsten Kapitel noch eingegangen.

Bedingungen für regionale Konditionierung vorgeben.²⁴⁷ Regionale Besonderheiten können innerhalb dieser Strukturvorgabe dann sowohl fördernd als auch ver hindernd wirken. Zum Beispiel können familiale Loyalitäten die Differenzierung von Wirtschaft und Politik positiv beeinflussen. Typischerweise blockieren lokale Sonderbedingungen aber die autopoietische Autonomie von Funktionssystemen oder schränken Teilbereiche ihrer operativen Möglichkeiten ein. Dies zeigt sich am Kauf von Wählerstimmen oder an der Selbstjustiz in ländlichen Gebieten armer Staaten.

Auch wenn Luhmanns Theorie hier sich teilweise zu widersprechen scheint, kann aus der Feststellung, dass regionale Besonderheiten der Autopoiesis bestimmter Funktionssysteme entgegenstehen, auch eine Erklärung für das Nichtfunktionieren von Verfassungen in manchen Staaten abgeleitet werden, wie wir anhand der systemtheoretischen Analyse des Konzepts „Verfassung“ sehen werden. Vorher soll jedoch noch auf die Konsequenzen der Annahme der Theorie funktional-differenzierter Systeme für die Beobachtung der Gesellschaft eingegangen werden.

3.4.2. Die funktional-differenzierte Gesellschaft

„Funktionale Differenzierung besagt, daß (sic!) die Einheit, unter dem eine Differenz von System und Umwelt ausdifferenziert ist, die Funktion ist, die das ausdifferenzierte System (also nicht: dessen Umwelt) für das Gesamtsystem erfüllt.“²⁴⁸

3.4.2.1. Ausdifferenzierung

Im letzten Kapitel wurde bereits geklärt, dass Operationen die Grenzen eines autopoietischen Systems bestimmen und ein soziales System sich durch die Vernetzung von Kommunikation konstituiert. Die Theorie autopoietischer Systeme (Produktion des Systems durch sich selbst) wird nun mit dem Konzept funktionaler Differenzierung kombiniert. In der modernen Gesellschaft werden Kommunikationen in einer Weise vernetzt, dass jeweils ein soziales Teilsystem eine Funktion übernimmt und sie für das Gesamtsystem erfüllt. Durch die funktionale Binnendifferenzierung des sozialen Systems Gesellschaft entstehen neue gesellschaftsinterne Systeme und Umwelten. Neue Komplexität entsteht sozusagen durch eine Expansion nach innen. Diese neu entstandenen Systeme sind jedoch keine teleologischen Systeme, die im Erreichen ihres Zieles aufhören zu existieren, sondern es ist stets eine Anschlussmöglichkeit gegeben, die

²⁴⁷ Luhmann (1997) (a.a.O.): S. 810ff.

²⁴⁸ Luhmann (1997) (a.a.O.): S. 745f.

eine Fortführung des Systems sicherstellt. Dazu werden jeweils Kommunikationsmedien monopolisiert: So wird etwa über Wirtschaft deutlich anders gesprochen als über Kunst. Das (symbolisch generalisierte) Kommunikationsmedium bestimmt, wie es oben bei der Unterscheidung von Form und Medium gezeigt wurde, welche Möglichkeiten der Kopplungen verwendbar werden, welcher Sinn zugewiesen wird. Das Kommunikationsmedium, als schichtunabhängige Generalisierung bereits thematisiert, bestimmt, stark verkürzt ausgedrückt, einen binären Code, der die Grenzen des sozialen Systems festlegt.²⁴⁹ Dies geschieht, indem der Code mit seiner positiven Seite die Anschlussfähigkeit der Operationen anzeigt und seine negative Seite die Bedingungen reflektiert, in denen diese eingesetzt werden können. Auf die Wirtschaft angewendet, ist das Kommunikationsmedium bei Luhmann als Geld definiert. Trifft Kommunikation nicht die Selektion der Kopplungen aus diesem Medium, ist die Kommunikation nicht in Geld deutbar, kann das System damit nichts anfangen, seine Funktion nicht erfüllen- diese Kommunikation bleibt in der Umwelt des Systems. Ins Rechtssystem wiederum gehören nur solche Kommunikationen, die eine Zuordnung der Werte „Recht“ und „Unrecht“ behaupten. Was als Recht festgestellt ist, kann in einer weiteren Kommunikation dazu dienen, die Frage nochmals aufzuwerfen und etwa eine Rechtsänderung zu diskutieren, die Anschlussmöglichkeit ist gegeben.²⁵⁰ Es wird somit durch die Codierung rekursiv auf frühere Kommunikationen zurückgegriffen und gleichzeitig werden Anschlussmöglichkeiten gegeben. An Hand ihrer Codes vollziehen die Funktionssysteme ihre Autopoiesis, womit ihre Ausdifferenzierung zu Stande kommt. Jeder Codewert vertritt dadurch, dass er „er selbst“ ist und nicht der Gegenwert, mit Hilfe der Negation des Gegenwertes das Ganze.²⁵¹ Die Einheit des Systems wird somit durch die Operationen des Systems entlang der Codierung produziert und reproduziert, die Teilsysteme der Gesellschaft sind jeweils operativ geschlossen.

Um seine Funktion zu erfüllen, die Codewerte zuzuteilen, werden anhand früherer Operationen Entscheidungsregeln entwickelt, die festlegen, unter welchen Bedingungen welcher Wert zugeordnet wird. Für das Rechtssystem sind solche Programme etwa Gesetze oder Präjudizien. Zur Entwicklung von Entscheidungsregeln ist jedoch die zweite Systemoperation notwendig: das Beobachten, oben bereits definiert als jede Praxis des unterscheidenden Bezeichnens.

²⁴⁹ Ebd.

²⁵⁰ „Die Ausdifferenzierung eines operativ geschlossenen Rechtssystems erfolgt durch rekursive Bezugnahme rechtlicher Operationen auf rechtliche Operationen.“ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 57.

²⁵¹ Dieckmann (a.a.O.): S. 222.

Durch die Beobachtung entlang der Differenz System-Umwelt kommt es zur Unterscheidung von Selbst- und Fremdreferenz. Wiederum aufs Rechtssystem angewandt, kann sich das Recht selbst nicht als Mittel des Interessenschutzes (=Fremdreferenz) begreifen, denn es gibt rechtmäßige und unrechtmäßige Interessen (=Selbstreferenz). Weltbeschreibungen sind immer Ausformulierungen der Fremdreferenz spezifischer Systeme: Die Umwelt wird von jedem System anders wahrgenommen, da sie abhängig davon ist, wie über die Selbstreferenz disponiert wird. Die Realität, so Luhmann, ist für die einzelnen Systeme jeweils ein anderes Konstrukt.²⁵² Aber erst indem sich das System selbst als Beobachter beobachtet, kann es feststellen, wie die Codewerte zugerechnet werden. Die Umstellung auf die Beobachtung zweiter Ordnung besiegelt die Autopoiesis des Funktionalsystems, die Ausdifferenzierung des Teilsystems ist abgeschlossen. So beobachten Beobachter im Wirtschaftssystem sich einander etwa anhand des Marktes, die Politik hält sich den Spiegel der öffentlichen Meinung vor. Funktionssysteme müssen Formen der Selbstbeobachtung, der Reflexion, einrichten, um ihre Funktion erfüllen zu können und Gesellschaft zu vollziehen.²⁵³ Durch die Reflexivität setzt ein Lerneffekt ein, die Kompetenz des Systems wird gleichzeitig mit der durch die operative Schließung gewonnen Freiheit von Determination in der Funktionsausübung gesteigert. Durch die autopoietische Reproduktion der Teilsysteme ist darüber hinaus weitere Differenzierung in den Teilsystemen möglich, welche nicht mehr nach einem einheitlichen Muster für alle Funktionssysteme geschieht.

3.4.2.2. Funktionssysteme

Die interne Differenzierung des Systems der modernen Gesellschaft führt heute zu Teilsystemen mit jeweils anderen, monopolisierten Kommunikationsmedien, die jeweils eine Funktion für das Gesamtsystem erfüllen. Niklas Luhmann hat zu den Funktionssystemen Politik, Recht, Wirtschaft, Wissenschaft, Massenmedien, Religion, Erziehung und Moral Monographien verfasst.

Die Zuordnung von Kommunikation in diese verschiedenen Teilsysteme der Gesellschaft kann, anders als in stratifizierten Gesellschaften, nicht mehr an Personen oder Lebensformen orientiert sein. Es muss dabei auf die verschiedenen Kommunikationsmedien zurückgegriffen werden: Die Funktionssysteme sind dementsprechend die Zusammenfassung aller Kommunikation, die sich auf ein bestimmtes Kommunikationsmedium stützen. Dementsprechend gilt: „Das Rechtssystem einer Gesellschaft besteht aus allen sozialen Kommunikationen, die mit Bezugnahme auf

²⁵² Luhmann (1997) (a.a.O.): S. 754ff.

²⁵³ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 70. Luhmann (1997) (a.a.O.): S. 766.

das Recht formuliert werden.“²⁵⁴ Eine Art topographisches Gedächtnis kann bei der Zuordnung dieser Kommunikationen helfen.²⁵⁵ Die vor Ihnen liegende Diplomarbeit versucht die Wirklichkeit wahrheitsgemäß abzubilden und lässt sich somit als Kommunikation in das Wissenschaftssystem einordnen. Durch die Abgabe an der Universität Wien, als Organisation ein Typ sozialer Systeme, lässt sich dies durch das anhand früherer verdichteter Referenzen errichtete topographische Gedächtnis leichter feststellen.

Ereignisse können auch in mehreren Systemen zugleich als Operationen identifiziert werden: Geldzahlungen etwa dienen immer gleichzeitig auch der Erfüllung einer Rechtspflicht, diese Ereignisse werden sowohl im Wirtschafts- als auch im Rechtssystem vollzogen.²⁵⁶ Die Operationen in den jeweiligen Systemen sind dann jedoch getrennt und unterschiedlich, da sie an das rekursive Netzwerk und die Strukturen der Systeme gebunden sind.

3.4.2.3. Die Beziehung der Systeme zueinander

Realisierung funktionaler Differenzierung bedeutet die Monopolisierung von Kommunikationsmedien und folglich kann kein System die Funktion eines anderen übernehmen. So kann die Wissenschaft nicht im Falle einer Regierungskrise mit Wahrheiten aushelfen. Damit ist, nach Luhmann, auch die Möglichkeit einer wechselseitigen Steuerung nicht mehr gegeben, denn diese würde bis zu einem gewissen Grad Funktionsübernahme bedeuten. Systeme können einander nur irritieren, nicht jedoch determinieren: „Im Verhältnis der Funktionssysteme zueinander kann es Destruktion geben, je nachdem, wie sehr sie aufeinander angewiesen sind, nicht aber Instruktion.“²⁵⁷ Will die Politik etwa Geld dazu verwenden, Steuerungsaufgaben zu erfüllen, so kann sie nicht einfach Scheine drucken, ohne es der Wirtschaft zu entziehen oder Inflation zu erzeugen- das Wirtschaftssystem wird in beiden Fällen nur irritiert, aber nicht in seinen Operationen bestimmt. Irritation ist als Systemzustand zu sehen, der zur Fortsetzung der Operationen des Systems anregt, dabei aber zunächst offen lässt, ob dazu Strukturen im System geändert werden müssen.²⁵⁸

Dies ergibt sich auch aus der Beobachtung: Neben der Selbstbeobachtung ergeben sich aus der Teilsystemdifferenzierung zwei weitere Möglichkeiten der Beobachtung: Die

²⁵⁴ Luhmann, Niklas (1999): *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp: S.35.

²⁵⁵ Luhmann (1997) (a.a.O.): S. 775.

²⁵⁶ Luhmann (1997) (a.a.O.): S. 753. Hierbei handelt es sich auch um eine operative Kopplung, die über die strukturelle Kopplung „Eigentum“ ermöglicht wird.

²⁵⁷ Ebd.

²⁵⁸ Luhmann (1997) (a.a.O.): S. 790.

Beobachtung anderer Teilsysteme in der gesellschaftsinternen und gesellschaftsexternen Umwelt und die Beobachtung des Gesamtsystems. Innerhalb der Weltbeschreibungen handelt es sich somit um zwei verschiedene, von der Selbstreferenz abhängige, Systemreferenzen: Die Funktion als die Beobachtung des Gesamtsystems und Leistung als die Beobachtung anderer Systeme. Diese Unterscheidung von Reflexion, Leistung und Funktion haben „erhebliche orientierungspraktische Bedeutung“:²⁵⁹ So dient der „Staat“ (unter anderem) der internen Selbstbeschreibung des politischen Systems, die gesellschaftliche Funktion ist jedoch, kollektiv bindende Entscheidungen zu treffen. Eine Verwechslung dieser beiden Beschreibungen würde zu einer „Hypertrophie“, letztlich einem Totalitarismus führen. Auf diese wichtige Unterscheidung wird im nächsten Kapitel näher eingegangen. In der Wirtschaft liegt die Funktion des Systems in der Sicherstellung künftiger Versorgung unter der Bedingung von Knappheit, nicht in der Extraktion von Materialien aus der natürlichen Umwelt.

Die Funktionssysteme können, so Luhmann, einander jedoch nicht verstehend beobachten, sondern, wie bereits oben anhand der Weltbeschreibungen als Weiterführung der Fremdreferenzen angedeutet, diese bestenfalls nur anhand ihrer Leistungen rekonstruieren. Daraus ergibt sich, dass sich Systeme einander nur an Leistungsabhängigkeiten und Leistungsbereitschaften intern an sich selbst beobachten können und andere Systeme nur in Form von Irritationen wahrnehmen, etwa am (schlechten) Ausbildungsniveau des in die Wirtschaft einzugliedernden Nachwuchses. Irritation ist somit auch eine Wahrnehmungsform des Systems ohne Umweltkorrelat, welche das System an den eigenen Strukturen erkennt.

Die gegenseitigen Irritationen zeugen von der gleichzeitigen Zunahme von wechselseitigen Unabhängigkeiten und Abhängigkeiten. Mit der These einer operativen Schließung der Funktionssysteme ohne Möglichkeit auf gegenseitige Determination ist folglich nicht gesagt, dass es keine kausalen Beziehungen gibt.²⁶⁰ Funktionssysteme als selbstsubstitutive Ordnungen setzen voraus, dass andere Funktionen anderswo erfüllt werden: Kommt es zu Schwankungen in der Leistungsfähigkeit eines Systems kann dies zu, mitunter sogar überproportionalen, Irritationen in anderen Systemen führen. Wenn etwa politische Friedenssicherung (durch das Kommunikationsmedium Macht) in einem Gebiet nicht funktioniert, so ist die wirtschaftliche Funktion dort ebenfalls sehr beschränkt, da kaum jemand Investitionen tätigt, wo Plünderungen an der Tagesordnung stehen oder kein Arbeitsmarkt existiert. Das System mit der höchsten Versagensquote ist

²⁵⁹ Luhmann (1997) (a.a.O.): S. 757.

²⁶⁰ Luhmann (2005) (a.a.O.): S.270.

dann als dominierendes System zu sehen, da sein Ausfall nicht kompensiert werden kann und überall zu großen Anpassungen zwingt. Dabei sind durch ihre Codierung und Spezifikation bewegliche Systeme mit einer hohen Lernfähigkeit begünstigt: Sie können besser entscheiden, ob Strukturen angepasst werden müssen.

Autopoiesis der Funktionssysteme bedeutet somit keinesfalls Geschlossenheit gegenüber seiner Umwelt. Die moderne Gesellschaft ist nicht lediglich eine Menge autonomer Funktionssysteme, sondern die Ausdifferenzierung operativ geschlossener Funktionssysteme bedarf, das haben die Irritationen gezeigt, einer Einrichtung ihrer gesellschaftsinternen Umweltbeziehungen. Die alte Bindung gesellschaftlicher Funktionen an soziale Schichten wird gelöst, aber sie muss auch durch neue Formen ersetzt werden: Es bedarf Formen, die gesteigerte Unabhängigkeit mit gleichzeitig gesteigerter Abhängigkeit vereinbaren. Diese Formen sind nach den Biologen Humberto Maturana und Francisco Varela in den strukturellen Kopplungen gegeben. Strukturelle Kopplungen besagen „Umformung analoger (gleichzeitiger, kontinuierlicher) Verhältnisse in digitale, die nach einem entweder/oder-Schema behandelt werden können, und ferner Intensivierung bestimmter Bahnen wechselseitiger Irritation bei hoher Indifferenz gegenüber der Umwelt im übrigen.“²⁶¹

Die strukturellen Kopplungen sind eine Notwendigkeit in der strukturellen Entwicklung der Gesellschaft unter dem Primat der funktionalen Differenzierung, denn erst damit ist die Möglichkeit der Nutzung von Umweltbedingungen gegeben. Ein System setzt bestimmte Eigenarten seiner Umwelt dauerhaft voraus und verlässt sich strukturell darauf, etwa dass Geld überhaupt angenommen wird.²⁶² Im Unterschied dazu sind operative Kopplungen, das sind momenthafte Kopplungen von systeminternen Operationen mit Operationen, die das System der Umwelt zurechnet, auf eine Ereignislänge beschränkt. Operationen werden somit in zwei Systemen lesbar, worauf oben bereits hingewiesen wurde.

Je mehr strukturelle Kopplungen bestehen, desto autonomer ist ein System, da diese den Einfluss der Umwelt auf das System normalisieren. Nicht alle strukturellen Kopplungen sind jedoch gleich, manche sind irritierender als andere. In den strukturellen Kopplungen selbst gibt es keine Hierarchie oder Determination. Die Umweltereignisse bleiben Überraschungen, Störungen und sie stellen keine „Inputs“ dar, die in das System eingreifen können, sondern als interne Konstruktion höchstens eine Irritation, die aus der Konfrontation mit den eigenen Strukturen des Systems resultiert. Auf diese Irritationen

²⁶¹ Luhmann (1997) (a.a.O.): S. 779.

²⁶² Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 441ff.

können die gekoppelten Systeme unterschiedlich schnell reagieren, denn das „Resonanztempo“ hängt von der jeweiligen Systemgeschichte ab. Die strukturelle Kopplung ist nämlich jeweils nur die Garantie für die Gleichzeitigkeit von System und Umwelt im jeweiligen Geschehen, sonst aber nicht für Synchronisation.²⁶³ Praktisch alle Systeme sind strukturell aneinander gekoppelt, wie etwa Wirtschaft und Politik über Steuern und Abgaben, Wirtschaft und Recht über Eigentum und letztlich der für die vorliegende Arbeit wichtige Fall der strukturellen Kopplung zwischen Politik und Recht über Verfassung. Die These, dass erst über die durch Verfassungsgerichtsbarkeit gesicherte Verfassung ein unabhängiges Rechtssystem und ein autonomes politisches System ihre Funktionen erfüllen können, soll nun im nächsten Kapitel überprüft und weiter ausgeführt werden.

²⁶³ Claudio Baraldi / Giancarlo Corsi / Elena Esposito (1997): GLU : Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme. Frankfurt am Main : Suhrkamp: 186f.

4. Kapitel: Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit aus der Sicht der Systemtheorie

Die vorangegangenen Kapitel über Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit haben gezeigt, dass durch die Entwicklung dieser Institutionen das Verhältnis von Politik und Recht neu definiert wird: Die beiden Traditionsstränge des Wortgebrauchs, der spezifisch juristische und der politische, verschmelzen, die constitution wird zugleich als Rechtstext und als politische Konstitution eines (Rechts-)Staates aufgefasst. Politik und Recht erscheinen als ein System unter dem Deckmantel des Staates.

Die Annahme des systemtheoretischen Paradigmas, dass die moderne Gesellschaft sich durch funktional-differenzierte Teilsysteme auszeichnet, führt jedoch dazu, dass Politik und Recht als getrennte, operativ geschlossene Systeme beobachtet werden. Der Begriff der Verfassung reagiert dabei, so die These Luhmanns, „entgegen dem ersten Anschein auf eine Differenzierung von Recht und Politik, ja stärker noch: auf vollständige Trennung dieser beiden Funktionssysteme und auf den damit gegebenen Verknüpfungsbedarf.“²⁶⁴ Welche Funktion haben in diesem Fall nun die Verfassung und die Verfassungsgerichtsbarkeit? Wodurch unterscheiden sich Politik und Recht? Was ist der („durch die Verfassung konstituierte“) Staat aus systemtheoretischer Sicht? Ist die Differenzierung der zwei Systeme der in den Verfassungen festgeschriebenen Gewaltenteilung gleichzusetzen?

In der Gesellschaft als Zusammenfassung aller Kommunikation ist die Innovation der Verfassung auf der Ebene der historischen Semantik zu erkennen, wie sie oben dargestellt wurde: Aus den beiden Traditionssträngen des Wortgebrauchs wird eine neue Wortbedeutung gebildet. Die Anwendung des Wortes „constitution“ geschieht in den jeweiligen Verfassungstraditionen aus verschiedenen Gründen: So war es in Nordamerika nach dem Bruch mit Großbritannien notwendig, den unabhängig gewordenen Kolonien die Form einer Einheit, eine eigene Ordnung und Regierungsgewalt zu geben, die eine spezifisch juristische Gestalt erhielt. In Frankreich hingegen sollte die Verfassung den

²⁶⁴ Niklas Luhmann (1990): Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. In: Rechtshistorisches Journal 9: S. 176-220, hier S. 180. Luhmann verweist in den Werken „Die Gesellschaft der Gesellschaft“ (S.782), „Die Politik der Gesellschaft“ (S. 391) und „Das Recht der Gesellschaft“ (S. 413, 470) auf diesen Aufsatz. Auf seinen früheren Aufsatz „Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems“ (1973) wird hingegen nicht verwiesen. In diesem ist Verfassung noch anders konzeptualisiert (Verfassung als „selektive Selbstfestlegung der Identität des politischen Systems im Rahmen gesellschaftlicher Möglichkeiten“ (S. 172), als solche wird später der Staat definiert): Niklas Luhmann (1973): Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems. In: Der Staat 12, S. 1-22 und 165-182.

durch die Revolution erzeugten gesellschaftlichen Umbruch sichern. Der eigentliche Sinn der Verfassungsgebung, so Luhmann, bleibt darunter jedoch verborgen. Es bleibt hier, kurz gesagt, die Frage nach dem Warum zu beantworten.

Dazu wird (1) auf die Systeme Politik und Recht und deren jeweiligen „Verfassungsbedarf“ eingegangen. Danach wird (2) Inhalt dieser strukturellen Kopplung auf seine wichtigsten Elemente und seine Funktion untersucht, wobei auch der Staatsbegriff untersucht wird. Zuletzt soll (3) die Verfassungsgerichtsbarkeit in ihrer Entwicklung und Wirkungsweise begründet werden.

4.1. Die Verfassung aus der Sicht der Systemtheorie

Um Politik und Recht als getrennte Systeme untersuchen zu können, muss zuerst geklärt werden, wann und wodurch deren Ausdifferenzierung begann.

In der hierarchisch-stratifizierten Gesellschaft des Mittelalters traten statt Recht und Politik als eigenständige Funktionssysteme verschiedene Kompetenzbegriffe innerhalb der Herrschaft auf. Durch diese wurden nur Tätigkeitsfelder unterschieden: Potestas für (rechtmäßige) Politik, iurisdictio für Rechtspflege, dominium für Wirtschaft.²⁶⁵ Diese Kompetenzen waren eng miteinander verbunden, keine konnte alleine aktiviert werden. So beinhaltete die potestas neben der Fähigkeit, Gehorsam für Weisungen zu erreichen, auch die Vorstellung der Rechtsmacht, nämlich Macht in der Form von Recht durchzusetzen. Der Herrscher konnte somit mithin auf beiden Seiten des Rechtscodes agieren, verfügte über wirtschaftliche Mittel und über das Gewaltmonopol. Als der frühneuzeitliche Territorialstaat die Personalherrschaft ablöste, kam das besonders in der Vereinheitlichung der Rechtsordnung zum Ausdruck, denn nur damit konnte die Staatseinheit konsolidiert werden. Doch bereits in den Theorien des Widerstandsrechts zeigte sich die Differenz von Rechtssystem und politischem System, wenn auch vorerst „nur“ als berechtigter Widerstand gegen die politische Machtausübung.²⁶⁶ Es ist also kein Zufall, das zeigte bereits der erste Teil und das wird hier noch theoretisch begründet, dass das Problem des Widerstandsrecht an der Wurzel des modernen Verfassungsstaates steht.

²⁶⁵ Luhmann (2002) (a.a.O.): S. 382.

²⁶⁶ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 413.

4.1.1. Das Rechtssystem

Die Ausdifferenzierung eines operativ geschlossenen Rechtssystems beginnt, wie die Ausdifferenzierung aller Funktionssysteme, „durch rekursive Bezugnahme rechtlicher Operationen auf rechtliche Operationen“.²⁶⁷ Recht wird als kongruente, nämlich auf allen drei Sinnebenen, zeitlich, sozial und sachlich, Generalisierung und kontrafaktische Stabilisierung von Verhaltenserwartungen²⁶⁸ definiert: Die Funktion des Rechtssystems geht somit weit über die Konfliktregulierung hinaus.²⁶⁹ Vielmehr kann Recht auch Konflikte erzeugen. Das Recht setzt aber immer voraus, dass abweichendes Verhalten für möglich gehalten wird und in seinen Auswirkungen negiert wird.

Um seine Funktion eigenständig zu gewährleisten, muss, wie oben bereits dargestellt, auf die Beobachtung der zweiten Ordnung in Form von Verfahrensregeln und allgemeinen Entscheidungsregeln umgestellt werden, denn nur so kann das Rechtssystem herausfinden, was es bisher getan hat oder weiterhin tun wird, um eigene Operationen als rechtliche zu qualifizieren. Systemtheoretisch ausgedrückt: Nur auf der Ebene der Beobachtung der Beobachtung kann die Differenz in Form der binären Codierung gehandhabt werden.

Das Recht operiert seit jeher stets in einer Situation mit historisch gegebenem Recht. Ein Anfang des Rechts ist somit nicht zu erkennen, bloß für Legitimationsmythen, etwa die göttliche Gabe der Zehn Gebote, war der Ursprung des Rechts von Bedeutung. Recht als Recht wahrzunehmen, reicht jedoch noch nicht aus, um das Rechtssystem zu schließen, sondern nur, um Rechtspflege in Gang zu bringen.²⁷⁰ Zunächst war das Recht somit abhängig von Strukturen, die auch anderen Funktionen dienten. So blieb der Unfreie auch im Recht von der Rechtsprechung der Grundherrschaft abhängig. Ebenso ließ die eben geschilderte Verzweigung der Kompetenzbereiche des Fürsten kein eigenständiges Rechtssystem zu. Das Recht erkannte die herrschenden Gesellschaftsstrukturen an und zeichnete sie in der Form von rechtserheblichen Unterscheidungen nach. Verändert wurde dies zunehmend mit der neuen Funktion des Rechts, die in der vom Naturrecht geforderten Sicherung des Eigentums bestand. Diese war nicht mehr länger mit der hierarchisch-stratifizierten Differenzierungsformel vereinbar.

²⁶⁷ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 57.

²⁶⁸ Niklas Luhmann (1983²): Rechtssoziologie. Opladen: Westdeutscher Verlag: S. 99.

²⁶⁹ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 138f.

²⁷⁰ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 58f.

Die operative Geschlossenheit des Rechtssystems, so die Antwort der Systemtheorie, zeigt sich schließlich in der Positivität des Rechts und dem Entscheidungszwang der Gerichte, denn erst dadurch war gewährleistet, dass das Rechtssystem die gewählten Unterscheidungsformen selbst trägt: „Das Rechtssystem wird ausdifferenziert, um von sich aus den Gesellschaftsstrukturen Rechnung tragen zu können mit all den Folgeproblemen einer kompletten Rekonstruktion gesellschaftlicher Abhängigkeiten durch rechtssysteminterne Vorkehrungen.“²⁷¹ Aus der einfachen Rechtspflege nach dem Muster „Recht ist Recht“ wird das Recht als Differenz Recht und Unrecht, die Orientierung am binären Code. Die Einheit wird als Einheit der Unterscheidung umformuliert. Aus der Sicht der Systemtheorie ist die Positivität des Rechts somit nicht die Begründung der Geltung des Rechts durch einen Akt politischer Willkür, sondern ein Ausdruck für die operative Selbstbestimmtheit und Unabhängigkeit des Rechts.²⁷² Sie ist der neue Topos der Selbstdarstellung des Rechts, resultierend aus der Entwicklung des Rechts in der Gesellschaft mit der Gesellschaft, nämlich als Funktion.

Mit der aufkommenden Gesetzgebungstätigkeit und dem Verbot der Justizverweigerung (dazu weiter unten), die die Folge der Vereinheitlichung des Gerichtswesens und der Unabhängigkeit der Justiz war, war der Rechtsanwender gezwungen, sich Interpretationsfragen zu stellen und Verfahrensregeln anzunehmen, womit auf die Beobachtung zweiter Ebene umgestellt wurde.²⁷³ Die neuen Rechtsgrundsätze sind Eigenwerte des Systems, die nicht mehr an andere Disziplinen gebunden sind.

Das Rechtssystem besteht in der laufenden Unterscheidung von Recht und Unrecht, dadurch werden die Kommunikationen dem System zugeordnet. Es ist somit kein Zufall, dass das positive Recht ursprünglich aus Fallrecht der Ständeversammlungen, der laufenden Beantwortung der Frage nach dem Recht, entstand. Die Einheit des Rechtssystems, also die Frage nach der Geltung des Codes Recht/Unrecht, ist für die Erfüllung der Funktion, nicht notwendig und auch nicht möglich. (Hier findet sich eine Parallele zu den Grundannahmen des Rechtspositivismus: Auch dort ist gesetztes Recht, solange es den Mindestanforderungen der Rechtssetzung entspricht, Recht und somit zu vollziehen.) In keinem Urteil muss erwähnt oder nachgewiesen werden, dass die dem Urteil zu Grunde liegende Norm selbst rechtens ist. Die Einheit des Systems wird durch das neue Urteil reproduziert, sie kann jedoch nicht selbst eine Operation des Systems sein. Würde der Code Recht/Unrecht selbst dem Code Recht/Unrecht zugeführt werden, so

²⁷¹ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 60.

²⁷² Luhmann (1990) (a.a.O.): S. 185f. Vgl. hierzu auch die Ausführungen über die Gesetzgebung weiter unten.

²⁷³ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 278f.

würde sich das System selbst im gleichen Moment verändern. Die Einheit des Systems kann nicht in das System wieder eingeführt werden, ohne dass eine Tautologie oder Paradoxie entstünde. Das Paradox, ob der Code selbst Recht oder Unrecht ist, muss in der Selbstbeschreibung und zur Erfüllung der Funktion unsichtbar bleiben.²⁷⁴ Es muss aber gelöst werden, um die Ausdifferenzierung zu vollenden und einer Destabilisierung durch Irritationen oder bei Leistungsversagen eines anderen Systems vorzubeugen. Und ein solches Verhüllungs- und Entparadoxierungskonzept bietet als umfassende Positivierung des Rechts die Verfassung.²⁷⁵

4.1.2. Die Verfassung im Rechtssystem

Das Rechtssystem hat trotz der einsetzenden Positivierung seine Autopoiesis in der Selbstbeschreibung zunächst noch auf superregulative Instanzen, wie Politik, Staat, Volk oder Natur, gestützt. Gesellschaftliche Ausdifferenzierung heißt für das Rechtssystem jedoch, dass alle Unveränderbarkeit, Verletzlichkeit oder Höchstwertigkeit von Recht im Recht selbst konstruiert werden muss.²⁷⁶ Der Übergang zur Begründung der Einheit des Rechts in Form der Positivität, erfolgte noch unter dem Schutz des Natur- und Vernunftrechtes und wird damit aber bereits aus sich selbst heraus begründet. Daraus ergibt sich auch, warum das Widerstandsrecht naturrechtlich begründet wurde: Das Widerstandsproblem war für lange Zeit ob der noch in der Gesellschaftsstruktur verfestigten hierarchisch-stratifizierten Primärdifferenzierung die einzige Möglichkeit, in welcher das Rechtssystem seine Unabhängigkeit gegenüber dem politischen System behaupten konnte. Der berechtigte Widerstand gegen politische Machtausübung, theoretisch durch das Vertragsrecht begründet, zeigt die Schaffung rechtlicher Forderungen aus der Annahme der rechtlichen Verbindlichkeit von Verträgen: Die Herrschaftsverträge und die auf dem Vertragsgedanken basierenden lois fondamentales waren verbindlich, weil Verträge rechtlich verbindlich sind- eine Tautologie. Das Rechtssystem war als solches somit bereits autopoietisch differenziert und brachte den Anspruch auf operative Schließung vor.²⁷⁷

Obwohl es in England mit der Tradition des common law nie zur umfassenden Positivierung des Rechts, wohl aber zur Autopoiesis des Rechts anhand von Selbstbeobachtung, kam, zeigt sich hier bereits früh das ausdifferenzierte Rechtssystem,

²⁷⁴ Auf diesen scheinbaren Widerspruch wird im nächsten Kapitel noch eingegangen.

²⁷⁵ Luhmann (1990) (a.a.O.): S. 185f.

²⁷⁶ Ebd.

²⁷⁷ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 413 u. S. 451.

das auf seine Unabhängigkeit ohne Hinweis auf das Naturrecht oder den Vertragsgedanken verweist: Der Bonham's Case, in welchem Coke den Kontrollanspruch der Gerichte gegenüber Parlamentsakten argumentierte, zeugt vom Gegensatz von Schließungsanspruch des Rechtssystems und Geschlossenheitsanspruch des politischen Systems und von der Unvereinbarkeit der operativen Unterschiede zwischen Recht und Politik. Nur das Rechtssystem selbst kann seine Grenzen definieren und es gibt keine andere Instanz in der Gesellschaft, die die Unterscheidung Recht-Unrecht treffen könnte. Im Unterschied zu Kontinentaleuropa und dem amerikanischen Kontinent, blieb in England, so Luhmann, in der Folge, das Recht als nationale, in die Institutionen gegossene, Besonderheit wiederum durch eine „superregulative Instanz“ gestützt und bedurfte somit nicht der Positivierung, wodurch in weiterer Folge auch die Idee einer geschriebenen Verfassung nicht fruchten konnte.²⁷⁸ Der Bonham's Case, nichtsdestotrotz, ist aber ein deutliches Zeichen des autopoietischen Rechtssystems auf dem Weg zur funktionalen Primärdifferenzierung und ist somit nicht umsonst der entscheidende Schritt in Richtung Verfassungsgerichtsbarkeit in der voramerikanischen Verfassungsgeschichte.

Die Innovation der Verfassung für das Rechtssystem ist somit die Positivität eines Gesetzes, das alles Recht und Gesetzgebung fundiert. „From a sociological perspective, the legislation of lawmaking is but one example of a more general social practice which Luhmann has termed 'reflexive mechanisms'.”²⁷⁹ Mit der Verfassung reagiert das Rechtssystem auf die eigene Autonomie, die Frage nach der Geltung des binären Codes, der die Systemgrenzen bestimmt. Die Verfassung bringt zum Ausdruck, dass alles Recht im System selbst verantwortet wird. Die Unverfügbarkeiten, nämlich die Wiedereinführung des Codes Recht-Unrecht, werden durch die neu geschaffene Differenz von Verfassungsrecht und „einfachem“ Recht verdeckt: Die Begründungsfrage nach dem Recht wird durch die Erschaffung einer Asymmetrie abgeschnitten. Das Recht ist somit die Einheit der Differenz von zwei verschiedenen Textsorten. An die Stelle von Außenanlehnung, etwa des Naturrechts, wird ein Rechtstext gesetzt: „Die Verfassung schließt das Rechtssystem, indem sie es als einen Bereich regelt, in dem sie selbst wiedervorkommt.“²⁸⁰ Die Schließung erfolgt durch Kollisionsregeln, die den Vorrang der Verfassung sichern, durch Vorschriften über Änderbarkeit/Nichtänderbarkeit der Verfassung und durch die Vorsorge für die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit des

²⁷⁸ Luhmann (1997) (a.a.O.): S. 712. Ob damit England ein eigenständiges Funktionssystem „Recht“ abgesprochen wird, beantwortet die Systemtheorie Luhmanns nicht und wirft einige Fragen auf, die näher untersucht werden müssten.

²⁷⁹ Preuss (a.a.O.): S.16.

²⁸⁰ Luhmann (1990) (a.a.O.): S. 187.

Rechts in der Verfassung. Damit wird sichergestellt, dass alles Recht im Recht selbst begründet wird, das Rechtssystem ist normativ geschlossen, bleibt jedoch kognitiv für Umwelteinflüsse offen.²⁸¹ Somit ist die Verfassungsgerichtsbarkeit eine Folge der Ausdifferenzierung des Rechtssystems und eine notwendige Bedingung der Unabhängigkeit des Rechts.

Diese Feststellung scheint, angesichts der juristischen Begründung des Verfassungsvorrangs und der Verfassungsgerichtsbarkeit, nicht zu überraschen: Die Vorstellung der Verfassung und höherer Normen dient auch der Selbstbeschreibung des Rechtssystems. Im Unterschied zu den rechtswissenschaftlichen Theorien, die die Geltung der Verfassung noch zusätzlich begründen, etwa mit der „Kraft des Volkes“, ist dies aus einer systemtheoretischen Perspektive nicht mehr notwendig: „Der Code Recht/Unrecht generiert die Verfassung, weil die Verfassung den Code Recht/Unrecht zu generieren hat.“²⁸²

In der Verfassung wird aber nicht nur die Gewalt des Volkes erwähnt,²⁸³ sondern auch Begriffe wie Staat, Parlament oder Partei. Aus der Sicht des Rechtssystems wird das Selbstreferenzproblem einer politischen Lösung zugeführt, auch wenn - die Verfassung bleibt ein Rechtstext - die Begriffe dem Recht nur als Rechtsbegriffe zugänglich sind, wodurch sie gegebenenfalls auf ihren rechtlich beurteilbaren Gehalt reduziert werden müssen. Das Selbstreferenzproblem des Rechts wird fortan als Souveränität im politischen System diskutiert.²⁸⁴ Das System beginnt sich als Rechtsstaat zu bezeichnen. Darüber hinaus zeigt sich im Rechtsstaat die Notwendigkeit für das Rechtssystem, sich auf das politische System zu verlassen, wenn es um die faktische Durchsetzung des Rechts geht. Hatte die physische Gewalt noch in der hierarchisch-stratifizierten Gesellschaft Beweisfunktion für das Recht, wird durch die Einrichtung des staatlichen Gewaltmonopols der Beweis durch ein System von Normen erbracht.²⁸⁵

Aus einer externen Sicht auf das Rechtssystem wird durch die Verweisungen auf das politische System eine strukturelle Kopplung errichtet. Strukturelle Kopplungen sind, wie oben festgestellt wurde, eine Bedingung der Autopoiesis der funktional-differenzierten Systeme. Das Recht selbst kann diese Kopplung aber nicht sehen, ihre Selbstreferenz bleibt unvollständig und beinhaltet einen blinden Fleck. Die Verfassung konstituiert und versteckt zugleich die gesellschaftliche Kopplung von Recht und Politik. Bevor auf diese Kopplung und die offensichtlich damit verbundene Frage des Staates

²⁸¹ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 77.

²⁸² Luhmann (1990) (a.a.O.): S. 189.

²⁸³ Vgl. Art. 1 B-VG.

²⁸⁴ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 475.

²⁸⁵ Luhmann (1983) (a.a.O.): S. 108f.

eingegangen wird, soll zuerst noch das politische System und dessen Verfassungsbedarf, untersucht werden.

4.1.3. Das System der Politik

Als funktional-differenziertes System der modernen Gesellschaft erfüllt auch das System der Politik eine Funktion, und zwar „das Bereithalten der Kapazität zu kollektiv bindendem Entscheiden“.²⁸⁶ Wie bereits erwähnt, ist es nicht (nur) der Staat, der über diese Kapazität verfügt, sondern das Kommunikationssystem Politik. Die Definition dieses Systems beinhaltet mehrere Abgrenzungen: Politik ist Zusammenfassung aller Kommunikationen, die kontingente (auf allen Sinnebenen kongruente) Entscheidungen sind. Durch die Bindung sind sie eine nicht in Frage gestellte Prämisse für weitere Entscheidungen. Die Bindung muss effektiv und kollektiv sein, also eine Systemreferenz, die auch den Entscheider selbst bindet. Entscheidungen können geändert werden, müssen aber dann wiederum eine Entscheidung darstellen. Politik ist aber nicht die Aneinanderreihung einzelner Entscheidungen, sondern das Bereithalten einer entsprechenden Kapazität. Dadurch kommt bereits die Rekursivität im Entscheidungsprozess, die der Autopoiesis zu Grunde liegt, zum Ausdruck. Mit der Festlegung der Funktion ist noch keine Entscheidung inhaltlich festgelegt, ebenso wie das Rechtssystem, erkennbar am Prinzip der rule of law,²⁸⁷ keine rechtsfreien Räume kennt. Durch die selbstproduzierten Strukturen des politischen Systems werden die eigenen Operationen bestimmt. Beliebiges kommt dabei realiter jedoch nicht vor, ebenso wenig wie eine bloße Politik entlang Verfassungsprogrammen.

Auch für das politische System bedeutet die Ausdifferenzierung die Monopolisierung eines Kommunikationsmediums und die Umstellung auf die Beobachtung zweiter Ordnung. Schon in der segmentär-differenzierten Gesellschaft haben Häuptlinge politische Funktionen an sich gezogen, welche sich später zu einer politischen Zentralisation außerhalb von Verwandtschaftsverbänden weiterentwickelten. Wichtige politische Entscheidungen lagen zunächst in der Organisation der Arbeit für öffentliche Aufgaben und der Kriegsführung, die in zentralisierter Form leichter erfüllbar war. Für die Unabhängigkeit der Entscheidungszentren und der Durchsetzbarkeit der Bindungswirkung der Entscheidungen war Macht, beruhend auf Antizipation von

²⁸⁶ Luhmann (2002) (a.a.O.): S. 84.

²⁸⁷ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 422.

Gehorsam und Antizipation ihrer tatsächlichen Anwendung,²⁸⁸ in Verbindung mit physischer Gewalt, von Bedeutung. Macht ist das Kommunikationsmedium, das in der Folge selbst zum Fokus der Ausdifferenzierung des politischen Systems wird.²⁸⁹ In der folgenden Differenzierungsform der hierarchisch-stratifizierten Gesellschaft wurde die Macht noch in Form der politischen Herrschaft an den Adel gebunden. Erst die Einrichtung politischer Ämter im absolutistischen Staat, verbunden mit der Entmachtung, de facto der Entwaffnung, des Adels, erlaubte eine Trennung von politischer Funktion und Adel. Das politische System beginnt, anfangs noch in Einheit mit dem Recht unter der Person des absolutistischen Herrschers, sich als „Staat“ zu bezeichnen und gegen andere Funktionssysteme, etwa der Religion, zu behaupten. Die Besetzung politischer Ämter wird jetzt autonom im politischen System entschieden. Hier zeigt sich der Zusammenhang von Ausdifferenzierung mit interner Differenzierung: So kommt es zur Einrichtung von Verfahren, um die Ämter zu besetzen, und später werden Parteien gegründet, welche unter anderem die Zielfindungsfunktion oder eben die Funktion der Elitenrekrutierung erfüllen. Die Demokratie ist dabei, so Luhmann, die semantische Form, unter welcher die Besetzung der Ämter diskutiert wird. In ihr kommt der in der modernen Gesellschaft gegenüber der stratifizierten Gesellschaft erweiterte Zugang zur Politik, gegeben durch ihre Funktion, zum Ausdruck. Damit wird der binäre Code des symbolisch generalisierten Kommunikationsmediums Macht, welches die Wahrscheinlichkeiten unwahrscheinlicher Selektionsleistungen erhöht, recodiert: Das politische System beobachtet fortan mit der Unterscheidung Regierung und Opposition.²⁹⁰ Unter diesem Gesichtspunkt ist es auch plausibel, dass Luhmann die Beobachtung zweiter Ordnung für das politische System, die systeminterne Umwelt, als öffentliche Meinung fasst, welche für die Funktionsweise eines demokratischen politischen Systems unerlässlich ist.

Worin liegt nun der Verfassungsbedarfs des politischen Systems?

4.1.4. Die Verfassung im politischen System

In der klassischen politischen Theorie wird die Notwendigkeit der Verfassung mit Blick auf das Problem der Souveränität begründet.²⁹¹ Dies spiegelt sich auch in den im ersten Teil dieser Arbeit geschilderten Gründen der Verfassungsgebungen wider.

²⁸⁸ Luhmann (2002) (a.a.O.): S. 28.

²⁸⁹ Luhmann (2002) (a.a.O.): S.70ff.

Zur Ausdifferenzierung des politischen Systems siehe auch: Luhmann (1997) (a.a.O.): S. 714ff.

²⁹⁰ Luhmann (2002) (a.a.O.): S. 96ff.

²⁹¹ Luhmann (1990) (a.a.O.): S. 194ff.

Irgendwo in der Gesellschaft muss es eine Möglichkeit ungebundener Entscheidung geben und das System kann sich als konfliktfreie Einheit nur behaupten, wenn es nur eine solche Entscheidungsinstanz gibt. Um diese Möglichkeit zu schaffen und zu zentralisieren, wurde im frühmodernen Staat²⁹² gegen das Reich und die Kirche die Gesamtorganisation auf den Monarchen ausgerichtet, Opposition schien höchstens in Form von dessen Beratung auf. Auch um dem Autonomiebestreben des politischen Systems und des Rechtssystems, wie es sich im Widerstandsrecht zeigte, zu begegnen, wurde in der Person des Souveräns eine Einheit von Recht und Politik geschaffen.²⁹³ Der Souverän agierte ohne ständische Kontrolle bzw. war diese vertraglich mit ihm festgelegt und beruhte somit auf seinem Willen. Er war aber auch unabhängig einer Kontrolle durch das Recht. Unter diesen Voraussetzungen konnte sich das politische System differenzieren. Der Souverän wurde folglich zu einer ungebundenen Selbstbindungsmacht konstruiert, die notwendige Möglichkeit ungebundener Entscheidung, eine Paradoxie ähnlich wie im Rechtssystem: „Ich entscheide ungebunden, mit Bindungseffekt für alle, also auch für mich selber, da ich zum System gehöre; ich binde und entbinde mich.“²⁹⁴

Ist dieses Problem bei einer souveränen Person zwar schon vorhanden, aber einigermaßen kontrollierbar, so wird es beim Übergang zur Volkssouveränität akut: Das Problem der Zirkularität und des Wiedereintritts der Einheit in die Einheit scheint auch beim politischen System auf und es ist auch hier die Verfassung, die das Selbstreferenzproblem löst.²⁹⁵ Das Souveränitätsparadox wird durch organisatorische und strategische Vorkehrungen mit Hilfe und nicht mehr auf Kosten des positiven Rechts gelöst: Der „Staat“ bekommt ein Fundament. Es werden Ämter gebildet und mit kontrollierbaren Kompetenzen ausgestattet, Verfahren der Demokratie eingerichtet. Die Ämter müssen fortan „verfassungsmäßig“, das heißt rechtmäßig, ausgeführt werden: Das Problem der Selbstreferenz wird in das Rechtssystem verschoben. Solange es somit nicht zur Negation der Grundfeste der staatlichen Organisation kommt, bietet die Verfassung ein rechtliches Entparadoxierungskonzept für das politische System. Bereits die *leges fundamentales* hatten ein selbstreferentielles Argument zur Begründung: Die politische Herrschaft kann nicht jene Grundsätze negieren, die es sich selbst verdankt. Die Negation des Systems ist damit im System selbst vorgesehen. Das politische Geschehen ist damit durch einen rechtlichen Text selbst gebunden. Dieser Gedanke der Selbstbindung ersetzte

²⁹² Hier muss, so viel sei auf den folgenden Abschnitt vorgegriffen, der ambivalente Gebrauch des Staatsbegriffs bei Luhmann angemerkt werden: Ist der Staat als Selbstbeschreibung des und segmentäre Differenzierung im politischen System zu verstehen, so hat der Begriff des Staates bereits in der hierarchisch-stratifizierten Gesellschaft zur Selbstbeschreibung (nur zu treffend der Ausspruch Louis' XIV: „L'Etat, c'est moi!“) gedient.

²⁹³ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 413.

²⁹⁴ Luhmann (1990) (a.a.O.): S. 197.

²⁹⁵ Luhmann (1990) (s.s.O.): S. 198.

später wieder die Vertragskonstruktionen. Aber erst durch die Positivierung auch des höheren Rechts und die Neuinterpretation des Begriffs der Konstitution kann auf eine naturrechtliche Fundierung verzichtet werden. Der „Geltungsgrund“ ist, gleich wie beim Rechtssystem, die Notwendigkeit, die Paradoxie einer ungebundenen Bindungsmacht zu verdecken und durch handhabbare Unterscheidungen zu ersetzen.²⁹⁶

4.2. Die Verfassung als evolutionäre Errungenschaft²⁹⁷

„Die Neuheit des Verfassungskonzepts des 18. Jahrhunderts liegt darin, daß (sic!) die Verfassung eine rechtliche Lösung des Selbstreferenzproblems des politischen Systems und zugleich eine politische Lösung des Selbstreferenzproblems des Rechtssystems ermöglicht.“²⁹⁸

Während in Nordamerika und Frankreich unter jeweils anderen Umständen (vgl. die obigen Ausführungen zum rational-juristischen und rational-voluntaristischem Verfassungskonzept) Verfassungen errichtet wurden, ist die strukturelle Innovation in beiden Fällen bedingt durch das Auftreten der gezeigten Selbstreferenzprobleme und die Notwendigkeit ihrer Auflösung durch neue Unterscheidungen.

Das politische System verwendet zur Lösung der Probleme der eigenen Selbstreferenz das Recht. Die Verfassung dient zur Vorbeugung einer Blockade durch das Paradox der ungebundenen Souveränität und ist im politischen System ein Instrument der Politik. Das Rechtssystem verschiebt ihrerseits sein Selbstreferenzproblem in das politische System und hält die politischen Lösungen in einem obersten Gesetz fest. Mit anderen Worten, die Verfassung ermöglicht: „Ich herrsche, weil ich das Recht dazu habe und ich spreche Recht in dieser Weise, weil es die Politik so beschlossen hat!“

Die Verfassung hat somit in den Systemen je einen verschiedenen Sinn, die, auch wenn sie einander zu widersprechen scheinen, durch die operative Geschlossenheit der Systeme kompatibel sind: Eine strukturelle Kopplung wird eingerichtet. Die Verfassung gewährleistet durch die Lösung der Selbstreferenzprobleme, dass Politik und Recht als autopoietische Systeme autonom agieren können. Die Verfassung als Kopplung knüpft dabei an Diskontinuitäten in der Umwelt an, zu deren Stabilisierung sie selber beiträgt und ist somit eine logische und notwendige Entwicklung, eine evolutionäre Errungenschaft der funktional-differenzierten Gesellschaft.²⁹⁹ Dies ist somit der, laut

²⁹⁶ Luhmann (1990) (a.a.O.): S. 199.

²⁹⁷ So auch der Titel von Luhmanns wichtigstem Artikel zu diesem Thema.

²⁹⁸ Luhmann (1990) (a.a.O.): S. 202.

²⁹⁹ Luhmann (1990) (a.a.O.): S. 208f.

Luhmann, eigentliche, „metakonstitutionelle“ Sinn der Verfassung,³⁰⁰ der von den im ersten Teil gegebenen Entwicklungen, die mit der Selbstbeobachtung der Systeme en gros übereinstimmen, überdeckt wird: Die Verfassung sichert die Funktionen Politik und Recht, indem sie sie schließt. Aus systemtheoretischer Sicht sind konstitutionelle Monarchien nicht zu den modernen Verfassungen zu zählen, da sie noch auf der Souveränität eines Herrschers aufbauen und nicht aus sich selbst heraus begründet werden. Gleichzeitig bietet diese systemtheoretische Perspektive auch eine Erklärung, wieso Verfassungen alleine in manchen Regionen der Erde nicht zu funktionierenden, demokratischen Staaten geführt haben: Ohne der Voraussetzung funktionaler Differenzierung fehlen der strukturellen Kopplung die Anknüpfungspunkte. In diesen Staaten stehen dann möglicherweise, wie im letzten Kapitel ausgeführt wurde, lokale Sonderbedingungen der Autopoiesis der Systeme entgegen. Auch wenn die traditionellen Schichtungsstrukturen, sich in den meisten Erdteilen auflösen, können „gesellschaftliche Komplexe“ wie etwa das Militär oder hegemoniale Ansprüche anderer Staaten eine autonome Politik oder ein „gerechtes“ Rechtssystem behindern.³⁰¹ Verfassungen können dann nur als Instrument der symbolischen Politik dienen, da das Rechtssystem noch nicht geschlossen und gegen unmittelbare Beeinflussung „sozialer Mächte“ nicht gerüstet ist.³⁰²

Unabhängig von der Frage nach regionalen Hürden für die Ausprägung autonomer Funktionssysteme, ergibt sich aus der systemtheoretischen Sichtweise, dass Verfassungen nicht kopiert werden können, so wie manche Kolonialstaaten es versuchten, da Verfassungen als Entparadoxierungskonzepte aus den Systemen selbst heraus entstehen müssen: Dies kommt in den Verfassungsinhalten zum Ausdruck³⁰³: Organisationsrecht und Menschenrechte sind auf Autonomisierung der Funktionssysteme (durch interne Differenzierung) gerichtet. Sie sind somit nicht zufälligerweise Inhalt jeder modernen Verfassung. Die schriftliche Fixierung im Verfassungstext wird jedoch alleine nicht zum Erfolg führen. Darüber hinaus benötigt die Verfassung vor allem ein zu verfassendes Objekt:³⁰⁴ Es muss einen, egal wie er begriffen wird, organisatorischen Rahmen innerhalb der Funktionssysteme geben.

Die europäischen Staaten haben eine besondere Situation „genutzt“,³⁰⁵ die heute nicht mehr gegeben ist: Bürgertum, souveräne Herrschaft und Rechtspositivismus, wie sie im ersten Teil präsentiert wurden, sind Ausdruck der Durchsetzung einer neuen

³⁰⁰ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 478.

³⁰¹ Luhmann (1990) (a.a.O.): S. 213.

³⁰² Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 478.

³⁰³ Luhmann (2002) (a.a.O.): S. 392.

³⁰⁴ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 478.

³⁰⁵ Luhmann (1990) (a.a.O.): S. 214.

Differenzierungsform. Erst zu diesem Zeitpunkt war die Verfassung möglich und gleichzeitig notwendig. Ihrem Inhalt nach soll diese den Staat organisieren, das Zusammenspiel von politischer Macht und Recht im Zuge der Gewaltenteilung vereinbaren. Doch was ist dieser Staat im funktional-differenzierten Gesellschaftssystem? Warum stellt erst die Verfassung und nicht der Staat die strukturelle Kopplung dar, obwohl sowohl von Recht und Politik dieser Begriff verwendet wird?

4.2.1. Der Staat in der Systemtheorie Luhmanns

In den vorhergehenden Kapiteln wurde der Begriff des Staates schon unter drei Gesichtspunkten in der Systemtheorie vorgestellt: Als Selbstbeschreibung des politischen Systems, als segmentäre Differenzierung des weltpolitischen Systems der Gesellschaft und als Rechtsstaat als eine Selbstbeschreibung des Rechtssystems. Tatsächlich bietet die Gesellschaftstheorie Luhmanns nicht eine Staatsdefinition, sondern, begründet durch den ambivalenten Gebrauch des Begriffs in der Sprache, der Staat wird als Bezeichnung für verschiedenste Fiktionen verstanden. Die Fremdbeobachtung in Form der Theorie erkennt am Staatsbegriff Fiktionen, welche die Selbstbeobachter, nämlich Recht und Politik, als Realitäten annehmen.³⁰⁶ Ebenso wie also das Rechtssystem in der Verfassung das höchste Gesetz sieht, stellt „der Staat“ für Luhmann eine Reihe von Sachverhalten dar, auf welche von verschiedenen Seiten zugegriffen werden kann. Der Staat ist also in keinsten Weise eine geordnete Form von Gesellschaft oder gar ihr Steuerungszentrum. Nichtsdestotrotz erleichtert diese Sichtweise des Staates nicht das Verständnis des Theoriegebäudes, sondern erschwert sie: Dies umso mehr, als der Begriff zwar in der Teiltheorie für das politische System und einzelnen Aufsätzen genau erörtert wird, aber auch oft unerörtert verwendet wird.³⁰⁷ Dabei stellt sich dann die Frage, auf welche Fiktion Luhmann sich dabei jeweils stützt. Hinzu kommt, dass der Staatsbegriff im Laufe der Theorieentwicklung auf verschiedene Weise auftrat und oft mit „Verfassung“ konkurrierte. Das hier vorgestellte „Staatsparadigma“ ist der „Politik der Gesellschaft“ entnommen und durch die Argumente in „Recht der Gesellschaft“ ergänzt.

Luhmann begründet seine Auffassung des Staates anhand der Kommunikation, denn, wenn von „Staat“ gesprochen wird, ist meist eindeutig, welcher Staat gemeint ist, denn jeder Staat braucht notwendigerweise einen Namen, aber nicht was damit gemeint

³⁰⁶ Klaus Thomalla (2006): Der entzauberte Staat: Zur systemtheoretischen Perspektive Niklas Luhmanns. In: Philippe Mastrorandi / Denis Taubert (Hg.): Staats- und Verfassungstheorie im Spannungsfeld der Disziplinen. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, S. 243.

³⁰⁷ Vgl. hierzu etwa das Kapitel „Politik und Recht“ in Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 407ff.

ist: Immer jedoch gibt es eine Assoziation von Staat, Recht und Politik, sei es (1) in einer historischen Perspektive, (2) zur Unterscheidung von legitimer und illegitimer Gewalt, (3) als Abgrenzung einzelner Staaten in der Weltpolitik oder (4) als organisierte Entscheidungs- und Wirkungseinheit.³⁰⁸ Auch wenn dadurch keine prägnante systemtheoretische Definition von Staat möglich ist, so sind diese Dimensionen des Staatsbegriffs miteinander vereinbar: Die erste und zweite Dimension dienen sowohl dem Rechtssystem als auch dem politischen System zur Selbstbeschreibung. Die dritte Dimension betrifft die sekundäre Differenzierung der Weltgesellschaft: Das weltpolitische System und das Rechtssystem der Welt sind segmentär in Staaten differenziert, um den Anforderungen der Umwelt, der hohen Entscheidungslast gerecht zu werden. Diese segmentäre Differenzierung nach Staaten bedarf dann ihrerseits Organisation, somit ist auf einer weiteren Ebene eine Differenzierung in Form von Organisationen zu beobachten.³⁰⁹ Die vierte Dimension des Staatsbegriffs beschreibt also die gesellschaftliche Subsystembildung in Form von Organisation. Der Staat ist somit neben der politischen Gesamtverantwortung in einer geographisch abgegrenzten Region auch eine Organisation von vielen innerhalb dieser. Erst durch die Einrichtung von Organisationen wird ein soziales System mit Kommunikationsfähigkeit ausgestattet und die Komplexität des Systems kann, ohne Beeinträchtigung der Entscheidungsfähigkeit, gesteigert werden.³¹⁰

Es ist dieser Punkt vom „Staat im Staat“, der vielfach an Luhmanns Staatsverständnis kritisiert wird. Dennoch erscheint diese Sichtweise plausibel, hält man sich vor Augen, dass hier stets auf die mit der Fiktion „Staat“ bezeichneten verborgenen Umstände verwiesen wird. Luhmann beobachtet die Welt von einer „rekonstruktivistischen“ Perspektive aus, jenseits von „Subjektüberlastung“, und verzichtet auf die Annahme von Realitäten, ebenso ist sein Staatsbegriff zu sehen. Es ist somit nur eine grundlegende Kritik an Luhmanns Paradigma möglich.³¹¹ Der Kritik, Luhmann würde letzten Endes doch den Staat als System der Politik ansehen, ist allerdings in dem Maße gerechtfertigt, als dass nur der Staat die Kapazität des politischen Systems auch kommunizieren kann, in anderen Worten, alle kollektiv bindenden Entscheidungen letztlich im Gewaltmonopol des Staates ihre notwendige Kollektivität erhalten.

³⁰⁸ Luhmann (2002) (a.a.O.): S. 195f.

³⁰⁹ Luhmann (2002) (a.a.O.): S. 244.

³¹⁰ Luhmann (2002) (a.a.O.): S. 241 u. 245.

³¹¹ Siehe hierzu etwa Thomalla (2006) (a.a.O.): S. 247f. Ein ähnlicher Kritikpunkt ist die Unterscheidung von Politik und Verwaltung innerhalb des politischen Systems.

Der Staatsbegriff, wie Luhmann ihn darlegt, bezeichnet keine einzige Realität, sondern dient mehreren Zwecken, vor allem „als Abschirmbegriff für zahlreiche Innovationen mit der Tendenz der Ausdifferenzierung eines spezifisch-politischen Systems“³¹² und des Rechtssystems.

Der Staat ist somit keine „Erfindung“ dieser Systeme, sondern war bereits, wie es im ersten Teil gezeigt wurde, im hierarchisch-stratifizierten Gesellschaftssystem vorhanden und von dessen Unterscheidungen benutzt. Das politische System sowie das Rechtssystem konnten auf ihm aufbauen: Als etwa der Rechtspositivismus, die Polizei und die Gesetzgebung als Zeichen der sich ausdifferenzierenden Systeme aufkamen, wurde auf den Staat als Akteur verwiesen, als handelnde Organisation. Das eigentliche Geschehen, nämlich die Funktion der Politik aus der Politik selbst heraus, das Problem der Souveränität, tritt als „moderner Staat“ in Erscheinung. Das Aufkommen der Nationalstaaten erklärt Luhmann durch die Notwendigkeit eine Ordnung zur Verfügung zu stellen: Die Wirtschaft hat Unordnung in die Gesellschaft gebracht. Dahinter verbirgt sich die funktionale Differenzierung, welche die hierarchisch-stratifizierte Gesellschaft ablöste. Das politische System reagierte, um dem Legitimationsdruck des Paradoxes Souveränität zu begegnen, mit der Formel der Nation. Die Verfassung war dann das eigentliche „Lösungsmittel“. Gleichzeitig zeugt die Idee der Nation von der Umschließung des politischen Systems aller Kommunikation: Aus den Untertanen wird eine Nation.³¹³ Interessant ist, dass im rational-juristischen Verfassungskonzept, welchem eine sehr lange, selbständige Rechtstradition und auch ein bereits ausdifferenziertes politisches System zu Grunde lag, auf die Nation als Formel eigentlich verzichten konnte. Der Staat wurde somit gewissermaßen für das funktional-differenzierte Gesellschaftssystem adaptiert: „Funktional gesehen ist der Staat eine fiktionale Einheit, ein Zurechnungstrick, der von der Politik und vom Recht in verschiedener Weise benutzt werden kann.“³¹⁴ Möglich ist diese doppelte Sichtweise aber erst durch die Verfassung, welche es als strukturelle Kopplung erlaubt, Recht aus der Sicht der Politik und Politik aus der Sicht des Rechts in den jeweiligen systeminternen Prozessen zu beobachten ohne dass dabei laufend unlösbare Konflikte entstehen. Die strukturelle Kopplung wiederum ist nicht Leistung eines Textes allein, sondern es gilt „die Verfassung eines Staates als einer

³¹² Luhmann (2002) (a.a.O.): S. 202.

³¹³ Der Nationalstaat förderte somit auch die Globalisierung, da die Funktion der Politik gesichert ist und das Wirtschaftssystem eine stabile Umwelt erhält. Luhmann (2002) (a.a.O.): S. 209f.

³¹⁴ Luhmann (2002) (a.a.O.): S. 391.

organisierten Entscheidungs- und Wirkungseinheit (Hermann Heller)³¹⁵. Der Staat bildet den „zu verfassenden“ Rahmen.

Für die hierarchisch-stratifizierte Gesellschaft ist der Staatsbegriff zwar vorhanden, aber nur als Selbstbeschreibung, nicht als Organisation oder segmentäre Differenzierung, welche eher in Herrscherhäusern zu sehen ist. Die Organisation Staat wird erst durch die funktionale Differenzierung, und somit auch erst durch die Verfassung als Schlussstein dieser Differenzierung, im System der Politik ermöglicht. Im Rechtssystem hingegen, welches durch die Verfassung die Rechtsstaatsformel bekommt, ist das Zentrum die Organisation der Gerichtsbarkeit, auf welche unten näher eingegangen wird.

4.2.2. Der Inhalt der strukturellen Kopplung

Die Verfassung mit einem jeweils anderen Sinn für Politik und Recht errichtet eine strukturelle Kopplung. Diese ist eine Form in der oben präsentierten Bedeutung einer Kopplung von Möglichkeiten, eine Unterscheidung, die zwei Seiten hat: Auf der Innenseite wird die gegenseitige Beeinflussung erleichtert („Bahnen erhöhter Irritation“), auf der Außenseite wird sie nach Möglichkeit ausgeschlossen. Politik und Recht sollen nur mehr „verfassungsmäßig“ miteinander umgehen.³¹⁶ Für das Recht ist die Verfassung dadurch ein oberstes Gesetz, anhand dessen sie die Irritationen aus dem politischen System filtern kann. Recht ist nicht die Umsetzung von politischen Entscheidungen, sondern die Operationen entlang des Codes Recht/Unrecht. Für die Politik ist die Verfassung ein politisches Instrument, um änderbare und nicht änderbare Zustände zu unterscheiden. Dennoch sind politische Operationen mehr als die Anwendung eines Rechtstextes, Politik hat eigene Anschlussmöglichkeiten im System und eine eigene Codierung, wodurch auch das Nichtzustandekommen eines neuen Gesetzes politisch beachtlich ist. Des Rechts kann sich das politische System nur per Fremdreferenz bedienen. Die politischen Entscheidungen sind „rechtlich zweitcodiert“, eine Folge der Normalisierung des politischen Einflusses durch die Verfassung. Eine Hierarchie zwischen Recht und Politik bleibt ausgeschlossen, die Systeme können nur irritieren und beeinflussen, eine Interferenz ist durch die verschiedenen Codierungen nicht möglich.

Durch die Kopplung, welche nur einen Teil von Irritation zulässt, kommt es zu verdichteten Lernchancen, da der intensivierten Bahn mehr Aufmerksamkeit geschenkt

³¹⁵ Luhmann (2002) (a.a.O.): S. 392.

³¹⁶ Luhmann (1990) (a.a.O.): S. 205.

werden kann. Langfristig werden die gekoppelten Systeme dadurch Strukturen auf- und abbauen, um im Fall einer Irritation Lösungen schon bereitliegen zu haben oder rasch zu ergreifen. Die Irritationen im System können dann jeweils in der eigenen Geschwindigkeit bearbeitet werden, denn die Kopplung bedeutet nicht Synchronisation. Durch das positive Recht ergibt sich für das System der Politik ein großes Potenzial für politische Aktionen, wodurch Demokratie sich erst entfalten kann. Im Rechtssystem ist die strukturelle Binnendifferenzierung nach Rechtsprechung und Gesetzgebung eine Folge der Irritationen aus der Umwelt, die den politischen Einfluss abfedert.

4.3. Die Verfassungsgerichtsbarkeit aus der Sicht der Systemtheorie

Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist, das ergab sich aus dem ersten Teil, heute in den meisten Staaten der Erde ein Instrument, um den Vorrang der Verfassung zu sichern. Als Aufgabe der ordentlichen Gerichtsbarkeit oder eines besonderen Gerichts, wird sie als Teil der Wirkungseinheit „Staat“ festgelegt. Wenn die Einrichtung der Verfassungen aus der systemtheoretischen Perspektive eine strukturelle Notwendigkeit in der modernen Gesellschaft ist, was im letzten Kapitel belegt wurde, ist dann die Verfassungsgerichtsbarkeit ebenso eine notwendige Entwicklung?

Es wurde bereits festgestellt, dass das Widerstandsrecht ein Zeichen für die Ausdifferenzierung des Rechtssystems war. Die in den ersten Kapiteln skizzierte Institutionengeschichte hat gezeigt, dass die Lehre vom Widerstandsrecht über die Theorie der Gewaltenteilung Eingang in die moderne Verfassung fand. Die funktionale Ausdifferenzierung von Recht und Politik, trotz der Selbstbeschreibung als Staat, erscheint auf den ersten Blick der Gewaltenteilung im Sinne der liberaldemokratischen Verfassungstheorie nicht zu widersprechen. Doch die Festlegung der Systemgrenzen über die Kommunikationsmedien (politische) Macht und Recht und nicht anhand von Institutionen zeigt in Bezug auf die Gesetzgebung ein differenzierteres Bild. Um die Frage nach der Einordnung der Normenkontrolle und nach ihrer Rolle im Gesetzgebungsprozess zu beantworten, soll also zunächst die Vereinbarkeit der Gewaltenteilung mit der Systemtheorie diskutiert werden, bevor auf die Beziehung von Rechtsprechung und Gesetzgebung an der Schnittstelle der richterlichen Normenkontrolle eingegangen wird.

4.3.1. Gewaltenteilung in der Systemtheorie?

Die Gewaltenteilungslehre, die zuerst in der amerikanischen Verfassung in der strengen Trennung von Exekutive, Legislative und Judikative verwirklicht wurde, stellt die Rechtsetzung der Rechtsprechung gegenüber. Nach der Theorie der funktionalen Differenzierung wird das Recht jedoch als die Zusammenfassung jeglicher Kommunikationen mit Bezug auf das Recht begriffen, d.h. aller Kommunikationen, auf die die Unterscheidung Recht/Unrecht anwendbar ist. Somit fällt sowohl Gesetzgebung als auch Rechtsprechung in das Rechtssystem, welches somit eher der ursprünglichen monarchischen „*iurisdictio*“ entspricht.³¹⁷

Die Unterscheidung zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung ist, so Luhmann, als systeminterne Differenz in der Selbstbeschreibung von den Gewaltenteilungslehren übernommen worden. Die systeminterne Differenz nach dem Schema Zentrum-Peripherie war eine Antwort auf die strukturelle Komplexität und die Pressionen, die sich aus der hierarchisch-stratifizierten Schichtung der Umwelt (Beziehungen, auf die es galt Rücksicht zu nehmen, externe Freundschaften, etc.) ergaben.³¹⁸ Nach der Schließung des politischen Systems durch die Verfassung reguliert die Gesetzgebung den Einfluss des politischen Systems auf das Rechtssystem. Der Unterschied zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung ist somit nicht auf die Ausdifferenzierung selbst zurückzuführen, sondern auf die Kontingenz des bereits ausdifferenzierten Rechtssystems.³¹⁹ Die Rechtsprechung soll im Zentrum unter weniger Irritationen, doch unter Operationszwang, die Funktion und Autopoiesis des Rechtssystems garantieren. Die interne Differenzierung beruht auf der Unterscheidung verschiedener Verfahren, die selbst durch Beobachtung zweiter Ordnung getroffen wurde, worauf weiter unten noch näher eingegangen wird.

Die Gesetzgebung geschieht demnach in der Peripherie des Rechtssystems: In ihr werden Irritationen verarbeitet und entweder in Rechtsform gebracht oder nicht. Auch die Politik irritiert das Rechtssystem, denn das Recht ist „ein Instrument der Ermöglichung und Verwirklichung politischer Ziele“,³²⁰ nämlich der kollektiv bindenden Entscheidungen. Im Medium des politisch Möglichen wird anhand der Unterscheidung der Politik nach Problemlösungen gesucht, welche das Recht dank der Positivität bietet. Durch die Änderbarkeit des Rechts werden Formfestlegungen innerhalb des Mediums

³¹⁷ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 300.

³¹⁸ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 289f.

³¹⁹ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 301f. „Kontingenz ist etwas, was weder notwendig ist noch unmöglich ist; was also so, wie es ist (war, sein wird), sein kann, aber auch anders möglich ist. Der Begriff bezeichnet mithin Gegebenes (zu Erfahrendes, Erwartetes, Gedachtes, Phantasiertes) im Hinblick auf mögliches Anderssein; er bezeichnet Gegenstände im Horizont möglicher Abwandlungen.“ Luhmann (1984) (a.a.O.): S. 152.

³²⁰ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 424.

geboten und das Problem wird entpolitisiert. Die Bedingung für die Verwendung des Rechts ist die Verfassung, die dies als strukturelle Kopplung erst ermöglicht, wodurch das Recht nur als Fremdreferenz an der Innenseite der Kopplung als Form verwendet werden kann: Ein anderer Einfluss auf das Recht als die „verfassungsmäßige“ Gesetzgebung ist nicht möglich.

Das politische System steht oft unter erheblichem Zeitdruck, wogegen die Gerichtstätigkeit im Rechtssystem sehr langsam ist. Die Gesetzgebung, so die These Luhmanns, hat „als Ort der Transformation von Politik und Recht und als Ort der rechtlichen Beschränkung von Politik die wichtige Funktion eines gesamtgesellschaftlichen Zeitausgleichs übernommen“:³²¹ Für das politische System ist das Problem (vorerst) gelöst, das Rechtssystem entscheidet von nun an über die Auswirkungen des Gesetzes. Durch eine operative Kopplung werden für einen Moment die Systeme synchronisiert, nach der Gesetzgebung entfaltet die Operation in den jeweiligen Systemen ihren eigenen Sinn und wird rekursiv in den Systemen vernetzt.³²² Für das politische System kann ein neues Gesetz als Erfolg für die Regierung verbucht werden. Kommt das Gesetz nicht zustande, ist dies im politischen System ebenso politisch relevant. Im Rechtssystem wird der Geltungszustand des Rechts aber nur bei einem neuen Gesetz oder einer Novellierung geändert und gilt fortan als Instruktion für die Gerichte, die dann weiter darüber disponieren.

Verwaltung ist in der Systemtheorie Luhmanns kein eigenes Funktionssystem, sondern ihre Einordnung hängt von dem verwendeten Kommunikationsmedium ab: Ist die Verwaltung problemlösendes Verhalten, etwa die Lösung ökologischer Aufgaben, oder die Ausführung formaler Weisungen, so ist sie Teil der Politik. Es geht dabei stets um die kollektive Verbindlichkeit der vom System der Politik getroffenen Entscheidungen. Die Gesetzesbindung der Verwaltung ist Teil der strukturellen Kopplung und wird nicht in Frage gestellt, kommt aber erst zum Zug, wenn die Verwaltung Recht verwendet, d.h. rechtliche Fragen aufwirft, wie es meist erst nach ihrem Versagen der Fall ist. Dadurch wird jedoch die Systemreferenz gewechselt.³²³ Innerhalb des politischen Systems ist die administrative Kommunikation (neben der Politik und dem „Publikum“) eine eigene Interaktionsart, welche oft in kürzeren Zeithorizonten arbeitet. Auch hier stellt sich die fragliche Auffassung eines Begriffs Politik im System Politik (ähnlich wie beim Staat im

³²¹ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 429.

³²² Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 435.

³²³ „Die staatliche Regierung und Verwaltung ist jedoch von oben bis unten eine Organisation des politischen Systems. Sie realisiert Politik und nicht Recht – wenngleich unter dem Vorbehalt, daß (sic!) jederzeit die Frage aufgeworfen werden kann, ob dies rechtmäßig oder unrechtmäßig geschieht. Aber mit dieser Frage wechselt die Kommunikation ihrer (sic!) Systemreferenz.“ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 431.

Staat), gewissermaßen aber gleich zweimal, denn für Luhmann kann Politik (als Vorbereitung von „kollektiv bindende[n] Entscheidungen durch Testen und Verdichten ihrer Konsenschancen“³²⁴) auch in der öffentlichen Verwaltung auftreten. Luhmann vermischt hier jedoch „nur“ die öffentliche Verwaltung als Ämter, die als topographisches Gedächtnis dienen können, mit der Kommunikationsart. Er bringt mit der Definition der Gesetzgebung an der Systemgrenze von Recht zur Politik und der „systemlosen“ Verwaltung insgesamt, wenn auch etwas kompliziert, zum Ausdruck, dass die Lehre der Gewaltenteilung, wie sie in die modernen Verfassungen integriert wurde, überholt ist und somit nicht der Realität der Gesellschaft entsprechen kann. Diese Beobachtung wird auch innerhalb der Rechtswissenschaft und der Politikwissenschaft, somit systemintern, diskutiert, wobei meist die Verschmelzung von Exekutive mit der Legislative eine Rolle spielt. Die Angleichung der Verwaltungsgerichtsbarkeit an die normale Gerichtsbarkeit, wie sie im ersten Teil geschildert wurde, kann als weiterer Beleg für die Richtigkeit der Überlegungen Luhmanns dienen.

4.3.2. Die Gerichtsbarkeit in der Systemtheorie

Das Rechtssystem hat neuen Gesetzen wenig entgegenzusetzen. Die Rechtslage kann durch Gesetze oder Verträge „unverbindlich“ geändert werden. In der Peripherie gibt es keinen Operationszwang, die Unterscheidung rechtmäßig/unrechtmäßig muss nicht angewandt werden.³²⁵ Erst die Entscheidung der Gerichte über Verträge oder Gesetze, die Anwendung des Rechts in Einzelfällen, zeigt an, was verbindlich ist. Denn erst dann wird die Differenz Recht/Unrecht auf sie angewandt und an die Kommunikation mit der Systemgeschichte verknüpft, wodurch sie auch für die Zukunft Systemgeschichte ist. Dies zeigt sich insbesondere anhand des Case Laws im angloamerikanischen Rechtskreis.

Die Unterscheidung von Rechtsprechung und Gesetzgebung, so Luhmann, hat bereits vor den Gewaltenteilungstheorien existiert, wurde aber dann als Hierarchie konzipiert³²⁶ (der erste Teil hat das anhand der englischen und französischen Verfassungsgeschichte veranschaulicht). Ein solches Hierarchiemodell würde aber der Rechtsfortbildung durch die Richter entgegenstehen und kann somit nicht gelten, selbst wenn diese Vorstellung der Gesetzesbindung des Richters nach wie vor vorherrscht. Die Differenz besteht als „eine Art kybernetischer Zirkel“, denn das Rechtssystem beobachtet

³²⁴ Luhmann (2002) (a.a.O.): S. 254.

³²⁵ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 320ff.

³²⁶ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 302f.

sich selbst, wie es entscheidet und erstellt auf Grundlage dieser Beobachtung Kompetenznormen.³²⁷

Die Gerichte sind im Zentrum des Systems. Als Organisation, welche über Inklusion und Exklusion ihre Mitglieder bestimmt,³²⁸ besitzen Gerichte Kommunikationsfähigkeit, anders als die Gesetzgebung, die in der Peripherie angesiedelt ist und durch Umwelteinflüsse erfolgt. Im letzten Kapitel wurde bereits erläutert, dass die operative Schließung des Funktionssystems systemintern immer die Notwendigkeit des Entscheidens bedeutet, denn die Monopolisierung der Funktion setzt universelle Kompetenz und Entscheidungsfähigkeit voraus: „Dies kombinatorische Problem von Universalität und Entscheidungsfähigkeit wird im Verbot der Justizverweigerung zum Ausdruck gebracht, und zwar in der für das Rechtssystem angemessenen Form einer Norm, das heißt: mit notfalls kontrafaktischem Geltungsanspruch.“³²⁹ Das Verbot der Justizverweigerung ist die institutionelle Vorsorge im Rechtssystem zur Sicherung seiner Funktion. Die Gerichte übernehmen damit das „Paradoxiemanagement“, denn sie müssen auch dort entscheiden, wo kein Recht gefunden werden kann, indem sie „Unbestimmbarkeit in Bestimmbarkeit“ transformieren.³³⁰

Hier scheint ein Widerspruch oder zumindest eine problematische Lücke in Luhmanns Theoriegebäude auf, nämlich bezüglich des im letzten Kapitel präsentierten Konzepts der Verfassung als Entparadoxierungskonzept. Obwohl dieses einige Jahre älter ist als die Monographie „Das Recht der Gesellschaft“ und er auf dieses verweist, erwähnt er dieses im Zusammenhang mit den Gerichten nicht. Vielmehr erklärt er in dieser neueren Monographie an einer anderen Stelle, dass für die Anwendung des Rechts keine höhere Norm notwendig ist als das Recht.³³¹ Das trifft zwar für die Kommunikationen, die unter Rechtssystem gefasst werden, voll und ganz zu, aber die operative Schließung kann erst erfolgen, wenn das Paradox gelöst ist. Die Brücke über diese Lücke ist die logische Schlussfolgerung, dass den Gerichten die Verfassung als Entparadoxierungskonzept zur Verfügung steht. Die „autologische Vorschrift“³³² des Verbots der Justizverweigerung wird durch den autologischen Text der Verfassung ergänzt. Beide, sowohl das Verbot der Justizverweigerung, auf welchem das System aufbaut, als auch die Verfassung, welche das System schließt, indem sie die Differenz Recht/Unrecht in der Selbstanwendung durch die

³²⁷ Ebd.

³²⁸ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 321.

³²⁹ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 313.

³³⁰ Ebd.

³³¹ Für seinen operativen Vollzug benötigt das Recht somit auch „keine hierarchischen Struktur mit der Funktion, die Einheit des Rechts durch eine referenzfähige oberste Norm (Grundnorm), ein oberstes Gesetz (Verfassung) oder eine oberste Instanz zu garantieren.“ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 73.

³³² Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 316.

Form verfassungsmäßig/verfassungswidrig ersetzt, sorgen für die operative Schließung des Systems. Die Gerichte können somit, wenn das Recht in Frage gestellt wird, mithilfe der Verfassungsunterscheidung und der Kollisionsregeln agieren, was auch auf die Normenkontrolle zutrifft.

Die Gerichte entscheiden mithilfe von Programmen, Entscheidungsregeln, wobei der Ausgang der Entscheidung ungewiss ist, denn es kommt allein auf die Code-Werte an.³³³ Das Rechtssystem beobachtet aber auch seine eigenen Rechtsentscheidungen, welche ihrerseits das Recht beobachten. Diese Beobachtung der zweiten Ordnung ist die (rechtswissenschaftliche) Interpretation, welche über die Konsistenz der Gerichtsentscheidungen wacht. Die Rechtsprechung selbst verläuft durch den Entscheidungszwang, im Gegensatz zur Gesetzgebung und den Verträgen, in „kognitiver Selbstisolation“,³³⁴ denn das Rechtssystem ist zwar für Umwelteinflüsse offen, aber operativ geschlossen.

4.3.3. Richterliche Normenkontrolle

4.3.3.1. Entwicklung aus der Sicht der Systemtheorie

Durch die Verfassungsgerichtsbarkeit wird aus der Sicht der Systemtheorie die Universalkompetenz des Rechts für das Recht sicher gestellt: Die Verfassung tritt mit der Unterscheidung verfassungsmäßig/verfassungswidrig an die Stelle der Frage nach der Gültigkeit des Rechts und vermeidet so das Problem des re-entry, welchem sich auch das politische System stellen muss.³³⁵ Der Schließungsanspruch, der bereits im Widerstandsrecht und vor allem im Bonham's Case hervorgebracht wurde, wird damit befriedigt. Die systeminterne Differenzierung nach Rechtsprechung und Gesetzgebung war die Strategie des Systems zur Regulierung der Umwelteinflüsse nach der Ausdifferenzierung. Die Gesetzgebung „drängt“ gewissermaßen dem Rechtssystem neue Gesetze auf, aber erst die (positive) Überprüfung anhand des Verfassungsvorrangs entscheidet, ob das Gesetz auch in die Systemgeschichte eingebunden wird. Insofern ist auch aus der Sicht der Systemtheorie die konkrete Normenkontrolle eine Weiterführung der Gewaltenteilung, jedoch bereits als eine rechtsinterne Unterscheidung.

Umgekehrt ist ein System ohne Verfassungsgerichtsbarkeit in seiner Einheit gefährdet und leicht zu destabilisieren: Die Rechtsgeltung kann jederzeit in Frage gestellt

³³³ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 318.

³³⁴ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 322.

³³⁵ Luhmann (1990) (a.a.O.): S. 187.

werden, da die operative Schließung nicht gegeben ist. Das Recht bleibt dann abhängig von anderen Strukturen, wie es das Beispiel Frankreich in Form der Abhängigkeit Politik unter dem Volk als Souverän zeigt. Das Paradox wird nicht gelöst, sondern verdeckt, es kommt zu keiner operativen Schließung des Systems. Gleichzeitig kann dann auch das Souveränitätsparadox nicht ausgelagert werden, was sich an der hohen Zahl von Verfassungskrisen in Frankreich zu bestätigen scheint.

Unter der oben erörterten Prämisse, dass das System seinen Schließungsanspruch auch schon ohne die Verfassung geltend machte, scheint es auch erklärbar, warum die Normenkontrolle im Föderalismus zuerst ihre Durchsetzung fand: Die Kompetenzverteilung wurde im Sinne eines Vertrages interpretiert. Die Tautologie der Geltung des Rechts wegen des Rechts wurde verdeckt und musste nicht an höherem Recht anknüpfen. Der Einfluss der Politik auf das Recht konnte anhand des Vertrages hinterfragt werden. Bezüglich der Überprüfung von Verordnungen macht die Systemtheorie keinen Unterschied zu normaler Gesetzgebung, da auch die Verwaltung eine Interaktionsform innerhalb des politischen Systems ist. Als Begründung für die frühere Durchsetzung des richterlichen Prüfungsrechts bei Verordnungen ist aus der systemtheoretischen Perspektive die vorzeitige Normalisierung des Einflusses des politischen Systems in diesem Bereich anzuführen, die innerhalb der auf den Herrscher gestützten Einheit von Politik und Recht anhand der „Kompromissverfassungen“ zugestanden war.

Die abstrakte Normenkontrolle leitet sich schließlich aus dem Konzept der Verfassung als Instrument zur Lösung des Problems der ungebundenen Bindungsmacht ab: Dieses wurde in einem Rechtstext gelöst. Über das Souveränitätsparadox, welches im Konfliktfall über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes aufgebrochen wird, kann nur per Fremdreferenz entschieden werden. Das politische System bedient sich damit des Rechts, also ist es auch Aufgabe des Rechtssystems, darüber zu entscheiden. Kelsen hat den Staat als Rechtsordnung begriffen und deswegen alle politischen Vorgänge in rechtliche Kategorien verwandelt.³³⁶ Die Systemtheorie beschränkt diese Sichtweise auf die strukturelle Kopplung, womit aber der gleiche Effekt als gegeben angenommen. Insofern kann gesagt werden, dass das österreichische System der richterlichen Normenkontrolle die strukturelle Kopplung bereits in seine institutionellen Vorkehrungen eingeschrieben hat, während es beim amerikanischen Institutionengefüge „rechtssystemintern“ zu bleiben scheint.

Mit der Lösung des Souveränitätsparadoxes des politischen Systems in einem Rechtstext wird auch das Verfahren der Demokratie festgelegt und ist nur mehr über die

³³⁶ Pernthaler (2002) (a.a.O.): S. 642.

Fremdreferenz verfügbar. Dementsprechend sichert das Rechtssystem die Demokratie, in dem sie bei einer Verfassungswidrigkeit das politische System irritiert, die Regierung aber nicht sofort seine Anspruchsberechtigung verliert und das System dadurch stabilisiert wird.

In beiden Fällen, sowohl der inzidenten als auch der Normenkontrolle unabhängig eines Anlassfalles ist aber die Monopolisierung der Funktion des Rechts ausschlaggebend: Auch wenn es eine Quellenidentität von Recht und Politik gibt, muss sich jede einzelne Kommunikation im rekursiven Netzwerk der jeweiligen Systeme behaupten.³³⁷ Die verfassungsrechtliche Überprüfung der Normen ist somit eine Operation des Rechtssystems und keine politische Operation. Die Gesetzgebung wirkt wie eine Transformation einer kollektiv bindenden Entscheidung in eine rechtliche Kommunikation. Auch wenn es der Selbstbeschreibung der Systeme als Staat widerspricht, ist die Systemgrenze zu beachten.

Irrelevant ist nach dem Paradigma der Funktionssysteme als Kommunikationssysteme die Einrichtung der Verfassungsgerichtsbarkeit als dezentralisiertes oder zentralisiertes Systems: Das Kommunikationsmedium bleibt in beiden Fällen das Recht. Der Unterschied eines besonderen Gerichts im Gegensatz zu den ordentlichen Gerichten ist eine Frage der Differenzierung im Zentrum des Rechtssystems, welches sich im Gegensatz zur Peripherie redundant differenzieren kann. Durch die Schaffung von eigenen Subsystemen im Zentrum des Rechtssystems (etwa von Landesgerichten und Bezirksgerichten) wird der Einheit der Zentralkompetenz aber nicht widersprochen, sondern sie wird vorausgesetzt und verstärkt.³³⁸ Daraus lässt sich schlussfolgern, dass eine Folge der Konzentration der Verfassungsgerichtsbarkeit an einer Stelle im System sich somit nur in der Steigerung der Kompetenz und mithin der Irritation der Umwelt auswirken kann.

4.3.3.2. Einfluss auf das und des politischen Systems

Aus der Konzeption, dass die verfassungsrechtliche Überprüfung von Gesetzen nur als Operation des Rechts erfolgen kann, ergeben sich anhand der im letzten Teil präsentierten Modelle der Verfassungsgerichtsbarkeit zwei Fragenkreise zur Beziehung der Systeme Recht und Politik, die nun abschließend erörtert werden sollen: Erstens ist

³³⁷ „Selbst wenn das Vertragsrecht auf einen politischen Konsens über ein entsprechendes Gesetz zurückgeführt werden kann, sind Vertragsschlüsse und auch gerichtliche Entscheidungen über entsprechende Streitfälle keine politischen Operationen. Dasselbe gilt für die rechtliche Überprüfung von Verwaltungsakten, ja sogar für die verfassungsrechtliche Überprüfung von Gesetzen.“ Luhmann (2002) (a.a.O.): S. 390.

³³⁸ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 323f.

der Einfluss durch die Ernennung der Richter zu beurteilen. Zweitens stellt sich die Frage nach der Wirkung des Urteils der Verfassungswidrigkeit.

Einfluss durch Ernennung der Richter?

Es wurde im ersten Teil festgestellt, dass der Gefahr des „gouvernement des juges“ mit der Ernennung der Richter durch demokratisch legitimierte Verfassungsorgane begegnet wurde. Während sowohl in den Vereinigten Staaten als auch in Österreich bereits die Verfassung die Wahl auf JuristInnen einschränkt, sind in anderen Staaten auch Menschen ohne entsprechende Ausbildung zur Ernennung zugelassen.³³⁹ Dementsprechend, besonders am Beispiel der Vereinigten Staaten diskutiert, wird oft versucht, KandidatInnen einer gewünschten Linie zu ernennen.

Für die Systemtheorie bedeutet das eine Art letztes „Einfallstor“ des politischen Systems in das Rechtssystem, das sich, auch wenn es sich auf die Möglichkeiten der strukturellen Kopplung beschränkt, nicht aus der Notwendigkeit des Instruments Recht für die Politik erklären lässt. Für die Erfüllung der Kommunikation des Rechts ist dies aber zweitrangig, da sich die Gerichtsentscheidung an den Verfahren des Rechts zu orientieren hat: Da das Rechtssystem operativ geschlossen ist, kann die Kommunikation nur an der eigenen Systemgeschichte anknüpfen. Auch wenn die Entscheidung dann eher an Redundanzen oder an Varietät orientiert ist, bleibt sie innerhalb des Kommunikationsmediums Recht und es kann nicht durch Macht entschieden werden.³⁴⁰ In anderen Worten, mag auch die Auslegung des Gesetzes dann beispielsweise konservativ ausfallen, ist es immer noch eine Auslegung des Gesetzes, die Möglichkeiten der Beeinflussung sind laut Luhmann begrenzt. Dies trifft sicher für die inzidente Normenkontrolle, welche von Gerichten eingeleitet wird, zu. Fraglich ist jedoch, ob auch die Einleitung eines amtswegigen Prüfungsverfahrens ebenfalls durch Verfahrensregeln und Interpretationsregeln garantiert werden kann.

Wirkung des Urteils

Als Operation im Rechtssystem ist auch das Gerichtsurteil der Verfassungsgerichtsbarkeit eine Entscheidung entlang des Codes Recht/Unrecht, jedoch in seiner Form als verfassungsmäßig/verfassungswidrig. Als solche ist sie vom politischen System nicht erfassbar, denn die Rechtsprechung ist nicht zweicodiert, wie es die politischen Entscheidungen durch die strukturelle Kopplung sind. Das bedeutet, dass das

³³⁹ „Even a court without the authority to annul unconstitutional legislation might, through rules of interpretation, application of “unwritten principles,” and careful control of administrative acts, achieve a form of control of constitutionality.” Cappelletti (1971) (a.a.O.): S. 16.

³⁴⁰ Luhmann (1995) (a.a.O.): S. 418f.

Urteil systemintern für die weitere Systemgeschichte relevant („verbindlich“) ist, aber das System der Politik nur irritieren kann.

Die Irritation des politischen Systems liegt in enttäuschten Erwartungen der Sinnstrukturen, welche das System der Politik an sich selbst ablesen kann.³⁴¹ Die Überleitung dieses Umstandes in Anschlussoperationen ist dann unklar. Auch das Aufwerfen einer verfassungsrechtlichen Frage allein, kann mithin die Macht in Frage stellen und die Balance zwischen Regierung und Opposition beeinflussen. Durch die erhöhten Lernchancen, welche die Kopplung mit den laufenden Irritationen bewirkt, hat die Politik aber gelernt, Lösungsansätze zu bieten, die Kopplung bewirkt einen „structural drift“, eine Strukturabpassung im anderen System. Als solcher kann die „Überstimmung“ der Verfassungsgerichtsbarkeit durch formelles Verfassungsrecht gelten. Gerade in Österreich gibt es, wie eingangs erwähnt, eine regelrechte Normenflut von Verfassungsvorschriften, die nicht mit dem materiellen Verfassungsrecht übereinstimmen.

Für das Rechtssystem besteht die Wirkung des Urteils darin, die Operation als Redundanz für zukünftige Operationen zuzulassen oder nicht. Dazu reicht die Rechtsunwirksamkeitserklärung, wie sie im amerikanischen Modell vorgesehen ist, aus, denn, so die Argumentation dahinter, das Gesetz sei von Beginn an rechtsunwirksam gewesen und durch das Prinzip der stare decisis gilt die Gerichtserkenntnis für alle Gerichte. Hier scheint sich eine deutliche Unvereinbarkeit mit der Systemtheorie zu ergeben: Diese definiert die Gesetzgebung als Ort der Transformation von kollektiv verbindlichen Entscheidungen. Ist das Gesetz aber nie wirksam geworden, scheint der politische Erfolg in Frage gestellt. Auch wenn Luhmann hier nicht Position bezieht, so könnte der Widerspruch aufgelöst werden, indem die Erklärung der Norm als „void“ als Rechtsfiktion angenommen wird, welche die Gerichte für die eigenständige Reproduktion des Rechts anwenden. Die gerichtliche Normenkontrolle würde dann nur die Differenz von verbindlichem und unverbindlichem Recht zum Ausdruck bringen.

Im österreichischen Modell ist die Folge der Verfassungswidrigkeit die Aufhebung des Gesetzes. Durch die Aufhebung des Gesetzes ist die politische Entscheidung, die kollektiv bindende Entscheidung, negiert. Während sich die konkrete Normenkontrolle nach amerikanischem Vorbild hier mit einer Nichtanwendung des Gesetzes begnügt, sieht die österreichische Rechtsordnung vor, dass die Aufhebung wie ein Gesetz verlautbart wird. Diese Kommunikation ist dann für beide Systeme bedeutsam, da sie von beiden Codes lesbar ist. Während im politik- und rechtswissenschaftlichen Diskurs gerade dies

³⁴¹ Luhmann (1997) (a.a.O.): S. 791.

Probleme bereitet, ergibt sich für die Systemtheorie als Kommunikationstheorie aus der „negativen Gesetzgebung“ keine Probleme: Die Kommunikation ist mithin in beiden Systemen lesbar, muss sich aber dort an ein rekursives Netzwerk halten, das die Voraussetzungen und Folgen beschränkt. Die Kommunikation kann nur anhand der eigenen Systemgeschichte weiterverarbeitet werden.³⁴² Mit anderen Worten: Das Gericht kann nur solche Rechtsfragen beantworten, die im System aufkommen. Die Regulierung akuter Probleme muss auf dem politischen Parkett gelöst werden.

Die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes verbirgt somit eine zweite, wichtige Dimension: Es wurde erwähnt, dass die Gesetzgebung ein gesellschaftsinterner Mechanismus zum Zeitausgleich ist. Für das System der Politik ist damit eine kollektiv verbindliche Entscheidung getroffen, die oftmals das darunter liegende politische Problem nicht gelöst hat. Das Rechtssystem kann aber nur anhand des Rechtscodes agieren und kann das politische Problem nicht lösen. Wenn es als rechtliche Kommunikation nicht entscheidbar ist, muss es aber im politischen System gelöst werden. Zur Zeitgewinnung war aber die Gesetzgebung der Politik dienlich. Diese Situation der „riskanten“ Gesetze, welche nicht vom Rechtssystem entschieden werden können, zeigt sich in Österreich bereits seit Jahren im Streit um die zweisprachigen Ortstafeln in Kärnten. Es handelt sich hierbei um ein politisches Problem, das durch verfassungsgerichtliche Urteile nicht gelöst werden kann. Die Funktionen der Systeme können nicht voneinander übernommen werden.

Die Systemtheorie zeigt mit ihren Beobachtungen auf, dass die Verfassung als Trennung der Systeme Politik und Recht nur mit Hilfe der Verfassungsgerichtsbarkeit effektiv sein kann. Die Systemtheorie kann somit den Erfolg der „Verfassungssuperpower“ durch ihre Notwendigkeit in der modernen Gesellschaft begründen. Auch kann sie viele mit der richterlichen Normenkontrolle zusammenhängende Fragen, wie sie hier diskutiert wurden, ansatzweise erklären und Anregungen für weitere theoretische Auseinandersetzungen geben. Bei näherer Betrachtung, das hat diese Darstellung gezeigt, scheinen Luhmanns Sichtweisen der Verfassungsgerichtsbarkeit nämlich eher auf die „rechtssysteminterne“ Verfassungsgerichtsbarkeit Bedacht zu nehmen. Das zeigt sich auch an der früheren „political questions“-Doktrin, die genau das Problem der rechtlichen Unentscheidbarkeit von politischen Fragen zu erkennen schien und als Verfahrensregel konstruierte. Die von ihm vielgepriesene Evolution scheint an dieser Stelle in seinem Theoriegebäude (noch) nicht gefruchtet zu haben.

³⁴² Luhmann (2002) (a.a.O.): S. 392.

CONCLUSIO

Woher die „Verfassungssuperpower“? Diese Frage nach der Entstehung und des „Erfolgs“ der Verfassung und der Verfassungsgerichtsbarkeit, welche diese Diplomarbeit zu beantworten suchte, soll nun abschließend in einer Zusammenschau der Ergebnisse verdeutlicht werden.

Die Begriffsgeschichte hat gezeigt, dass der moderne Verfassungsbegriff die Zusammenführung von Zustandsbeschreibungen mit der Idee von höherem Recht ist. Is Vorgänger der modernen Verfassung können aufgrund der Funktion der modernen Verfassung als Normativ für das Gemeinwesen die Herrschaftsverträge und die *leges fundamentales* gesehen werden. Diese regulierten aber nur Teile der Herrschaft. Während die Herrschaftsverträge noch den Adel als Vertragspartei vorsahen, entwickelte sich anhand der *leges fundamentales* die Vorstellung, dass es Normen gibt, die nicht geändert werden können. Aus der Perspektive der Systemtheorie kündigt sich darin bereits der Wechsel vom Primat der hierarchisch-stratifikatorischen Differenzierung zur funktionalen Differenzierung an. Das Recht als alleinige Entscheidungsinstanz über Recht/Unrecht stand gegen den Herrscher, welcher auf beiden Seiten des Rechtscodes agierte, wodurch die Über- und Unterordnung der Gesellschaft auch im Recht abgebildet wurde. Das Widerstandsrecht ist demnach auch bereits ein Anspruch des Systems auf operative Schließung, wonach es die Verbindlichkeit des Rechts selbst bestimmt. In England zeigte sich dies früher, da dort durch die Industrie und dem Aufkommen der Geldwirtschaft die ohnehin geringe Stratifizierung früher aufgebrochen wurde.

Die Idee der modernen Verfassung als ein schriftliches, herrschaftsbegründendes Instrument wurde schließlich in Amerika und Frankreich umgesetzt. Aus der Perspektive der Gesellschaftstheorie ist damit im Fall der Vereinigten Staaten die operative Schließung der Funktionssysteme Recht und Politik umgesetzt. Diese wurde durch die Lösung der Selbstreferenzprobleme, die unter das Problem der Rechtsgeltung und der Souveränität gefasst werden können, in der Verfassung erreicht: Für das Recht stand ab nun fest, dass die Verfassung als politische Idee des Gemeinwesens als höhere Norm den Vorrang hat und die Rechtsgeltung begründet. Für die Politik wurde die Bindung der Souveränität durch einen Rechtstext erreicht. Im Fall von Frankreich bleibt das Selbstreferenzproblem trotz der Errichtung einer Verfassung jedoch durch die Nation verdeckt: Das Volk als Souverän wird über die Verfassung gestellt. Damit war die

Beziehung von Recht und Politik nicht normalisiert und die Gefahr der Irritationen sehr groß, was die zahlreichen Verfassungskrisen unterstreichen. Die in der Literatur diskutierten Voraussetzungen widersprechen nicht dieser systemtheoretischen Begründung, sondern sind ebenso Zeichen der Ausdifferenzierung und des Schließungsanspruchs der Systemtheorie. Diese theoretische Begründung der Verfassung in der Notwendigkeit für die moderne Gesellschaft wird in der Empirie durch die Herausforderung einer neuen Gesellschaftsordnung, die durch den Bruch mit der Monarchie bzw. den Bruch mit der Parlamentsherrschaft gegeben war, belegt. Die Systemtheorie zeigt damit aber auch auf, dass die Verfassung nur funktionieren kann, wenn die Funktionssysteme ausdifferenziert sind: Das Recht und die Politik müssen autopoietisch ihre Funktion erfüllen, da die Verfassung sonst nicht als Form im Sinn der festen Kopplung verarbeitet werden kann. Die systemtheoretische Perspektive kann also erklären, warum Verfassungen nicht einfach übernommen werden können, ohne dass das Rechtssystem und die politischen Institutionen den jeweiligen Verfahren vertraut sind, warum also eine demokratische Verfassung allein noch keinen Staat macht.

Die Verfassung als Lösung der Probleme der Rechtsgeltung und der Souveränität muss aber auch angewandt werden: Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist die notwendige Weiterentwicklung des Verfassungsvorrangs. Der geschichtliche Abriss über die Entstehung der Verfassungsgerichtsbarkeit hat gezeigt, dass diese nicht aus politischen, sondern durchwegs rechtlichen Überlegungen entwickelt wurde. Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist ein rein rechtssysteminternes Verfahren: Politische Beeinflussung ist auf den verfassungsmäßigen Rahmen beschränkt. Dementsprechend muss die Verfassungsgerichtsbarkeit sich aber auch an ihre Systemgrenzen halten und kann nicht über politische Fragen entscheiden. Beide Systeme können aber aus den gegenseitigen Irritationen lernen: So wurde die Grundrechtsinterpretation erweitert und die Politik instrumentalisiert das formelle Verfassungsrecht für politische Zwecke.

Die Verfassung und die Verfassungsgerichtsbarkeit sind somit (nicht nur aus systemtheoretischer Perspektive) eine notwendige Einrichtung der modernen Gesellschaft für eine effektive Politik und Rechtsprechung.

LITERATURVERZEICHNIS

Ardant, Philippe (2005¹⁰): Les institutions des la Ve République. Paris : Hachette.

Baraldi, Claudio / Corsi, Giancarlo / Esposito, Elena (1997): GLU : Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme. Frankfurt am Main : Suhrkamp.

Berghaus, Margot (2003): Luhmann leicht gemacht. Köln: Böhlau.

Beyme, Klaus von (1988): The Genesis of Constitutional Review in Parliamentary Systems. In: Christine Landfried: Constitutional review and legislation: an international comparison. Baden-Baden: Nomos: S. 21-39.

Birle, Peter/ Wagner, Christoph (1994): Vergleichende Politikwissenschaft: Analyse und Vergleich politischer Systeme. In: Mols, Manfred/ Lauth, Hans-Joachim/ Wagner, Christoph (Hg.): Politikwissenschaft: Eine Einführung. Paderborn: Schöningh, S. 102-135.

Böckenförde, Ernst Wolfgang (1992²): Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Brauneder, Wilhelm (2005): Österreichische Verfassungsgeschichte. Wien: Manz.

Cappelletti, Mauro (1971): Judicial Review in the Contemporary World. Indianapolis: Bobbs-Merill.

Dieckmann, Johann (2004): Luhmann- Lehrbuch. München: Fink.

Dieckmann, Johann (2005): Einführung in die Systemtheorie. München: Fink.

Dilcher, Gerhard (1988): Vom ständischen Herrschaftsvertrag zum Verfassungsgesetz. In: Der Staat 27: S.161-193.

Ehrmann, Henry W. (1981): Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit im Frankreich der Fünften Republik. In: Der Staat 20: S. 373-392.

Eichler, Hermann (1988): Verfassungswandel in England. Ein Beitrag zur europäischen Rechtsgeschichte des 17. und 18. Jahrhunderts. Berlin: Duncker u. Humblot.

Elkin, Stephen L. (1993): Constitutionalism: Old and New. In: Stephen L. Elkin / Karol Edward Sołtan (Hg.): A New constitutionalism: Designing political institutions for a good society. Chicago: The University of Chicago Press: S.20-37.

Elster, Jon (1994): Die Schaffung von Verfassungen: Analyse der allgemeinen Grundlagen. In: Ulrich K. Preuß (Hg.): Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen. Frankfurt am Main: Fischer: S. 37-57.

Elster, Jon (1995): Limiting Majority Rule: Alternatives to Judicial Review in the Revolutionary Epoch. In: Smith, Eivind (Hg.): Constitutional Justice under old Constitutions. Den Haag: Kluwer Law International: S. 3-21.

Fenske, Hans (2001): Der moderne Verfassungsstaat. Eine vergleichende Geschichte von der Entstehung bis zum 20. Jahrhundert. Paderborn: Schöningh.

Friedrich, Carl J. (1953): Der Verfassungsstaat der Neuzeit. Berlin: Springer.

Garlicki, Lech (2007): Constitutional courts versus supreme courts. In: International Journal of Constitutional Law 5: S. 44-68.

Grimm, Dieter (1991): Die Zukunft der Verfassung. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Grimm, Dieter (1995): Verfassung II. Konstitution, Grundgesetz(e) von der Aufklärung bis zur Gegenwart. In: Heinz Mohnhaupt/ Dieter Grimm: Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart. Berlin: Duncker & Humblot: S.100-144.

Grossmann, Rudolf Heinrich (1948): Die staats- und rechtsideologischen Grundlagen der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz. Eine Studie in amerikanischem und schweizerischem Staats- und Rechtsdenken. Zürich: Schulthess.

Heun, Werner (2003): Die Geburt der Verfassungsgerichtsbarkeit – 200 Jahre Marbury v. Madison. In: Der Staat 42: S.267-284.

Heun, Werner (2003): Supremacy of the Constitution, Separation of Powers, and Judicial Review in Nineteenth-Century German Constitutionalism. In: Ratio Juris 16: S. 195-205.

Henkin, Louis (1994): Revolutionen und Verfassungen. In: Ulrich K. Preuß (Hg.): Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen. Frankfurt am Main: Fischer: S. 213-247.

Kelsen, Hans (1925/2008): Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. In: Hans Kelsen / Robert Chr. Van Ooyen (Hg.): Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Tübingen: Mohr-Siebeck: S. 1-57.

Kneip, Sascha (2008³): Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich. In: Oscar W. Gabriel / Susanne Kropp (Hg.): Die EU-Staaten im Vergleich. Strukturen, Prozesse, Politikinhalt. Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften: S. 631-655.

Korinek, Karl / Müller, Jörg P. / Schlaich, Klaus (1981): Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen. VVVDStRL 39.

Luhmann, Niklas (1973): Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems. In: Der Staat 12, S. 1-22 und 165-182.

Luhmann, Niklas (1983²): Rechtssoziologie. Opladen: Westdeutscher Verlag.

Luhmann, Niklas (1984): Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Luhmann, Niklas (1990): Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. In: Rechtshistorisches Journal 9: S. 176-220.

Luhmann, Niklas (1995): Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Luhmann, Niklas (1999): Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Luhmann, Niklas (1997): Die Gesellschaft der Gesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Luhmann, Niklas (2002): Die Politik der Gesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Luhmann, Niklas (2005): Einführung in die Theorie der Gesellschaft. Herausgegeben von Dirk Baecker. Heidelberg: Carl-Auer.

Machacek, Rudolf (Hg.) (2000): Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof und vor dem Verwaltungsgerichtshof. Wien: Manz.

Marcic, René (1963) : Verfassung und Verfassungsgericht. Wien: Springer.

Marcus, Maeva (1995): The Founding Fathers, Marbury v. Madison- and so what? In: Smith, Eivind (Hg.): Constitutional Justice under old Constitutions. Den Haag: Kluwer Law International: S.23-50.

Mastronardi, Philippe / Taubert, Denis (2006): Einleitung. In: (Dies.) (Hg.): Staats- und Verfassungstheorie im Spannungsfeld der Disziplinen. Stuttgart: Franz Steiner: S. 6-10.

Mavcic, Arne (2001): The Constitutional Review. Postojna: concourts.net.

Mayer-Tasch, Peter Cornelius (1991): Politische Theorie des Verfassungsstaates. Eine Einführung, München: dtv.

Mohnhaupt, Heinz (1995): Verfassung I. Konstitution, Status, Leges fundamentales von der Antike bis zur Aufklärung. In: Heinz Mohnhaupt/ Dieter Grimm: Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart. Berlin: Duncker & Humblot: S.1-99.

Mohnhaupt, Heinz (1998): Von den leges fundamentales zur modernen Verfassung. In: Ius Commune 25: S.121-159.

Näf, Werner (1949): Herrschaftsverträge und Lehre vom Herrschaftsvertrag. In: Werner Näf (Hg.): Schweizer Beiträge zur Allgemeinen Geschichte, Bd.7. Aarau: Sauerländer & Co.: S.26-52.

Neuman, Gerald L. (2000): The U.S. Constitutional Conception of the Rule of Law and the Rechtsstaatsprinzip of the Grundgesetz. In: Ulrich Battis et al. (Hg.): Das Grundgesetz im Prozeß europäischer und globaler Verfassungsentwicklung. Baden-Baden: Nomos: S. 253-268.

Nohlen, Dieter (Hg.) (2003³): Kleines Lexikon der Politik. München: C.H. Beck.

Obermaier, Otto-Peter (1988): Zweck – Funktion – System. Kritisch konstruktive Untersuchung zu Niklas Luhmanns Theoriekonzeptionen. München: Alber.

Oestreich, Gerald (1980): Vom Herrschaftsvertrag zur Verfassungsurkunde. Die „Regierungsformen“ des 17.Jahrhunderts als konstitutionelle Instrumente. In: Brigitta Oestreich (Hg.): Strukturprobleme der frühen Neuzeit. Ausgewählte Aufsätze. Berlin: Duncker & Humblot: S.229-252.

Öhlinger, Theo (2002): Entstehung und Entfaltung des österreichischen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit. In: Bernhard-Christian Funk et al. (Hg.): Der Rechtsstaat vor neuen Herausforderungen. Festschrift für Ludwig Adamovich zum 70. Geburtstag. Wien: Verlag Österreich: S. 581-600.

Olechowski, Thomas (2006): Verfassung. In: Thomas Olchowski (Hg.): Studienwörterbuch Rechtsgeschichte und Römisches Recht. Wien: Manz: S.493-494.

Olechowski, Thomas (2006): Verfassungsgerichtsbarkeit. In: Thomas Olchowski (Hg.): Studienwörterbuch Rechtsgeschichte und Römisches Recht. Wien: Manz: S.494-495.

Ooyen, Robert Chr. Van (2008): Die Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen Demokratie und die Kontroverse um den „Hüter der Verfassung“. In: Ders. (Hg.): Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Tübingen: Mohr-Siebeck: S. VII-XXVII.

Paulson, Stanley (2003): Constitutional Review in the US and Austria. In: Ratio Juris 16: S. 225-239.

Peine, Franz-Joseph (1983): Normenkontrolle und konstitutionelles System. In: Der Staat 22: S. 521-549.

Pernthaler, Peter (1996²): Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre. Wien: Springer.

Pernthaler, Peter (2002): Sind Demokratie und Rechtsstaat wirklich „an der Wurzel eins“? In: Bernd-Christian Funk et al. (Hg.): Der Rechtsstaat vor neuen Herausforderungen. Festschrift für Ludwig Adamovich zum 70. Geburtstag. Wien: Verlag Österreich: S. 631-654.

Preuss, Ulrich K. (1994): Der Begriff der Verfassung und ihre Beziehung zur Politik. In: Ders. (Hg.): Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen. Frankfurt am Main: Fischer: S. 7-33.

Preuss, Ulrich K. (1999²): The political meaning of constitutionalism. In: Richard Bellamy (Hg.): Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and European Perspectives. Aldershot: Ashgate: S.11-27.

Scharpf, Fritz W. (1966): Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis. In: The Yale Law Journal 75: S. 517-597.

Schmidhauser, John (1988): Judicial Activism and Congressional Responses in the United States. In: Christine Landfried: Constitutional review and legislation: an international comparison. Baden-Baden: Nomos: S.39-62.

Schmitz, Georg (2003): The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918-1920. In: Ratio Juris 16: S. 240-265.

Slagstad, Rune (1995): The Breakthrough of Judicial Review in the Norwegian System. In: Smith, Eivind (Hg.): Constitutional Justice under old Constitutions. Den Haag: Kluwer Law International: S. 81-112.

Starck, Christian (1986): Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit. In: Christian Starck / Albrecht Weber (Hg.): Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa. Baden-Baden: Nomos: S. 12-39.

Stein, Erwin (1972): Verfassungsgerichtsbarkeit. In: Axel Görlitz (Hg.): Handlexikon zur Rechtswissenschaft. München: Ehrenwirth: S. 485-493.

Stourzh, Gerald (1974): Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit: Zum Problem der Verfassungswidrigkeit im 18. Jahrhundert. Graz: Styria.

Stourzh, Gerald (1989): Staatsformenlehre und Fundamentalgesetze in England und Nordamerika. In: (Ders.): Wege zur Grundrechtsdemokratie: Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaates. Wien: Böhlau: S.1-35.

Stourzh, Gerald (1989): Hans Kelsen, die österreichische Bundesverfassung und die rechtsstaatliche Demokratie. In: Ders.: Wege zur Grundrechtsdemokratie: Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaates. Wien: Böhlau: S. 309-334.

Sweet, Alec Stone (2003): Why Europe Rejected American Judicial Review: And Why It May Not Matter. In: Michigan Law Review 101: S. 2744-24780.

Thomalla, Klaus (2006): Der entzauberte Staat: Zur systemtheoretischen Perspektive Niklas Luhmanns. In: Philippe Mastrorardi / Denis Taubert (Hg.): Staats- und Verfassungstheorie im Spannungsfeld der Disziplinen. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, S. 241-255.

Vorländer, Hans (2007): Europas multiple Konstitutionalismen. In: Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften 5, Heft 2: S. 160-180.

Wahl, Rainer (1981): Der Vorrang der Verfassung. In: Der Staat 20: S. 485- 516.

Weber, Albrecht (1986): Generalbericht: Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa. In: Christian Starck / Albrecht Weber: Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa. Baden-Baden: Nomos: S. 41-120.

Werber, Niels (1998): Die unbeobachtete Weltgesellschaft. Zum Tod des Systemtheoretikers Niklas Luhmann, Frankfurter Rundschau am 12.11.1998.

Wickham, Peter (2009): The controversy over the UK's new Supreme Court: much ado about nothing? In: Harvard Law Record am 20.10.2009.

Willke, Helmut (2000⁶): Systemtheorie I: Grundlagen. Eine Einführung in die Grundprobleme der Theorie sozialer Systeme. Stuttgart: Lucius & Lucius.

Zweigert, Konrad (1976): Einige rechtsvergleichende und kritische Bemerkungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit. In: Christian Starck (Hg.): Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Tübingen: J.C.B. Mohr: S. 63-75.

INTERNETQUELLEN

Amerikanische Bundesverfassung

http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html
[Zugriff am 08.05.2010]

Gesetzessammlung der **amerikanischen Bundesgesetze**

<http://uscode.house.gov/>
[Zugriff am 06.05.2010]

Französische Verfassung von 1791 in der Digitalen Bibliothek der Universität Perpignan

<http://mjp.univ-perp.fr/france/co1791.htm#T3>
[Zugriff am 09.05.2010]

Webseite des **United Kingdom Supreme Court**

<http://www.supremecourt.gov.uk/about/significance-to-the-uk.html> am
09.05.2010 [Zugriff am 07.05.2010]

RGBl Nr. 144/1867 (StF)

[http://alex.onb.ac.at/cgi-content/anno-
plus?apm=0&aid=rgb&datum=18670004&seite=00000399&zoom=2](http://alex.onb.ac.at/cgi-content/anno-plus?apm=0&aid=rgb&datum=18670004&seite=00000399&zoom=2)
[Zugriff am 09.05.2010]

Webseite des **Österreichischen Verfassungsgerichtshofes**

<http://www.vfgh.gv.at/>
[Zugriff am 06.05.2010]

ABSTRACT

Die vorliegende Arbeit versucht, die Entwicklung und Verbreitung von Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit in der Form der richterlichen Normenkontrolle zur Sicherung des Vorrangs der Verfassung zu klären und systemtheoretisch zu begründen.

Dazu wird im ersten Teil untersucht, welche historischen Brüche zur Entstehung moderner Verfassungen und der Verfassungsgerichtsbarkeit führten. Ausgehend von den ursprünglichen Begriffsinhalten der Worte „Verfassung“ und „Konstitution“ als Zustandsbeschreibungen wird die Bedeutungsveränderung hin zu einem normativen Begriff in der englischen Verfassungsgeschichte aufgezeigt. Anhand der amerikanisch-französischen Doppelrevolution werden folgende Voraussetzungen der modernen Verfassung überprüft: Der moderne Staat, das neuzeitliche Bürgertum als Träger der Revolution und der leitenden Ordnungsvorstellung der Trennung von Staat und Gesellschaft sowie die Revolution als Bruch mit den bestehenden Herrschaftsverhältnissen. Die Lehre des Widerstandsrechts und der Gewaltenteilung werden als Grundpfeiler der Verfassungsgerichtsbarkeit diskutiert und anschließend die Entwicklung und Verbreitung des amerikanischen und des österreichischen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit nachgezeichnet.

Im zweiten Teil wird anhand der Systemtheorie Niklas Luhmanns die Verfassung und die Verfassungsgerichtsbarkeit mit der Ausdifferenzierung funktional-differenzierter Systeme, welche die moderne Gesellschaft charakterisieren, begründet: Die Verfassung bietet dem politischen System und dem Rechtssystem die Lösung ihrer Selbstreferenzprobleme und ist der Schlussstein ihrer Ausdifferenzierung. Nur durch die Verfassung kann die unabhängige Funktion der Systeme gewährleistet werden. Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist dabei (sowohl im österreichischen als auch amerikanischen Modell) eine notwendige Einrichtung im Rechtssystem und kann das System der Politik nur irritieren, aber nicht lenken.

ABSTRACT (ENGLISH)

This thesis elaborates on the establishment of constitutions and judicial review in general and from the perspective of Luhmann's systems theory.

The first part reconstructs the original meaning of the term "constitution" and depicts its development up until the modern understanding of "constitution", as it was established in the Franco-American revolution. The modern state, the "bourgeoisie" representing the revolution and the ideals of classical liberalism (limited government and liberty of individuals) and overcoming the existing modes of power are also discussed as the prerequisites of modern constitutions. The origins of the idea of judicial review can be traced in the means to safeguard higher law as it was laid down in the right to resist and the idea of the separation of powers. The evolution of the development of the American system of judicial review and the Austrian system is then explained.

The second part explains the evolution of the constitution and judicial review by the functional differentiation which dominates modern society. The constitution is observed as the compulsory structural coupling between the political system and the system of law which completes their differentiation. The constitution guarantees the independence of each system. The judicial review is thereby a necessary practice within the system of law.

DANKE

- ... AN MEINE ELTERN FÜR IHRE UNTERSTÜTZUNG UND GEDULD.
- ... AN MEINEN BRUDER FÜRS ZUHÖREN UND KRITISCHE HINTERFRAGEN.
- ... AN MEINEN DIPLOMARBEITSBETREUER FÜR DIE INTERESSANTEN GESPRÄCHE.
- ... AN MEINE FREUNDIN SUSI FÜR IHRE GROSSARTIGE LEISTUNG IN DER ENDPHASE.
- ... AN MEINE FREUNDINNEN FANI, JULIANA UND STACY, DIE IMMER DAS RICHTIGE WORT FINDEN, UM MICH WIEDER AUFZUBAUEN.
- ... AN MEINE COUSINE SARAH FÜR CAFE UND TEE.
- ... AN DANI, LEO, MORITZ, VALENTIN UND GINO FÜR IHRE DIENSTE IM KORREKTORENSTAB IM IN- UND AUSLAND.
- ... AN LUDWIG VAN BEETHOVEN UND DIE ERFINDER DER MILCHSCHNITTEN.

LEBENS LAUF

Elisabeth Sperka

geboren am 24.11.1984 in Bruck an der Mur

Ausbildung

1998-2003 2003	Öffentliches Gymnasium der Stiftung Theresianische Akademie Matura (mit ausgezeichnetem Erfolg)
Seit 2003	Studium der Politikwissenschaft an der Universität Wien Schwerpunkte: Politische Theorie und Ideengeschichte, Europa und Europäische Union, Internationale Politik
Seit 2004	Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Wien Schwerpunkte: Europarecht, Internationales Recht, Rechtsphilosophie
2005-2006	Certificat d'Etudes Politiques am Institut d'Etudes Politiques in Aix en Provence
Aug 2008	Sommerschule für Europäische Integration in Alpbach

Praktika und außeruniversitäres Engagement

Sep 2002	Teilnahme am Interregional Model European Parliament Wien
Aug-Okt 2007	Praktikum im Büro für Sicherheitspolitik im Bundesministerium für Landesverteidigung
Jul 2007/08/09	Liaison Officer für The Dickinson School of Law Summer Seminars
Aug 2009	Seminarassistentz am Europäischen Forum Alpbach
Feb-Apr 2009	Volontariat in der Ständigen Vertretung Österreichs beim Büro der Vereinten Nationen und der Spezialorganisationen in Genf
2009-2010	Generalsekretärin der International Negotiations Training Group des Akademischen Forums für Außenpolitik

Sprachen

Deutsch	Muttersprache
Französisch	fließend
Englisch	fließend
Russisch	Sehr gute Kenntnisse
Italienisch	Grundkenntnisse