manual

MICHAEL THALER

Grundlagen und Entwicklung von Verfassungs- und Verwaltungsrecht

Eine vergleichende Einführung zum Verständnis

Österreich
Frankreich
Großbritannien
USA

4., ergänzte, vertiefte und aktualisierte Auflage

facultas

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Alle Angaben in diesem Fachbuch erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr, eine Haftung der AutorInnen oder des Verlages ist ausgeschlossen.
Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und der Verbreitung sowie der Übersetzung, sind vorbehalten.

Copyright © 2018 Facultas Verlags- und Buchhandels AG
facultas Universitätsverlag, 1050 Wien
Satz und Druck: Facultas Verlags- und Buchhandels AG
Printed in Austria
www.facultas.at
ISBN: 978-3-7089-1773-3

Vorwort zur 4. Auflage

Die 4. Auflage dieses Buches setzt ein „work in progress“ fort, das 2015 begonnen und sodann jedes Jahr mit einer neuen Auflage fortgesetzt und ausgebaut wurde. Die Grundausrichtung ist die gleiche geblieben. Es geht nicht um Flächendeckung und die Vermittlung von Detailkenntnissen, sondern vor allem um einen Schlüssel zum Verständnis der Materie. Der Fokus liegt auf der Vermittlung von Strukturproblemen, was einer alten Forschungstradition im Bereich des Verfassungs- und Verwaltungsrechts in Österreich entspricht. Der Vergleich mit den Strukturen dieser Rechtsmaterien in anderen Ländern und ihren Entwicklungen soll das Verständnis vertiefen.

So wie die vorhergehenden Auflagen stellt auch diese Auflage eine quantitative Erweiterung dar. Ausgebaut wurde vor allem das sechste Kapitel betreffend die Entwicklung des Verfassungsrechts auf vergleichender Grundlage. Der Titel lautet nunmehr dementsprechend: „Grundlagen und Entwicklung von Verfassungs- und Verwaltungsrecht“.

Um einige Beispiele zu bringen:

– Die verfassungsrechtlichen Probleme Großbritanniens mit den geplanten EU-Austritt wurden einerseits aktualisiert, andererseits in ihrer fundamentalen Problematik für die Verfassung und den Zusammenhalt des Vereinigten Königreichs herausgearbeitet.

– Um aktuelle Probleme im Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten besser zu verstehen, ist es hilfreich, sich in die Zeit der Entstehung der Verfassung zurückzuversetzen.

– Auch das französische Verfassungsrecht und seine Entwicklung wurde aus dem Blickwinkel seiner Herausforderungen stärker herausgearbeitet.

– Die Rechtsvergleichung zwischen Österreich, Frankreich, Großbritannien und den USA bleibt unvollständig, wenn man nicht die Entwicklung des common law und des ihm spezifischen Denkens im Gegensatz zu dem des gesetzten Rechtes stärker einbezieht.

– Auch die Rolle von Revolutionen im Zusammenhang mit dem Phänomen der Verfassungen ist wesentlich. Es lässt sich anhand dieses Zusammenhangs bis zu einem gewissen Grad erklären, wieso unterschiedliche Verfassungen eine unterschiedliche Entwicklung genommen haben.

– Insbesondere das Problem von Kontinuität und Diskontinuität einer Verfassung ist für ihr Verständnis von Bedeutung.

Wie schon in der letzten Auflage möchte ich die Beschränkung der Untersuchung auf die vier Länder Österreich, Frankreich, Großbritannien und USA begründen. Bei den drei letztgenannten Ländern erübrigen sich vielleicht weitere Erläuterungen. Was Österreich anbelangt, so ist es keineswegs nur deshalb aufgenommen worden, damit die Untersuchung als Lehrbuch an österreichischen Rechtsfakultäten dienen kann. Der Grund liegt tiefer. Die österreichische Bundesverfassung ist mittlerweile die älteste republikanische Verfassung Europas. Sie ist nicht nur strukturell interessant, sondern enthält viele juristische Innovationen, die von späteren Verfassungen übernommen wurden. Dieser Umstand wird im Ausland anerkannt, in Österreich aber oft übersehen, weil Verfassungsrechtsvergleichung und Verfassungsrechtsgeschichte oft als peripher betrachtet werden und man dadurch diese Zusammenhänge aus dem Blick verliert. Das Buch will einen, wenn auch kleinen, Beitrag dazu leisten, dieser Tendenz entgegenzuwirken.

Ich danke in diesem Zusammenhang Univ.-Prof. Dr. *Benjamin Kneihs,* der, wie ich glaube, in dieser Hinsicht ähnlich denkt wie ich und mein Projekt immer unterstützt hat.

Das geschilderte „work in progress" wäre undenkbar ohne *Lisa Steurer,* die mich von Anfang an mit viel Kompetenz und unglaublichem Einsatz unterstützt hat und die vor allem dazu beigetragen hat, dass auch diesmal das Buch rechtzeitig erscheinen kann, um als Lehrbehelf für das kommende Studienjahr zu dienen. Ich stehe diesbezüglich tief in ihrer Schuld.

Das gilt auch für Herrn *Peter Wittmann*, der seitens des Facultas Verlages in überaus freundlicher, verständnisvoller, unkomplizierter und effizienter Weise die Publikation des Buches betreut hat. Für seine Zusammenarbeit ist ihm herzlich zu danken.

Ein Freund, den ich als Kollege sehr schätze, hat bei einer Gelegenheit erwähnt, dass für mich Wissenschaft eigentlich eine Lebensform darstelle. Das stimmt in gewisser Weise. Ob meine Lebensform auch anderen Personen in meinem näheren Umfeld gleiche Freude bereitet, bleibe dahingestellt. Ich danke jedenfalls *Bernadette Wolff* für ihre Nachsicht. Im Grunde sind alle meine Bücher der letzten Jahre ihr gewidmet. Diesmal muss das aber ausdrücklich erwähnt werden, da sonst die Gefahr besteht, dass mir nicht geglaubt wird.

Zwei Dinge müssen schließlich noch einmal betont werden:

Die Darstellung ist wieder bewusst gestrafft und auf das Wesentlichste beschränkt. Viele Details, die durchaus einer näheren Untersuchung wert wären, wurden im Interesse der Klarheit und Übersichtlichkeit ausgeblendet.[1]

Der Vorteil eines „work in progress" liegt darin, die Darstellung laufend zu verbessern. Das muss nicht immer gelingen, weswegen Hinweise auf Fehler und Verbesserungsanregungen jeder Art sehr willkommen sind.

Salzburg, im September 2018

Michael Thaler

[1] Wie bei den anderen Auflagen wurden, soweit wie möglich, umständliche Formulierungen vermieden. In diesem Sinne sind auch verwendete Ausdrücke in geschlechtsneutraler Weise zu verstehen.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur 4. Auflage ..... **I**
Abkürzungsverzeichnis ..... **VII**
Judikatuverzeichnis ..... **IX**
1. Grundlegende Problemstellungen **1**
1.1. Das Recht als Betrachtungsgegenstand von Jurisprudenz und Sozialwissenschaft 1
1.2. Moderate und nicht moderate Regierungsformen 4
1.3. Das englische Modell: Die Magna Carta von 1215 als Beispiel 5
1.4. Das französische Modell: Die Französische Revolution als Beispiel 9
1.5. Verfassung und Revolution 14
1.6. Verfassung und Regierungsform 20
1.7. Verfassung und Gewohnheitsrecht 24
1.8. Verfassung und Demokratie 25
1.9. Verfassung und Souveränität 27
2. Das österreichische Bundesverfassungsrecht **32**
2.1. Der Stufenbau der Rechtsordnung und die Grundprinzipien der Bundesverfassung 32
2.1.1. Die formale Struktur der österreichischen Rechtsordnung 32
2.1.2. Die Grundprinzipien der Bundesverfassung 34
2.2. Die einzelnen Grundprinzipien 36
2.2.1. Das republikanische Grundprinzip 36
2.2.2. Das demokratische Grundprinzip 37
2.2.3. Das föderale Grundprinzip 38
2.2.4. Das rechtsstaatliche Grundprinzip 40
2.2.5. Das gewaltenteilende Grundprinzip 43
2.2.6. Das liberale Grundprinzip 44
2.2.7. Exkurs: Die Kernaufgaben des Staates 44
2.3. Das ursprüngliche System der österreichischen Bundesverfassung 45
2.4. Die neuere Judikatur des VfGH 48
2.5. Das System der österreichischen Bundesverfassung im Lichte der neuen Judikatur des VfGH und des EU-Beitritts 54
2.6. Die Offenheit der österreichischen Bundesverfassung gegenüber der europäischen Rechtsebene 58
2.7. Innerstaatliche und europäische Grundrechtskataloge 66
2.8. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit 70
3. Rechtsvergleichung: Die Möglichkeit eines Vergleichs der Verfassungen von Österreich, Frankreich, England und den Vereinigten Staaten **80**
3.1. Verfassungsrechtsvergleichung 80
3.2. Österreich 80

3.3. Frankreich 80
3.4. England 82
3.5. Vereinigte Staaten 83
3.6. Schwache Verwaltung 83
3.7. Das Misstrauen gegenüber der Verwaltung 84
4. Rechtsvergleichung: Modelle der Entwicklung des Verwaltungsrechts 86
4.1. Angloamerikanisches und kontinentaleuropäisches Modell 86
4.2. Die Entwicklung der bürokratischen Verwaltung 87
4.3. Bürokratische Verwaltung und Minimalverwaltung 88
4.4. Die getrennten Wege 89
4.5. Unterschiedliche Erfahrung: Absolutismus und Französische Revolution 90
4.6. Neoliberalismus: Die Rückgängigmachung der Errungenschaften des Absolutismus und der Französischen Revolution? 91
5. Rechtsvergleichung: Verfassungsänderung – Kontrolle verfassungswidriger Gesetze – Geänderte Verfassungsinterpretation – Verwaltungsführung und Verwaltungskontrolle... 92
5.1. Die grundsätzliche Problemstellung 92
5.1.1. Verfassungsänderung 92
5.1.2. Kontrolle verfassungswidriger Gesetze 92
5.1.3. Geänderte Verfassungsinterpretation 93
5.1.4. Verwaltungsführung und Verwaltungskontrolle 95
5.2. Frankreich 95
5.2.1. Verfassungsänderung 95
5.2.2. Kontrolle verfassungswidriger Gesetze 96
5.2.3. Geänderte Verfassungsinterpretation 97
5.2.3.1. Ein weiteres Beispiel 97
5.2.4. Eine Verfassungsänderung basierend auf einer geänderten Verfassungsinterpretation 98
5.2.5. Das Verhältnis zur EMRK 99
5.2.6. Das Verhältnis zum EU-Recht 99
5.2.6.1. Der Fall *Melki* und *Abdeli* 2010 als Beispiel 100
5.2.7. Verwaltungsführung und Verwaltungskontrolle 101
5.3. England 103
5.3.1. Verfassungsänderung 103
5.3.2. Kontrolle verfassungswidriger Gesetze 103
5.3.3. Geänderte Verfassungsinterpretation 104
5.3.4. Verwaltungsführung und Verwaltungskontrolle 105
5.4. Vereinigte Staaten 105
5.4.1. Verfassungsänderung 105
5.4.2. Kontrolle verfassungswidriger Gesetze 106
5.4.3. Geänderte Verfassungsinterpretation 107

5.4.4. Verwaltungsführung und Verwaltungskontrolle ... 108
5.5. Vergleichende Betrachtungen ... 110
5.5.1. Verfassungsänderung ... 110
5.5.2. Kontrolle verfassungswidriger Gesetze ... 111
5.5.2.1. Kontrolle verfassungswidriger Gesetze in Österreich und den USA ... 111
5.5.3. Geänderte Verfassungsinterpretation ... 114
5.5.4. Verwaltungsführung und Verwaltungskontrolle ... 115
6. Die Entwicklung des Verfassungsrechts ... 118
6.1. Großbritannien: Der Grundsatz der Parlamentssouveränität und seine Entwicklung ... 118
6.1.1. Die Abgrenzung von Parlamentssouveränität und königlichen Prärogativen ... 118
6.1.2. Gibt es Grenzen der Parlamentssouveränität? ... 125
6.1.3. Schottland und die Parlamentssouveränität ... 128
6.1.4. Das problematische Verhältnis zwischen der Parlamentssouveränität und der europäischen Rechtsebene ... 129
6.1.5. Die Parlamentssouveränität und der Austritt aus der EU ... 133
6.1.6. Die königlichen Prärogative als Residualgröße ... 136
6.1.7. Die Delegation von Gesetzgebungskompetenzen ... 137
6.1.8. Der Austritt Großbritanniens aus der EU als Rechtsüberleitungsproblem ... 139
6.1.9. Die Auswirkungen des Austritts aus der EU auf die britische Verfassung ... 144
6.1.9.1. Der European Union (Withdrawal) Act 2018 ... 144
6.1.9.2. Unzuverlässigkeit der englischen Verfassung? ... 146
6.1.9.3. Schottland ... 148
6.1.9.4. Nordirland ... 152
6.1.9.5. Grundrechte ... 154
6.1.9.6. Offenheit der englischen Verfassungsentwicklung ... 156
6.2. USA: Das System der Gewaltenteilung und seine Entwicklung ... 159
6.2.1. Die Entstehung der amerikanischen Verfassung ... 159
6.2.1.2. Die amerikanische Verfassung und die Federalists ... 159
6.2.1.3. Die Grundgedanken der Federalists ... 160
6.2.1.4. Die amerikanische Verfassung und die Anti-Federalists ... 162
6.2.1.5. Der Kompromiss zwischen Federalists und Anti-Federalists ... 163
6.2.1.6. Der Übergang von den Articles of Confederation zu der Verfassung ... 164
6.2.1.7. Amerikanische Verfassung und Volkssouveränität? ... 166
6.2.2. Die Verfassungskrise der Reconstruction Periode ... 167
6.2.3. Die Verfassungskrise des New Deal ... 170
6.2.4. Die Fortsetzung des Reconstruction Programms nach dem Zweiten Weltkrieg? ... 174
6.3. Frankreich: Diskontinuität der Verfassungsentwicklung und Instabilität des Verfassungsrechts ... 192
6.3.1. Versuche, die Französische Revolution zu einem Abschluss zu bringen ... 192
6.3.2. Von der Dritten zur Fünften Republik ... 197

6.4. Das common law und sein Einfluss in Großbritannien und den USA 200
6.4.1. Was ist eigentlich das common law? 200
6.4.2. Common Law und Civil Law bzw. gesetztes Recht 205
6.4.3. Die Entwicklung des common law in Amerika 206
6.4.4. Das common law und das common law-Denken 210
6.5. Gewohnheitsrecht, Souveränität und Verfassung 216
6.5.1. Charakter und Auswirkungen der Französischen Revolution 216
6.5.2. Großbritannien: Parlamentssouveränität und common law 220
6.5.3. Amerikanische Verfassung und Volkssouveränität 221
6.6. Revolutionsvergleich 224
6.6.1. Die Englische Revolution 224
6.6.2. Die Amerikanische Revolution 227
6.6.3. Verfassungsrechtliche Kontinuitätsbrüche im Gefolge der Französischen Revolution 228
6.7. Probleme für das Gelingen von Verfassungsrevolutionen 229
6.7.1. Unterschiede zwischen der Französischen Revolution einerseits und der Englischen und Amerikanischen Revolution andererseits 229
6.7.2. Zwei Revolutionsmodelle und ihre Auswirkungen auf mögliche Verfassungsentwicklungen 231
6.8. Probleme von Kontinuität und Diskontinuität eine Verfassung 233
7. Völkerrecht und das Recht der EU 239
7.1. Die Entwicklung von Völkerrecht und EU-Recht 239
7.2. Spannungs- oder Stützungsverhältnis: Staatliche Verfassungstraditionen und das EU-Recht? 245
Verzeichnis wesentlicher, im Buch zitierter oder verarbeiteter Werke 248

Abkürzungsverzeichnis

Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AnwBl	Anwaltsblatt
Art	Artikel
Bd	Band
BGBl	Bundesgesetzblatt
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
BVergG	Bundesvergabegesetz
bzw	beziehungsweise
Ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
et al	et alia
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Zeitschrift Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
f	der/die folgende
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
Hrsg	Herausgeber
idgF	in der geltenden Fassung
iVm	in Verbindung mit
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JBl	Juristische Blätter
JORF	Journal officiel de la République française
JRP	Journal für Rechtspolitik
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
ÖZW	Österreichische Zeitung für Wirtschaftsrecht

RGBl	Reichsgesetzblatt
SPRW	Spektrum der Rechtswissenschaft
StGBl	Staatsgesetzblatt
StGG	Staatsgrundgesetz
u. a.	und andere
VfGG	Verfassungsgerichtshofgesetz
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Verfassungssammlung
Vgl	Vergleiche
VvL	Vertrag von Lissabon
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
z.B.	zum Beispiel
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht

Judikatuverzeichnis

Frankreich

Conseil constitutionnel

Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le referendum du 28 octobre 1962.

Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Liberté d'Association.

Décision n° 92-312 DC du septembre 1992, Traité sur l'Union européenne.

Décision n° 2003-469 DC du 26 Mars 2003, Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République.

Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

Conseil d'Etat

Blanco, TC, du 8 février 1873, 00012, publié au recueil Lebon.

Cadot, CE, du 13 décembre 1889, 66145, publié au recueil Lebon.

Canal, Robin et Godot, CE, du 19 octobre 1962, 58502, publié au recueil Lebon.

Rubin de Servens et autres, CE, du 2 mars 1962, 55049 55055, publié au recueil Lebon.

Großbritannien

Anisminic v. Foreign Compensation Commission, [1969] 2 AC 147, [1969] 2 WLR 163.

Assange v. The Swedish Prosecution Authority, [2012] UKSC 22.

Attorney General v. De Keyser's Royal Hotel Ltd, [1920] AC 508.

Benkharbouche v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs: Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Libya v. Janah, [2017] UKSC 62.

Blackburn v. Attorney-General, [1971] EWCA Civ J0510-2, [1971] 1 WLR 1037.

Bonham's Case, (1610) 8 Co Rep 113b.

British Coal Corporation and others v The King [1935] UKPC 33.

Burmah Oil Co (Burma Trading) Ltd v. Lord Advocate, [1965] AC 75.

Case of Proclamations (1610) 12 Co Rep 74.

Garland v. British Rail Engineering Ltd, [1983] 2 AC 751.

Hadley v. Baxendale [1854] EWHC J70.

R (on the application of HS2 Action Alliance Limited) v. The Secretary of State for Transport and another, [2014] UKSC 3.

Laker Airways Ltd v. Department of Trade, [1977] QB 643.

Macarthys Ltd v. Smith, [1979] 3 All E.R. 325, [1981] QB 180.

Pham v. Secretary of State for the Home Department, [2015] UKSC 19.

Regina v. Secretary of State for Transport ex part Factortame Limited and others, [1990] UKHL 7.

R (on the application of Chester) v. Secretary of State for Justice, [2013] UKSC 63.

R v. Lord Chancellor (Ex parte Witham), [1997] EWHC 237, [1998] QB 575.

R (Jackson) v. Attorney General, [2005] UKHL 56.

R (Bancoult) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (No 2), [2009] AC 453.

R v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, Ex p Rees-Mogg, [1994] QB 552.

R v. Secretary of State for the Home Department, Ex p Fire Brigades Union, [1995] 2 AC 513.

R v. Secretary of State for the Home Department, Ex p Simms, [2000] 2 AC 115.

R v. Secretary of State for Transport, Ex p Factortame Ltd (No 2), [1991] 1 AC 603 and (No 5) [2000] 1 AC 524.

R (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union, [2016] EWHC 2768.

R (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union, [2017] UKSC 5.

R (The Public Law Project) v. Lord Chancellor, [2016] UKSC 39.

R (on the application of UNISON) v. Lord Chancellor, [2017] UKSC 51.

Steve Thoburn v. Sunderland City Council, [2003] QB 151.

The Zamora, [1916] 2 AC 77.

USA

Adamson v. California, 332 U.S. 46 (1947).

Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 200 (1995).

Barron v. Baltimore, 32 U.S. (7 Pet.) 243 (1833).

Bolling v. Sharpe, 347 U.S. 497 (1954).

Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954), (Brown I).

Brown v. Board of Education of Topeka, 349 U.S. 294 (1955), (Brown II).

Carpenter v. United States, No. 16–402, 585 U.S. (2018).

Citizen United v. FEC, 558 U.S. 310 (2010).

Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883).

City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507 (1997).

City of Richmond v. J.A. Croson Co., 488 U.S. 469 (1989).

Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1 (1958).

District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008).

Duncan v. Louisiana, 391 U.S. 145 (1968).

Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972).

Fisher v. University of Texas, 507 U.S. (2013).

Fisher v. University of Texas, 579 U.S. (2016).

Giles v. Harris, 189 U.S. 475 (1903).

Gill v. Whitford, 585 U.S. (2018).

Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925).

Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003).

Griggs v. Duke Power Co, 401 U.S. 424 (1971).

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003).

Harper v. Virginia State Board of Elections, 383 U.S. 663 (1966).

Hodges v. United States, 203 U.S. 1 (1906).

Husted v. Randolph Institute, No. 16–980 (2018).

In re Winship, 397 U.S. 358 (1970).

Jones v. Alfred H. Mayer Co., 392 U.S. 409 (1968).

Katzenbach v. Morgan, 384 U. S. 641 (1966).

Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967).

Luther v. Borden, 48 U.S. (7 How.) 1 (1849).

Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).

Ex Parte McCardle, 74 U.S. 506 (1869).

Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U.S. (2018).

McCulloch v. Maryland, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).

McDonald v. City of Chicago, 561 U.S. 742 (2010)

McLaughlin v. Florida, 379 U.S. 184 (1964).

Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1932).

Milliken v. Bradley, 418 U.S. 717 (1974).

Moore v. City of East Cleveland, 431 U.S. 494 (1977).

Morehead v. New York ex rel. Tipaldo, 298 U.S. 587 (1936).

National Federation of Independent Business v. Sebelius, 567 U.S. 519 (2012).

New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

Obergefell v. Hodges, 576 U.S. (2015).

O'Connor v. Donaldson, 422 U.S. 563 (1975).

Pace v. Alabama, 106 U.S. 583 (1883).

Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937).

Pierce, Governor of Oregon, et al. v. Society of the Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary, 268 U.S. 510 (1925).

Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

Poe v. Ullman, 367 U.S. 497 (1961).

Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978).

Ricci v. DeStefano, 557 U.S. 557 (2009).

Rochin v. California, 342 U.S. 165 (1952).

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

Schechter Poultry Corporation v. United States, 295 U.S. 495 (1935).

Shaw v. Reno, 509 U.S. 630 (1993).

Shelby County v. Holder, 570 U.S. (2013).

Slaughter-House Cases, 83 U.S. 36 (1873).

South Carolina v. Katzenbach, 383 U.S. 301 (1966).

Sullivan v. Little Hunting Park, Inc., 396 U.S. 229 (1969).

Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education, 402 U.S. 1 (1971).

United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938).

United States v. Cruikshank, 92 U.S. 542 (1875).

United States v. Harris, 106 U.S. 629 (1883).

United States v. Morrison, 529 U.S. 598 (2000).

United States v. Reese, 92 U.S. 214 (1876).

United States v. Sprague, 282 U.S. 716 (1931).

University of Michigan v. Ewing, 474 U.S. 214 (1985).

Virginia State Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council, 425 U.S. 748 (1976).

Wards Cove Packing Co v. Atonio, 490 U.S. 642 (1989).

Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997).

1. Grundlegende Problemstellungen

1.1. Das Recht als Betrachtungsgegenstand von Jurisprudenz und Sozialwissenschaft

1.1.1. In Zusammenhang mit dem Recht können unter anderem zwei Fragen gestellt werden:

a. Ist eine bestimmte Vorgangsweise rechtens? Diese Frage könnte auch so formuliert werden: Welche Verhaltensweise ist, aus der Sicht des Rechts, richtig?

b. Ist eine bestimmte rechtliche Regelung wirksam? Wird sie von den Rechtsorganen auch tatsächlich umgesetzt?

Die erste Frage zielt auf die Geltung, die zweite auf die Wirksamkeit des Rechtes ab. Geltung und Wirksamkeit können, müssen aber nicht, zusammenfallen. Aus dem Umstand, dass bestimmte Fälle von den Gerichten richtigerweise in einer bestimmten Weise zu entscheiden wären, kann nicht darauf geschlossen werden, dass sich eine diesbezügliche Judikatur der Gerichte tatsächlich durchgesetzt hat. Umgekehrt kann der Umstand, dass sich in der Praxis eine bestimmte Judikatur durchgesetzt hat, nicht abgeleitet werden, dass die Entscheidungen in rechtlicher Hinsicht auch richtig sind.

Die Jurisprudenz befasst sich mit Fragen der Rechtsrichtigkeit, die Rechtssoziologie mit der Wirksamkeit des Rechts. Diese akademische Arbeitsteilung kann dazu führen, dass die Jurisprudenz sich nicht für Wirksamkeitsfragen, die Rechtssoziologie nicht für Probleme der Rechtsrichtigkeit interessiert.

In weiterer Folge sollen nicht nur beide Gesichtspunkte im Auge behalten werden. Es wird auch versucht, diese ineinander in Beziehung zu setzen, ohne die beiden Fragestellungen zu vermischen.

1.1.2. Fragen betreffend die Wirksamkeit des Rechts sind engstens mit dem Phänomen der Macht verbunden. Ist eine Rechtsregel wirksam, so läuft das auf eine Art Selbstbindung der Machtausübung hinaus. Sie hält sich an den rechtlich vorgegebenen Rahmen. Wird dieser überschritten, so wird die Machtausübung auf die ihr zustehende rechtliche Bandbreite zurückgeführt. Dies setzt allerdings voraus, dass hinter diesen Kontrollmechanismen Machtkonstellationen stehen, die ein Interesse an der Einhaltung des Rechts haben.

Dem Recht wird in diesem Falle insofern Achtung entgegengebracht, als die Machtausübung sich freiwillig dem Recht unterordnet.

Im entgegengesetzten Fall stellt sich die Machtausübung über das Recht. In diesem Fall wird das Recht einfach missachtet oder, je nach Bedarf, zurechtgebogen, um eine bestimmte Machtausübung zu legitimieren. In einer solchen gesellschaftlichen Situation setzt sich die Einstellung durch, dass, wer die Macht hat, auch das Recht habe. Das Recht wird als bloße Legitimierung der jeweiligen Machtkonstellation und damit als eine Art Ideologie der Macht angesehen.

Ist eine solche desillusionierte Haltung gegenüber dem Recht in einem politischen System verbreitet, so hat man im Grunde darauf verzichtet, das Recht als Korrektiv der Machtausübung einzusetzen. Ein wirksames Rechtsschutzsystem und rechtsstaatliche Verhältnisse werden als bloße Illusion abgetan.

1.1.3. Die beiden konträren Standpunkte lassen sich im Rahmen einer allgemeinen Staatslehre oder vergleichenden Regierungslehre anwenden und fortführen.

Zuvor ist aber auf das Phänomen der Macht näher einzugehen.

Mit *Max Weber* lässt sich Macht etwa in folgender Weise definieren:

Macht ist die Fähigkeit, einen anderen auch gegen seinen Willen zu einem bestimmten Handeln zu verhalten.

Niklas Luhman definiert Macht als symbolisch generalisiertes Kommunikationsmedium.

Die beiden Ansätze lassen sich kombinieren. Will man einen anderen gegen seinen Willen zu einem bestimmten Handeln verhalten, so setzt das voraus, dass man der Entscheidungsfreiheit des anderen misstraut. Um sicherzustellen, dass der andere das gewünschte Verhalten setzt, erscheint es naheliegend, die Verhaltensweise zu erzwingen. Dies erfordert in der Regel den Einsatz von Gewalt. Will man den kräftezehrenden Einsatz von ständiger Gewaltausübung vermeiden, ist es, aus der Sicht des Machthabers, vorzuziehen, wenn man den anderen auch ohne den Einsatz von Gewaltmitteln dazu bringt, gegen seinen Willen zu handeln.

Der andere könnte sich etwa in die Situation fügen, weil er sich vor dem Einsatz von Zwangsmitteln fürchtet und diesen vermeiden möchte.

Womit man bei den drei Elementen der Definition von *Luhman* angelangt wäre.

Macht steht für die Fähigkeit, notfalls Gewalt einzusetzen. Auf Grund ihres virtuellen Charakters ist sie dort am stärksten, wo sie widerspruchslos hingenommen wird, ohne Gewalt einsetzen zu müssen. Je öfter sie Gewalt einsetzen muss, desto mehr wird klar, dass der Glaube an sie immer schwächer wird.

Macht muss geglaubt werden. Sie entsteht und zerbricht in den Köpfen der Menschen. Bei dem Sturm auf die Bastille am 14. Juli 1789 steht eine mehr oder weniger unbewaffnete Bevölkerung dem Militär gegenüber, das die Bastille, die ein berüchtigtes Gefängnis darstellt, verteidigt. Die Bastille ist festungsartig angelegt. Es stehen auch Kanonen zur Verfügung. Rein militärisch gesehen, hätte sie wahrscheinlich ohne Weiteres verteidigt werden können. Das Problem besteht darin, dass die Vertreter des staatlichen Machtapparats, in diesem Fall das Militär, den Glauben an die Durchsetzungskraft des Machtapparats verloren hatten und sich mit der Volksmenge solidarisieren.

Macht ist insofern generalisiert, als der Einsatz von Gewaltmitteln nicht näher determiniert ist. Es ist von vornherein nicht klar, wann, wo, gegen wen und in welcher Weise die Gewaltmittel eingesetzt werden. Dieser Umstand ist ganz wesentlich. Wegen der mangelnden Voraussehbarkeit und der damit verbundenen Ungewissheit wird das Element der Angst weiter verstärkt.

Macht ist insofern ein Kommunikationsmedium, als etwa die Organe der Machtausübung in einer Gesellschaft nach außen hin erkennbar sein müssen. Soldaten und Polizisten tragen Uniformen, damit sie den symbolisch generalisierten Charakter von Macht erfüllen können. Ihre bloße Präsenz kann den Einsatz von Gewaltmitteln überflüssig machen.

1.1.4. Das Element der Unsicherheit wirkt verstärkend auf die Macht. Die Unberechenbarkeit der Situation und die Unmöglichkeit, sich auf sie vorher einzustellen, führen dazu, dass man ständig in Bereitschaft sein muss. Man muss ständig das Ärgste gegenwärtigen, was wiederum das Misstrauen und die Angst vor dem Machtzentrum steigert.

Von diesen Situationen heben sich gesellschaftliche Zustände ab, die sich durch dauerhafte Verhältnisse auszeichnen. Mit der Dauerhaftigkeit geht die Voraussehbarkeit einher. Man kann sich auf die Umstände einstellen und darauf vertrauen, dass ein diesbezügliches Verhalten der jeweiligen Situation gerecht wird. Basierend darauf kann sich eine Routine ausbilden, die den Menschen im Umgang miteinander eine gewisse Sicherheit gibt.

Eine solche auf Regelmäßigkeit ausgerichtete gesellschaftliche Ordnung bringt es mit sich, dass die Existenz der anderen Gesellschaftsmitglieder bis zu einem gewissen Grad akzeptiert wird. Man akzeptiert diese insofern, als man die gesellschaftliche Ordnung als Ganzes achtet. Der Vorteil eines solchen Gesellschaftsmodells liegt unter anderem darin, dass sie den Gesellschaftsmitgliedern einen Platz zuordnet und damit ihre Existenz in der sozialen Welt akzeptiert.

Auf der Basis eines solchen Gesellschaftsmodells kann Vertrauen im Umgang der Menschen miteinander entstehen. Man geht nach den Spielregeln vor und vertraut darauf, dass sich der andere in gleicher Weise verhalten wird.

Freilich können Regelverstöße nicht ausgeschlossen werden. Erweist sich eine Person allerdings als nicht vertrauenswürdig, so läuft sie Gefahr, aus der Gesellschaft ausgeschlossen zu werden, was auf eine Art bürgerlichen Tod hinausläuft.

Während eine auf Misstrauen aufgebaute Gesellschaft auf Angst basiert, nimmt eine an Vertrauen orientierte Gesellschaft die Angst vor den Mitmenschen.

Die Fähigkeit einer gesellschaftlichen Ordnung, das friedliche Zusammenleben der Menschen dauerhaft zu regeln, verschafft ihr Anerkennung und stattet sie mit Autorität aus.

Die hier getroffene Unterscheidung führt wieder zu den Problemen der vergleichenden Regierungslehre zurück.

1.1.5. Im Rahmen einer vergleichenden Regierungslehre können zwei Fragen gestellt werden:

Wer herrscht im Rahmen einer Regierungsform?
Stützt sich die Herrschaft lediglich auf Macht oder auch auf Autorität?

Hinsichtlich der ersten Frage lassen sich drei Möglichkeiten unterscheiden:

a. die Herrschaft eines Einzelnen
b. die Herrschaft der Wenigen
c. die Herrschaft der gesamten Bevölkerung

Je nachdem, ob diese drei Herrschaftsformen lediglich auf Macht beruhen oder auch von Autorität getragen sind, ergeben sich sechs verschiedene Regierungsformen.

Despotie, Oligarchie, Ochlokratie sind Regierungsformen, die sich lediglich auf Macht stützen, Monarchie, Aristokratie und Demokratie Regierungsformen, denen auch in den Augen der Bevölkerung Autorität zukommt.[2]

[2] Eine ähnliche Einteilung wird von *Polybios* in Buch VI seiner Historien verwendet. *Polybios* erklärt den Erfolg Roms mit seiner Mischverfassung. Die Verfassung Roms weise sowohl monarchische Elemente (repräsentiert durch das Konsulat), aristokratische Elemente (repräsentiert durch den Senat) und demokratische Elemente (repräsentiert durch das Volk) auf.

Die Unterscheidung ist nicht unwichtig. Bei Regierungsformen der ersten Gruppe spielt das Recht im Grunde keine Rolle bzw. wird nicht wirklich ernst genommen.

1.2. Moderate und nicht moderate Regierungsformen

1.2.1. Eine Regierungsform kann als ein Modell verstanden werden, das zumindest aus zwei Ebenen besteht: der Regierungsebene und der Bevölkerungsebene. Das Zusammenspiel der beiden Ebenen hängt davon ab, wie sie strukturiert sind und in welcher Weise sie aufeinander einwirken.

Ist auf der Bevölkerungsebene eine autonome Gesellschaft gegeben, so äußert sich das in folgender Weise:

a. In der Vielfalt der Meinungen und Interessen, die von den Gesellschaftsmitgliedern unbehindert und wie selbstverständlich ausgelebt werden.

b. Diese Vielfalt setzt die Freiheit der Gesellschaftsmitglieder voraus. Darunter ist zu verstehen, dass die Gesellschaft ihren Mitgliedern entsprechende Gelegenheiten gibt, um ihre Fähigkeiten zu nützen und zu entwickeln.

c. Die Gesellschaft muss darüber hinaus auch über verbindende Elemente verfügen. Ihre Mitglieder müssen die Möglichkeit haben, sich zu vernetzen, um nach außen hin gemeinsame Interessen vertreten zu können.

Von der Anerkennung der gesellschaftlichen Autonomie ist dann zu sprechen, wenn

a. die Regierungsebene es unterlässt, in die Autonomie einzugreifen, das Zusammenspiel der geschilderten drei Elemente zu stören oder diese gar zu beseitigen und

b. diese Anerkennung von Dauer ist. Dies kommt etwa dann zum Ausdruck, wenn die autonome Gesellschaft auf der Regierungsebene insofern repräsentiert ist, als ihren Vertretern eine Mitsprachemöglichkeit eingeräumt wird.

Eine solche Regierungsform kann sich via facti über längere Zeiträume einspielen. Das heißt noch nicht, dass einer solchen Gewohnheit rechtliche Bedeutung zukommt. Man verhält sich einfach wie selbstverständlich in einer bestimmten Weise, ohne aber dabei vorauszusetzen, dass man sich auch so verhalten soll. Kommt ein solches normatives Element hinzu, so verfügen die Rechtsgenossen über einen einheitlichen Maßstab, an dem sie ihre Interaktionen messen können.

1.2.2. Ausgehend von dieser Begriffsbildung können Regierungsformen, die sich lediglich auf Macht stützen und Regierungsformen, denen auch in den Augen der Bevölkerung Autorität zukommt, näher charakterisiert werden.

Nimmt man etwa die Despotie als Beispiel für die erste Kategorie, so kann man sie unter anderem dadurch definieren, dass der ausschließlich durch den Alleinherrscher repräsentierten Regierungsebene eine Bevölkerungsebene gegenübersteht, die aus atomisierten, rechtlosen Einzelmenschen besteht. Es fehlt eine autonome Gesellschaft, da es keine Personen gibt, denen Freiheit zukommt.

Der Regierungsebene sind prinzipiell keine Schranken auferlegt. Sie verwaltet die eigene Bevölkerung wie eine Kolonialmacht die Bevölkerung eines fremden Landes.

Da die Bevölkerung keine aktive Rolle in dieser Regierungsform spielt, bedarf es auch keiner

institutionalisierten Vertretung von Interessen der Bevölkerung auf der Regierungsebene. Das Ergebnis ist eine schrankenlose Willkürherrschaft des Alleinherrschers.

Der Herrscher kann zwar Gesetze erlassen. Er kann auch dem Land eine Verfassung geben. Es steht ihm aber frei, von dieser Verfassung, die im Grunde aus einer Reihe von Selbstbindungsregelungen besteht, jederzeit abzuweichen. Das Recht verschleiert nur, dass es sich letztendlich um eine Willkürherrschaft handelt. Es soll dazu beitragen, das Gorgonenhaupt der Macht zu verdecken.

Monarchien mit ständischer Vertretung und Demokratien gehören demgegenüber zu der zweiten Kategorie von Regierungsformen, denen auch in den Augen der Bevölkerung Autorität zukommt. Sie sind dadurch charakterisiert, dass der Regierungsebene eine autonome Gesellschaft gegenübersteht, die durch freie Gesellschaftsmitglieder gekennzeichnet ist.

Im Falle einer Monarchie ist dem Monarchen auf der Regierungsebene ein Vertretungsorgan der autonomen Bevölkerung beigegeben, dem gewisse Mitsprachebefugnisse zukommen.

Diese Form einer zunächst rudimentären Gewaltenteilung stellt insofern eine moderate Regierungsform dar, als der Vertretungskörper ein Korrektiv des Monarchen, aber auch der Monarch ein Korrektiv des Vertretungskörpers bilden.

Da die Moderation nicht leichtfällt, bedarf es der Herausarbeitung von Bandbreiten des akzeptablen Verhaltens. Hier kommt das Recht, oder genauer, eine Verfassung als Maßstab moderater Machtausübung ins Spiel.

1.2.3. Eine Verfassung darf nicht mit einer geschriebenen Verfassung gleichgesetzt werden. Geschriebene Verfassungen gibt es erst seit dem Ende des 18. Jahrhunderts. Sie kommen in der Regel im Zusammenhang mit Demokratien vor, die sich auf Grund einer Revolution gebildet haben.

Monarchien mit ständischer Vertretung haben durchaus auch Verfassungen. Sie sind allerdings nicht in einem einheitlichen, systematisch aufgebauten Dokument grundgelegt, sondern ergeben sich im Laufe einer langen Entwicklung aus dem Zusammenspiel zwischen der Krone einerseits und einer autonomen Gesellschaft andererseits. Die Verfassungsentwicklung erfolgt hier evolutionär, unter Wahrung der rechtlichen Kontinuität.

Ein Beispiel dafür wäre die englische Verfassung. England besitzt noch immer keine geschriebene Verfassung. Sie ist zum Unterschied von Frankreich und anderen kontinentaleuropäischen Ländern, wie zum Beispiel Österreich, nicht von der Französischen Revolution beeinflusst.

In der Folge sollen diese beiden Formen der Verfassungsentwicklung näher untersucht werden. Die evolutionäre Entwicklung anhand des Beispiels von England, die revolutionäre anhand des Beispiels von Frankreich.

1.3. Das englische Modell: Die Magna Carta von 1215 als Beispiel

1.3.1. Die Rechtsordnung Englands im Mittelalter ist im Wesentlichen eine Feudalordnung. Sie ist gewohnheitsrechtlicher Natur und ergibt sich aus langer Übung in Rechtsüberzeugung.

In inhaltlicher Hinsicht ist Gewohnheitsrecht nicht festgelegt. Es leitet sich nicht von einem Setzungsakt ab, sondern aus spontan herausgebildeten Formen des gesellschaftlichen Zusammenlebens, an die man sich wie selbstverständlich hält. Man geht davon aus, dass sich bestimmte Verhaltensformen nicht bloß eingebürgert haben, sondern dass es gesollt ist, sich in dieser und keiner anderen Weise zu verhalten.

Eine Feudalordnung lässt sich als ein Netz vertragsähnlicher Beziehung auffassen, in dem die Gesellschaftsmitglieder einander Rechte einräumen, denen Verpflichtungen entsprechen. Die Feudalordnung strukturiert eine Gesellschaft in hierarchischer Weise. An der Spitze steht der König als oberster Lehensherr. Ihn verbinden mit seinen Vasallen vertragsähnliche Lehensverhältnisse.

Zwischen den Vasallen des Königs und ihren Hintersassen bestehen ebenfalls vertragsähnliche Lehensverhältnisse. Eine Feudalordnung kann so gesehen als umgekehrte Baumstruktur einer Gesellschaft verstanden werden. Die Verhältnisse vor allem im oberen Teil der Feudalordnung sind grundlegender Natur und haben insofern verfassungsähnlichen Charakter.

Der König hat die Pflicht, den Frieden im Königreich aufrechtzuerhalten, die Armee im Falle eines Krieges anzuführen, seine Vasallen gegen Übergriffe zu verteidigen und den Besitz ihres Lehens zu garantieren.

Diesen Verpflichtungen entspricht eine Reihe von Rechten. Der König hat das Recht, Steuern einzuheben und von seinen Vasallen bestimmte Unterstützungen, militärischer oder anderer Natur, einzufordern. Im Grunde ist der König der oberste Grundbesitzer, der über alles Land des Königreichs verfügen kann.

Dem entsprechen bestimmte Rechte und Pflichten der Vasallen. Sie haben unter anderem das Recht, nur bei bestimmten Fällen und in einer gewissen Häufigkeit besteuert zu werden. Auch die Höhe der Steuerzahlung ist limitiert. Stirbt ein Vasall, so hat sein Nachkomme das Recht, vom König mit dem Lehen des Erblassers neuerlich belehnt zu werden.

Die Vasallen des Königs sind im Falle Englands im Wesentlichen normannische Barone und Ritter. Sie haben das Recht, bei Streitigkeiten zwischen ihren Hintersassen Recht zu sprechen.

Verstößt der König gegen das Lehensband bzw. handelt er im Sinne des Lehensverhältnisses vertragswidrig, sind seine Vasallen von der Treuepflicht ihm gegenüber entbunden.

Dieses Widerstandsrecht ist zunächst mehr theoretischer Natur, da die Macht der Krone überaus stark ist. Rebellionen der normannischen Barone sind daher zumeist zum Scheitern verurteilt.

1.3.2. Unter *Johann I.* bekommt dieses Recht allerdings eine unerwartete Aktualität. Der König überschreitet die ihm nach dem Lehensvertrag zustehenden Rechte bei Weitem. Er hebt nicht vorgesehene Steuern ein und verlangt Dienstleistungen, zu denen er nicht berechtigt ist in missbräuchlicher und wiederholter Weise. Er konfisziert Güter seiner Vasallen und mischt sich in das Lehensverhältnis zwischen seinen Vasallen und deren Hintersassen ein.

Diese Maßnahmen verlangen eine politische Erklärung.

Johann I., der von 1199 bis 1216 in England herrscht, stammt aus dem Haus *Anjou-Plantagenet*, das nicht nur über England, sondern auch über weite Teile Frankreichs verfügt. Der daraus resultierende ständige Konflikt mit den französischen Königen erfordert eine häufige Kriegführung auf dem Kontinent, die man durch immer weitergehendere Steuereinnahmen in England zu finanzieren versucht. Aus diesem Grund versucht der König, auch die Kirchengüter und die Städte zu besteuern.

Den Städten sind allerdings durch die Krone spezielle Privilegien (Corporate Rights) zuerkannt worden. Sie sind von jeder neuen Steuer ausgenommen und können auch nicht zu außergewöhnlichen Leistungen anderer Art herangezogen werden. Die Einführung weitergehender Steuern verstößt somit auch gegen die Rechte der Städte.

Nach der Niederlage in der Schlacht von Bouvines gegen Frankreich muss der König im Frieden von Chinon auf die Normandie und alle Gebiete nördlich der Loire verzichten. Durch diese Niederlage geschwächt, sieht sich der König nach seiner Rückkehr aus Frankreich einer Allianz zwischen den normannischen Baronen, den Städten, aber auch der Kirche gegenüber.

Bei dem Zusammentreffen in Runnymede vom 15. bis 23. Juni 1215 zwischen dem König und den Vertretern dieser Gruppen erklärt sich der König bereit, ein Dokument zu unterzeichnen, das in rechtlicher Hinsicht eine Klarstellung bringen soll. Die Magna Carta von 1215 ist in 63 Artikel aufgeteilt. Berühmt geworden sind vor allem die Artikel 39 und 40.

„39. No free man shall be taken or imprisoned or disseised or outlawed or exiled or in any way ruined, nor will we go or send against him, except by the lawful judgement of his peers or by the law of the land.“[3][4]

„40. To no one will we sell, to no one will we deny or delay right or justice.“[5]

1.3.3. Anhand dieses historischen Falles, der hier nur skizzenhaft wiedergegeben werden kann, lassen sich eine Reihe von Gesichtspunkten herausarbeiten, die für die weitere Betrachtung wesentlich sein werden.

Es ist davon auszugehen, dass sowohl der König als auch die normannischen Barone ihre wechselseitigen Rechte und Verpflichtungen kannten. Wieso konnte es dessen ungeachtet zu einem Konflikt kommen?

Die Antwort ist in der gewohnheitsrechtlichen Verankerung der Rechte zu suchen. Sie haben sich über lange Zeiträume hinweg deshalb ausbilden können, weil sie zunächst dem wechselseitigen Verhalten stillschweigend zugrunde gelegt wurden. Da niemand sie in Frage stellte, war es anfänglich nicht erforderlich, den Umfang der beiderseitigen Rechte und Pflichten in expliziter und exakter Weise zu umreißen. Man könnte es auch anders formulieren: Möglicherweise hat man wohlweislich davon abgesehen, eine genaue Grenzziehung zu treffen, um das gegenseitige Einvernehmen nicht zu stören.

Damit erhebt sich die Frage, was sich aus gewohnheitsrechtlichen Grenzziehungen im Konfliktfall gewinnen lässt. Die gewohnheitsrechtlichen Regelungen sind ungenau und besitzen nur eine geringe Trennschärfe.

Sind die Eingriffe in bestehende subjektive Rechte geringfügig, wird sich nur schwer feststellen lassen, ob diese rechtlich zulässig sind. Handelt es sich allerdings um gravierende Eingriffe, so lässt sich die Frage schon eher anhand des Gewohnheitsrechts beantworten.

Der König profitiert von der Unschärfe der lehensrechtlichen Regelungen. In einer Politik der kleinen Schritte versucht er, immer weiter in die Rechte seiner Vasallen einzugreifen und

---

[3] 39. „Kein freier Mann soll gefangen genommen oder inhaftiert oder enteignet werden, oder geächtet oder verbannt oder in irgendeiner Weise vernichtet werden, noch werden wir gegen ihn einschreiten oder uns seiner bemächtigen, außer durch das rechtmäßige Urteil seiner Standes- genossen oder durch das Gesetz des Landes.“

[4] Artikel 39 der Magna Carta ist ein Vorläufer von einem Grundrecht, das auch in modernen Verfassungen in unterschiedlicher Form vorkommt. Im Rahmen der Magna Carta wird es nicht allen Engländern, sondern nur den „freien Engländern“ („Freeman“) eingeräumt. Ein Großteil der Engländer, wie etwa die Masse der Bauern, kam zunächst nicht in den Genuss des hier umrissenen Rechtes. Als „Villeins“ standen sie in einem Hörigkeitsverhältnis.

Im Rahmen des modernen Englisch spricht man von „villain“ und meint damit eine Person von niedriger oder schlechter Gesinnung, die fähig ist, in verbrecherischer oder ehrloser Weise zu handeln.

[5] 40. „Wir werden das Recht oder die Gerechtigkeit an niemanden verkaufen, niemandem verweigern und nicht hinausschieben.“

damit die Grenzziehung zu seinen Gunsten nach und nach zu verändern. Diese Politik der schiefen Ebene stellt allerdings für die normannischen Barone ein Alarmzeichen dar. Selbst wenn sie einem Konflikt mit der, in einer starken Machtposition befindlichen, Krone ausweichen wollen, müssen sie befürchten, dass sie sich früher oder später ihrer Rechte verschweigen.

Gewohnheitsrecht funktioniert im Grunde nur so lange gut, solange es nicht in Frage gestellt und von allen Seiten wie selbstverständlich dem eigenen Verhalten zugrunde gelegt wird. Macht dieses Grundvertrauen einem gegenseitigen Misstrauen Platz, so sind beide Seiten früher oder später zur Austragung des latenten Verfassungskonfliktes gezwungen.

Steht weder eine gerichtliche noch eine Schiedsinstanz zur Verfügung, deren Spruch von beiden Seiten anerkannt würde, verwandelt sich der Verfassungskampf in eine Machtfrage, die mit Gewalt ausgetragen wird.

Im gegebenen Fall befindet sich der König in einer denkbar ungünstigen Situation. Er steht in England einer Allianz dreier mächtiger Bevölkerungsgruppen gegenüber und ist durch eine schwere Niederlage am Kontinent geschwächt. Um zu verhindern, dass seine Vasallen ihm die Gefolgschaft aufkündigen und auf seine Absetzung hinarbeiten, sieht er sich gezwungen, im Rahmen der Magna Carta 1215 die Rechte seiner Vasallen zu bestätigen.

Die Art und Weise, wie das geschieht, ist instruktiv. Man greift für die Herausarbeitung der erforderlichen Grenzziehung auf das gesatzte Recht zurück. Das gesatzte Recht hat gegenüber dem Gewohnheitsrecht einen doppelten Vorteil. Einer schriftlichen Niederlegung von Verfassungsrecht kommt eine größere Exaktheit zu. Im Übrigen genießt es den Vorteil der Explizitheit. Das Verfassungsdokument kann eingesehen und damit bei zukünftigen Zweifelsfällen zur Überprüfung herangezogen werden. Während man über Gewohnheitsrecht leicht unterschiedlicher Meinung sein kann, ist dies bei Verfassungsgesetzen nicht so leicht möglich.

1.3.4. Dem Verfassungskampf um die Magna Carta liegt eine Rebellion der normannischen Barone gegen den König zugrunde. Diese Rebellion darf aber nicht mit einer Revolution verwechselt werden. Die Zielsetzung ist nicht, bestehende Institutionen zu beseitigen, um sodann auf der Basis einer tabula rasa-Situation neue, für wünschenswert angesehene Verhältnisse zu etablieren.

Dieser Aspekt wird klar, wenn man die Akteure des Jahres 1215 mit denen der Französischen Revolution vergleicht. Die normannischen Barone gehen nicht von einem zu schaffenden Idealzustand aus. Sie setzen nicht auf die Zukunft, sondern, wenn man will, auf die Vergangenheit. Sie wollen das, was sich über längere Zeiträume herausgebildet hat, wiederherstellen, keinesfalls aber einen radikal neuen Zustand schaffen. Sie sind so gesehen Traditionalisten.

Es geht ihnen darum, ihre angestammten Rechte zu verteidigen. Das Ergebnis ist eine Verfassungsurkunde, die diese Rechte soweit wie möglich exakt umreißen und in schriftlicher Form zum Zwecke der Nachprüfbarkeit niederlegen soll.

Die Klarstellung über das verfassungsrechtliche Gewohnheitsrecht, die die Magna Carta von 1215 herbeiführt, zeigt einen wesentlichen Aspekt des Rechtes auf. Gewohnheitsrecht besteht nicht nur aus einer langen Übung, sondern in dem Vertrauen, dass der langjährigen Übung gemeinsame Rechtsüberzeugungen der Rechtsgenossen zugrunde liegen. Im Konfliktfall wird diese „communis opinio“ nicht zur Gänze, aber doch in nicht unwesentlichen Punkten in Frage gestellt. Es bedarf daher des gesatzten Rechtes, um in rechtlicher Hinsicht die Grenzziehung zu klären.

Das gesatzte Recht will das Gewohnheitsrecht nicht verdrängen, sondern es im Gegenteil

ergänzen und damit stützen. Sein Ziel ist, den Vertrauenszustand wiederherzustellen, damit man erneut von einer „communis opinio“ ausgehen kann.

1.3.5. Sieht man die Situation von 1215 in einer weiteren Perspektive, so handelt es sich nur um eine Momentaufnahme eines Machtkampfes zwischen dem König einerseits und einer durch die freien Engländer repräsentierten autonomen Gesellschaft andererseits. Dieser Verfassungskampf wird 1215 in Runnymede und später im 17. Jahrhundert in der Auseinandersetzung zwischen Krone und Parlament mit Waffengewalt ausgefochten.

Es stellt sich damit das Problem, wie verhindert werden kann, dass wiederkehrende Verfassungskämpfe das Land in bürgerkriegsähnlichen Zuständen versinken lassen.

Die Magna Carta geht auf dieses Problem insofern ein, als sie die Schaffung einer Kommission bestehend aus 24 normannischen Baronen vorsieht, die darüber zu wachen hat, dass der König die Bestimmungen der Magna Carta in Zukunft auch wirklich einhält.

Im Übrigen wird in der Magna Carta auch auf die Allianz zwischen den Baronen und den Städten eingegangen.

Fasst man diese beiden Elemente zusammen, so kann man darin Wurzeln des späteren Parlaments mit seinen zwei Kammern, dem Ober- und Unterhaus, erkennen. Damit ist im Ansatz die Möglichkeit gegeben, rechtliche Streitfragen einvernehmlich zwischen König und Parlament zu lösen. Keine der beiden Seiten muss auf einen bewaffneten Aufstand rekurrieren, um die angestammten Rechte zu verteidigen.

1.4. Das französische Modell: Die Französische Revolution als Beispiel

1.4.1. Während im Fall der Magna Carta die normannischen Barone die Vertreter der autonomen Gesellschaft darstellen, sind es im Frankreich des 18. Jahrhunderts die Aufklärer.

Ihr Ausgangspunkt ist ein radikal anderer. Die Aufklärer sind Intellektuelle und Schriftsteller, die sich zum Unterschied von den normannischen Baronen nicht so sehr um ihre eigene Rechtsstellung, als vielmehr um die Frage kümmern, wie die Verfassung einer Gesellschaft einzurichten wäre. Sie interessieren sich nicht für die aktuelle, auf Grund einer langen Entwicklung entstandenen Rechtslage, sondern dafür, wie eine ideale Verfassung auszusehen hätte.

Die normannischen Barone sind Traditionalisten, die Abweichungen von der Tradition korrigieren wollen. Die Aufklärer wollen demgegenüber das Überkommene zur Gänze beseitigen. Ausgehend von einer tabula rasa-Situation soll eine gerechte Neuordnung getroffen werden.

Die von ihnen angestrebte, ideale rechtliche Ordnung der Dinge ergibt sich für sie aus der Vernunft. Anhand der von Philosophen wie *Hobbes*, *Locke*, *Kant* und *Rousseau* ausgearbeiteten Theorie des Gesellschaftsvertrages versucht man, den Entwurf eines Gesellschaftsvertrages zu entwickeln, dem jedermann, schon aus Vernunftgründen, zustimmen müsste.

Basierend auf den gedanklichen Vorarbeiten der Aufklärer wird in der ersten Phase der Französischen Revolution, in der Zeit von 1789–1791, eine geschriebene Verfassung ausgearbeitet. Sie besteht aus einem Staatsorganisationsrecht und aus einem Grundrechtskatalog. Im Staatsorganisationsrecht wird das Verhältnis der Staatsgewalten zueinander festgelegt, im Grundrechtskatalog die staatsbürgerlichen Rechte definiert.

Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte erfolgt am 26. August 1789, die das Staatsorganisationsrecht regelnde Verfassung wurde am 3. September 1791 erlassen. Der Verfassung ist die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte beigefügt. Von seiner Idee her soll

dieses Verfassungsgesetz an die Stelle des vom Gewohnheitsrecht beeinflussten Verfassungsrechts des vorrevolutionären Frankreichs treten.

Dadurch wird die Forderung der Aufklärer eingelöst, durch einen auf Vernunft gegründeten Gesellschaftsvertrag, das Recht auf eine gänzlich neue Grundlage zu stellen.

1.4.2. Die französische Entwicklung unterscheidet sich im Übrigen in einem weiteren wesentlichen Punkt von der englischen. So wie in England gibt es im vorrevolutionären Frankreich eine, im Wesentlichen auf Gewohnheitsrecht beruhende, Verfassung. Auf den ersten Blick könnte man auch meinen, dass eine Entsprechung zwischen den Generalständen und dem englischen Parlament besteht. Klerus und Adel würden dem Oberhaus entsprechen, der Dritte Stand dem Unterhaus.

Es besteht aber ein wesentlicher Unterschied. Spätestens seit der Magna Carta 1215 wird in England von den Rechten der freien Engländer ausgegangen. Das Parlament hat sich unter anderem deshalb herausgebildet, um diese gemeinsamen Rechte der freien Engländer gegenüber dem König zu vertreten und zu verteidigen.

Gemeinsame Rechte verbinden. Sie haben zur Folge, dass die Stände in ihrem Verhältnis zum König ein starkes, verbindendes Element haben.

Unterschiedliche Rechte trennen. Sie können zur Folge haben, dass die Stände vom König auseinanderdividiert werden. Genau dieser Punkt spielt eine wesentliche Rolle in der französischen Verfassungsentwicklung. Die einzelnen Stände besitzen unterschiedliche Rechte. Der Begriff des subjektiven Rechtes ist sehr stark an dem Prinzip der Ungleichheit ausgerichtet. Das subjektive Recht erscheint damit als Privileg oder Vorrecht. Es ist ein Recht, das für eine bestimme Person oder eine bestimme Gruppe ausnahmsweise eingeräumt ist. Dieses Recht verbindet nicht mit den anderen Gesellschaftsmitgliedern. Es soll vielmehr den Träger von anderen Personen unterscheiden und ihn aus der Menge der anderen Gesellschaftsmitglieder herausheben. Ein solches System muss sich nicht bloß auf das Verhältnis der Stände untereinander beschränken. Es kann auch zwischen den Mitgliedern ein und desselben Standes praktiziert werden.

Im 18. Jahrhundert gelten diverse Sonderrechte der Stände bzw. einzelner Familien noch immer. Das Problem ist allerdings, dass der soziale und politische Kontext weggefallen ist. In den 175 Jahren der absolutistischen Herrschaft haben die Privilegien der Stände weitgehend ihre soziale und politische Funktion eingebüßt.

Die Entmachtung der Adelsfamilien erfolgt sowohl in politischer wie in ökonomischer Hinsicht. Wollen sie ihren Einfluss behalten, müssen sie die Gunst des Königs gewinnen und am Hofleben in Versailles teilnehmen. Dadurch geraten sie nicht nur in die Abhängigkeit des Königs, sondern müssen sich in der Regel verschulden, um das Leben bei Hof finanzieren zu können.

Der mit dem Absolutismus einhergehende Merkantilismus begünstigt demgegenüber in ökonomischer Hinsicht vor allem das Bürgertum. Darüber hinaus werden vom König ganz bewusst Vertreter des Dritten Standes in wichtige Funktionen geholt, um ein Gegengewicht gegen den Adel zu schaffen.

Im Übrigen kommt es in erziehungsmäßiger Hinsicht im Laufe des 18. Jahrhunderts zu einer starken Angleichung zwischen Adel und Bürgertum. Aus der Sicht des Bürgertums sind daher nicht nur in politischer, sondern auch in sozialer Hinsicht die Vorrechte des Adels nicht nachvollziehbar. Sie entsprechen nicht mehr seiner sozialen Stellung.

Dem König ist dieser Umstand durchaus bewusst. Allfällige Reformbestrebungen des Königs werden aber stets von den Gerichten blockiert. Den Gerichten obliegt es, die Rechtsakte des