

Verfassungsentwicklung

II

Herausgegeben von
MATTHIAS JESTAEDT
und HIDEKI SUZUKI

Mohr Siebeck

Verfassungsentwicklung II



Verfassungsentwicklung II

Verfassungsentwicklung
durch Verfassungsgerichte

Deutsch-Japanisches Verfassungsgespräch 2017

herausgegeben von
Matthias Jestaedt und Hidemi Suzuki

Mohr Siebeck

Matthias Jestaedt, 2002–2011 Professor an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, seit 2011 Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.

Hidemi Suzuki, 1992–1998 Professorin an der Hokuriku-Universität, Kanazawa, 1998–2002 Professorin an der Universität Hiroshima, 2002–2004 Professorin an der Nihon-Universität, Tokio, 2004–2015 Professorin an der Universität Osaka, seit 2015 Professorin an der Keio-Universität, Tokio.

Gedruckt mit großzügiger finanzieller Unterstützung der Fritz Thyssen Stiftung, Köln.

ISBN 978-3-16-158924-9 / eISBN 978-3-16-158925-6

DOI 10.1628/978-3-16-158925-6

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen aus der Minion Pro gesetzt und von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
---------------	-----

Teil I: Integrierte und isolierte Verfassungsgerichtsbarkeit

Matthias Jestaedt

Integrierte und isolierte Verfassungsgerichtsbarkeit. Eingliederungs- und Verselbständigungsmodell in ihrer Wirkung auf die Verfassungsentwicklung	3
---	---

Tsuyoshi Hatajiri

Integrierte und isolierte Verfassungsgerichtsbarkeit	29
--	----

Teil II: Informelles Handeln der Verfassungsgerichtsbarkeit

Christoph Möllers

Informelles Handeln des Bundesverfassungsgerichts. Ein Beitrag zum Zusammenhang von Organisationstheorie und Institutionenpolitik im Verfassungsprozess	39
---	----

Hidemi Suzuki

Informelles Handeln des japanischen Obersten Gerichtshofs	69
---	----

Teil III: Pro et contra der Urteilsverfassungsbeschwerde

Matthias Cornils

Pro et contra der Urteilsverfassungsbeschwerde	77
--	----

Kazuhiko Matsumoto

Pro et contra der Urteilsverfassungsbeschwerde – Kommentar aus japanischer Sicht	101
---	-----

Teil IV: Die verfassungskonforme Auslegung

Christian Walter

Verfassungskonforme Auslegung im deutschen Verfassungsrecht 111

Teil V: Reaktionsweisen des Gesetzgebers
auf verfassungsgerichtliche Entscheidungen*Oliver Lepsius*Reaktionsweisen des Gesetzgebers
auf verfassungsgerichtliche Entscheidungen 125*Koichi Akasaka*Kommentar: Legitimität und Sicherstellung der Verfassungsordnung.
Verfassungsrechtliche Einwirkungen einer gerichtlichen Entscheidung
gegenüber politischen Gewalten 165

Teil VI: Entscheidung in unterschiedlichen Spruchkörpern

*Johannes Masing*Entscheidung in unterschiedlichen Spruchkörpern.
Einblicke in die innere Verfassung des Bundesverfassungsgerichts 177*Nami Thea Ohnishi*

Das Senatssystem des Obersten Gerichtshofs in Japan 195

*Motoi Miyaji*Gleichstellung nichtehelicher Kinder – vor dem Verfassungsgericht
und dem Parlament 215

Verzeichnis der Teilnehmerinnen und Teilnehmer 229

Vorwort

Seit 2015 findet sich eine Gruppe von Staatsrechtslehrerinnen und Staatsrechtslehrern aus jeweils mehr als 10 japanischen und deutschen Rechtsfakultäten alle zwei Jahre zu einem „Deutsch-Japanischen Verfassungsgespräch“ (DJVG) zusammen. Sämtliche Teilnehmerinnen und Teilnehmer auf japanischer Seite sind Mitglieder der „Forschungsgesellschaft für Deutsches Verfassungsrecht“ (FdV) (ドイツ憲法判例研究会, Doitsu Kempō Hanrei Kenkyūkai), sämtliche deutsche sind ihrerseits Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VDStRL).

Vom 18. bis zum 22. September 2017 fand in Lenzkirch-Saig im Schwarzwald sowie an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg i. Br. das Deutsch-Japanische Verfassungsgespräch 2017 (DJVG 2017) statt. Anknüpfend an das zwei Jahre zuvor in Tokio abgehaltene DJVG 2015 zur Thematik „Verfassungsentwicklung – Auslegung, Wandlung und Änderung der Verfassung“ (mittlerweile publiziert: *Matthias Jestaedt/Hidemi Suzuki* [Hrsg.], Verfassungsentwicklung I. Auslegung, Wandlung und Änderung der Verfassung. Deutsch-Japanisches Verfassungsgespräch 2015, Mohr Siebeck, Tübingen 2017), welches den Fokus auf die inhaltlich-methodisch gesteuerte Entwicklung von Verfassungsrecht legte, ging es beim DJVG 2017 um die Verfassungsentwicklung aus funktionell-institutioneller Perspektive – und damit primär um Rolle und Anteil der Verfassungsgerichtsbarkeit an der Verwirklichung und der Entwicklung der Verfassung: „Verfassungsentwicklung II – Verfassungsentwicklung durch Verfassungsgerichte“.

Im Zentrum der Überlegungen standen Fragen der Bedeutung des institutionellen Settings der Verfassungsgerichtsbarkeit für die Verfassungsentwicklung (integrierte oder isolierte Verfassungsgerichtsbarkeit; Senat oder Kammer als Spruchkörper) ebenso wie Fragen besonderer Verfahrensarten (namentlich der Urteilsverfassungsbeschwerde) oder besonderer „Auslegungs“-Formate (wie der verfassungskonformen Auslegung), Fragen informellen Verfassungsprozess-„Rechts“ ebenso wie Fragen des Zusammenspiels von Verfassungsgericht und Gesetzgeber. Die Themen waren so angelegt, dass sie zum einen auf sehr konkrete Verfassungsentwicklungen durch die Verfassungsgerichtsbarkeit in den beiden Staaten zielten, zum anderen aber auch abstraktere Fragen zum Gegenstand hatten, die immer wieder eine theoretisch vertiefte Reflektion der in den konkreteren Themen sich abzeichnenden Entwicklungen erlaubte und beförderte.

Theorie und Praxis der Verfassungsentwicklung durch Verfassungsgerichte in einem bildete eine ausgesprochen offen ausgetragene und thematisch dichte Podiumsdiskussion im Verhandlungssaal des Bundesverfassungsgerichts, an der

neben dem Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts *Andreas Voßkuhle* und der Richterin des Ersten Senats *Gabriele Britz* der Kammerpräsident am Gerichtshof der Europäischen Union *Thomas von Danwitz*, die Vizepräsidentin des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte *Angelika Nußberger* und das Mitglied des österreichischen Verfassungsgerichtshofs *Georg Lienbacher* teilnahm; an der von *Olivier Jouanjan*, Université Paris 2 (Panthéon-Assas), moderierten Veranstaltung in Karlsruhe beteiligten sich überdies die Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts *Susanne Baer*, *Peter M. Huber*, *Sibylle Kessal-Wulf*, *Ulrich Maidowski*, *Peter Müller* und *Wilhelm Schluckebier*.

Die Abhaltung des DJVG 2017 wurde durch großzügige Zuwendungen einerseits der Japan Society for the Promotion of Science (JSPS, 日本学術振興会) sowie andererseits der Fritz Thyssen Stiftung, Köln, ermöglicht. Beiden sei ein herzliches Vergeltsgott ausgesprochen. Der Fritz Thyssen Stiftung gebührt überdies herzlicher Dank für den Druckkostenzuschuss, der die vorliegende Publikation in Deutschlands führendem Verlag für Rechtswissenschaft ermöglicht hat. Bei den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Freiburger Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Rechtstheorie, die in gewohnt verlässlicher Weise die redaktionelle Arbeit geschultert haben, stehen die Herausgeber tief in der Schuld. Schließlich sei dem Verlag Mohr Siebeck, in Sonderheit der Herstellerin *Ilse König*, ein herzlicher Dank für eine wieder einmal rundum gelungene verlegerische Betreuung ausgesprochen.

Tokio und Freiburg i. Br., im Oktober 2019

Hidemi Suzuki
und *Matthias Jestaedt*

Teil I

Integrierte und isolierte Verfassungsgerichtsbarkeit

Integrierte und isolierte Verfassungsgerichtsbarkeit

Eingliederungs- und Verselbständigungsmodell in ihrer Wirkung auf die Verfassungsentwicklung

Matthias Jestaedt

1. Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungsentwicklung	3
2. Grundtypen der Verfassungsgerichtsbarkeit	4
a) Verfassungsgerichtsbarkeit im weiteren und im engeren Sinne	4
b) Das US-amerikanische und das österreichische Modell	6
c) Koinzidenz, Korrelation, Kausalität	9
3. Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit	10
a) Maßstabsplural und Maßstabssingular	10
b) Ausbildung eines „Constitutional Reasoning“	11
c) Grundrechtsgerichtsbarkeit	13
4. Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber	14
a) Verfassungsgericht als „Verfassungsorgan“	14
b) Politiknähe	16
c) „Negativer Gesetzgeber“	18
5. Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit	20
a) Teil oder Gegenüber der berufsrichterlichen Judikative	20
b) Die Verwaltungsgerichtsbarkeit als Lackmustest	21
c) Die Urteilsverfassungsbeschwerde	22
6. Verfassungsgericht unter Verfassungsgerichten	24
a) Horizontale Verfassungsgerichtsverbände	25
b) Vertikale Verfassungsgerichtsverbände	26
7. (Dé-)Formation professionelle	27

1. Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungsentwicklung

Zentrale Akteure dessen, was man zusammenfassend als „Verfassungsentwicklung“¹ kennzeichnet, sind, wenn auch in sehr unterschiedlichem Ausmaß, Verfassungsgerichte. Unmittelbar wirken diese durch den Inhalt ihrer Urteile, durch ihren besonderen – eher zupackenden oder auch zurückhaltenden interpretatorischen und applikativen – approach an der Dynamik von Verfassungsrecht mit.

¹ Zu Begriff und Konzept die Beiträge in: *Matthias Jestaedt/Hidemi Suzuki* (Hrsg.), *Verfassungsentwicklung I. Auslegung, Wandlung und Änderung der Verfassung. Deutsch-japanisches Verfassungsgespräch 2015, 2017.*

Das sich in den Judikaten ausdrückende Verfassungsverständnis ist indes seinerseits von zahlreichen Faktoren abhängig, die konkreten inhaltlich-gegenständlichen, dogmatischen oder methodischen Positionierungen vorausliegen.² Am stärksten springt die konkrete personelle Zusammensetzung des Spruchkörpers ins Auge: Sag´ mir, wer deine Verfassungsrichter sind, und ich sage dir, wie entwicklungs offen deine Verfassung ausgelegt und gehandhabt wird. Doch auch diese ist ihrerseits – neben nicht zu unterschätzenden Faktoren wie der Juristenausbildung und -sozialisation³ – abhängig von einer Reihe institutioneller und funktioneller Faktoren. Einen aus meiner Sicht sehr wichtigen Basisfaktor möchte ich im Folgenden im Blick auf dessen – ich muss bereits hier betonen und unterstreichen: lediglich *mögliche* – Auswirkungen auf Art und Maß der „Verfassungsentwicklung“ in einer konkreten Verfassungsordnung untersuchen. Es handelt sich um die Wahl des institutionellen Grundmodells von Verfassungsgerichtsbarkeit.

2. Grundtypen der Verfassungsgerichtsbarkeit

a) Verfassungsgerichtsbarkeit im weiteren und im engeren Sinne

Doch zuvor sei noch kurz eine Verständigung darüber herbeigeführt, was hier unter Verfassungsgerichtsbarkeit bzw. Verfassungsgericht verstanden wird. Es lässt sich die Verfassungsgerichtsbarkeit im weiteren von jener im engeren, eigentlichen oder spezifischeren Sinne unterscheiden: Erstere umfasst auch die Staatsgerichtsbarkeit, also jene gerichtsförmige Erledigung von Streitigkeiten zwischen Verfassungsorgan(teil)en (Organstreitigkeiten, aber auch Präsidenten- und Ministeranklage) und zwischen Verfassungsgebietskörperschaften (insbesondere Bund-Länder-Streitigkeiten in Bundesstaaten) sowie in Wahlprüfungsangelegenheiten.⁴ Bei ihr fungiert die Verfassung zwar als Maßstab für ein Verhalten von Staatsorganen (sog. Verfassungsorganen) oder – in Bundesstaaten – von (Teil-)Staaten. Darauf, dass der Verfassung Vorrang zukommt, genauer: dass sie unter den rechtsordnungsautochthonen Rechtsquellen die höchste Rechtsverdrängungsmacht besitzt,⁵ kommt es in diesen Fällen indes nicht primär an.

² Dazu nunmehr *András Jakab/Arthur Deyve/Giulio Itzcovich* (Hrsg.), *Comparative Constitutional Reasoning*, 2017.

³ Dazu – in Kontrastierung von französischem Conseil constitutionnel und deutschem Bundesverfassungsgericht –: *Ruth Weber*, *Der Begründungsstil von Conseil constitutionnel und Bundesverfassungsgericht. Eine vergleichende Analyse der Spruchpraxis*, Diss. iur. Freiburg i. Br. 2018 (im Erscheinen 2019), 2. Teil § 3.

⁴ Dazu stellvertretend *Klaus Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, 1980, S. 968–972.

⁵ Vgl. insoweit *Matthias Jestaedt*, *Selbstand und Offenheit der Verfassung gegenüber nationalem, supranationalem und internationalem Recht*, in: *Josef Isensee/Paul Kirchhof* (Hrsg.),

Just das ist aber der Markenkern der Verfassungsgerichtsbarkeit im eigentlichen Sinne: Hier reicht es nicht aus, dass Kontrollmaßstab Vorschriften der Verfassung sind – das sind sie ja grundsätzlich auch bei der vorgenannten Staatsgerichtsbarkeit –, sondern hier geht es spezifischer um die Sicherung und Durchsetzung des (rechtsquellenbezogenen und nicht etwa des föderativen⁶) Vorrangs der Verfassung⁷ vor allem sonstigen rechtsordnungsautochthonen Recht, wozu auf jeden Fall auch das reguläre Gesetzesrecht zählen muss.⁸ Mit *Hans Kelsen* kann man diese Variante der Verfassungsgerichtsbarkeit auf eine Kurzformel bringen: Es ist jene, deren Aufgabe, über die Verfassungsmäßigkeit der Rechtsordnung im Übrigen zu wachen, die Befugnis einschließt, gegebenenfalls als „negativer Gesetzgeber“ zu fungieren.⁹ Oder noch kürzer: Erkennungszeichen der Verfassungsgerichtsbarkeit im engeren Sinne ist die Kompetenz zum „judicial review“, d. h. das Gesetzesprüfungs- und Gesetzesverwerfungsrecht.¹⁰

Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (= HStR), 3. Aufl., Bd. XII, 2014, § 264 Rn. 2 f., 19, 41 und öfter.

⁶ Zur Unterscheidung: *Christoph Schönberger*, Normenkontrollen im EG-Föderalismus. Die Logik gegenläufiger Hierarchisierungen im Gemeinschaftsrecht, in: *EuR* 2003, S. 600–627; ergänzend *ders.*, Der Vorrang der Verfassung, in: *Festschrift für Rainer Wahl*, 2011, S. 385–403 (386–390). Bezeichnenderweise hat sich der föderative Vorrang (etwa: Reichsrecht bricht Landesrecht, die Supremacy Clause gemäß Art. VI § 2 der US-Bundesverfassung oder der [Anwendungs-]Vorrang des Unionsrechts vor dem mitgliedstaatlichen Recht) regelmäßig früher und leichter durchgesetzt als der rechtsquellenbezogene Vorrang (Vorrang der Verfassung insbesondere vor dem Gesetzesrecht, aber auch Vorrang des Unionsprimärrechts vor dem Unionssekundärrecht).

⁷ Dazu *Rainer Wahl*, Der Vorrang der Verfassung, in: *Der Staat* 20 (1981), S. 485–516; *Schönberger*, Vorrang (Anm. 6), S. 385–403.

⁸ *Maartje de Visser* benennt vier Zwecke der Verfassungsgerichtsbarkeit, und zwar (1) „ensuring that the legislature does not overstep constitutional boundaries“, (2) „protecting the fundamental rights of individuals in specific cases“, (3) „resolving institutional disputes“ und (4) „ensuring the integrity of political office and related processes“ (Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis, 2014, S. 99–142, 142–155, 155–168 und 168–185); als Hauptgründe für die Verbreitung der Verfassungsgerichtsbarkeit in (den Staaten Nachkriegs-)Europa(s) macht sie ausfindig: (1) „avoiding competence collisions between state bodies“, (2) „guaranteeing observance of the Rule of Law and affording protection to fundamental rights“ sowie, eurospezifisch, „the impact of the ECHR and of EU membership“ (a. a. O., S. 55–61, 61–75 und 75–78). Für die im Text angesprochene Verfassungsgerichtsbarkeit stehen die beiden eng miteinander verknüpften Aspekte des „ensuring that the legislature does not overstep constitutional boundaries“ sowie „guaranteeing observance of the Rule of Law“ im Vordergrund (selbstredend schließen sie die übrigen Gesichtspunkte nicht aus). Knapp und bündig zusammengefasst: „Its [i. e. the constitutional court’s] purpose is to ensure the normative superiority of the constitutional law“ (so *Alex Stone Sweet*, Why Europe Rejected American Judicial Review – and Why it May Not Matter, in: *Michigan Law Review* 101 [2003], S. 2744–2780 [2745]).

⁹ *Hans Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: *VVDStRL* 5 (1929), S. 30–88 (53–57, insbes. 55).

¹⁰ Gemeinhin wird „judicial review“ mit Gesetzesprüfungsrecht übersetzt. Das ist indes ungenau, wie sich sehr schön am Beispiel des deutschen Verfassungsrechts zeigen lässt: Das Recht (und, wie die Bindung an das Grundgesetz in Art. 20 GG unmissverständlich fordert, die Pflicht) zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der im konkreten Fall anzuwendenden Gesetze trifft sämtliche staatliche (Behörden und) Gerichte; die Kompetenz zur Verwerfung wegen Verfassungswidrigkeit kommt in

b) *Das US-amerikanische und das österreichische Modell*

Als historische Grundtypen oder institutionelle Basisformen der Verfassungsgerichtsbarkeit im engeren, also auf die Kompetenz zum „judicial review“ abstellenden Sinne gelten das US-amerikanische, vom 1789 errichteten U. S. Supreme Court geprägte Modell einer- und das österreichische, auf den 1920 errichteten Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich zurückgehende Modell andererseits.¹¹ Sie unterscheiden sich danach, ob die Verfassungsgerichtsbarkeit der allgemeinen Gerichtsbarkeit anvertraut ist – so im US-amerikanischen Modell – oder aber einem eigens dafür vorgesehenen Spezialgericht vorbehalten, also institutionell verselbständigt ist – so beim österreichischen Modell. Im ersten Falle sei von (in die ordentliche Gerichtsbarkeit) *integrierter* Verfassungsgerichtsbarkeit, im zweiten von (wiederum: im Verhältnis zur ordentlichen Gerichtsbarkeit) verselbständigter oder auch *isolierter* Verfassungsgerichtsbarkeit gesprochen.

Nach einer jüngeren Bestandsaufnahme haben im globalen Vergleich von den insgesamt 163 Ländern, die ein Verfassungsgericht besitzen, 73 für das Verselbständigungsmodell optiert, indes die übrigen weitgehend dem Integrationsmodell folgen;¹² dabei sind selbst hybride Varianten anzutreffen, wie das jüngere brasilianische Modell lehrt, welches mit dem STF (Supremo Tribunal Federal) an sich so etwas wie ein Verfassungsgericht nach österreichischem Muster besitzt.¹³ Für die Europäische Union stellen sich die Zahlenverhältnisse anders dar, verfügen doch von den derzeit noch 28 Mitgliedstaaten mehr als Zweidrittel, nämlich 19 über ein institutionell verselbständigt Verfassungsgericht.¹⁴ Dabei lässt sich eine – zwar

Bezug auf nachkonstitutionelle Bundesgesetze dagegen exklusiv dem Bundesverfassungsgericht zu (vgl. Art. 100 Abs. 1 GG: sog. Normverwerfungsmonopol).

¹¹ Dazu etwa *Mauro Cappeletti*, *Judicial Review in the Contemporary World* (ital. Original: Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato, 1968), 1971, S. 45–100; *Stanley L. Paulson*, *Constitutional Review in the United States and Austria: Notes on the Beginnings*, in: *Ratio Juris* 16 (2003), S. 223–239; *Theo Öhlinger*, *The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation*, in: *Ratio Juris* 16 (2003), S. 206–222 (206 f.); *Stone Sweet*, *Europe* (Anm. 8), S. 2769–2771; *Christoph Bezemek*, *A Kelsenian model of constitutional adjudication*, in: *ZÖR* 67 (2012), S. 115–128 (116 f.); *Mark Tushnet*, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, 2014, S. 48–56. Vgl. allgemein zur Typologisierung von Verfassungsgerichtsbarkeit: *Luca Mezzetti*, *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, in: ders. (Hrsg.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, 2009, S. 1–98.

¹² So *Armin von Bogdandy/Christoph Grabenwarter/Peter M. Huber*, *Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsraum*, in: dies. (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum (= IPE)*, Bd. VI, 2016, § 95 Rn. 2 u. 32.

¹³ Dazu monografisch *Konstantin Krukowski*, *Supremo Tribunal Federal und Verfassungsprozessrecht in Brasilien. Eine rechtsvergleichende Betrachtung unter besonderer Berücksichtigung der Maßnahmen zur Reduzierung der Verfahrensbelastung*, 2011, insbes. S. 68–80.

¹⁴ Während 19 EU-Mitgliedstaaten über ein am Grundmodell des österreichischen Verfassungsgerichtshofs ausgerichtetes, institutionell verselbständigt Verfassungsgericht verfügen (wenngleich in durchaus stark unterschiedlichen Ausformungen), gehen lediglich neun Mitgliedstaaten

nicht durchgängige und zwingende, aber doch recht – klare Korrelation zwischen Einheitsmodell und rechtsprechungsorientierten Common Law-Ländern einerseits sowie Verselbständigungsmodell und gesetzgebungszentrierten Civil Law-Ländern andererseits konstatieren.

Alle weiteren Unterschiede, die zwischen der US-amerikanischen und der österreichischen Variante von Verfassungsgerichtsbarkeit in ihren konkreten historischen Gestalten bestehen, sind demgegenüber keine Modell-konstitutiven Disjunktionen, mögen sie auch typischerweise mit der Wahl pro oder contra Integration der Verfassungsgerichtsbarkeit in die sonstige Gerichtsbarkeit zusammenhängen oder von ihr nahegelegt werden und eine nicht zu unterschätzende Rolle für Art und Ausmaß der „Verfassungsentwicklung“ durch die Verfassungsgerichte spielen. Das gilt, um nur zwei wichtige Beispiele zu nennen, erstens für die Zentralisierung (gar Monopolisierung) oder Dezentralisierung der Normverwerfungs(- respektive Normnichtenanwendungs)kompetenz¹⁵ – im US-amerikanischen System kommt jedem Gericht diese Kompetenz zu, im österreichischen nur dem Verfassungsgerichtshof;¹⁶ während das österreichische Modell eines Spezialgerichts für Verfassungsfragen einer dezentralen, gar diffusen Normenkontrolle tendenziell, wenn auch nicht notwendigerweise zuwiderläuft, ist das Modell einer der ordentlichen Gerichtsbarkeit anvertrauten Verfassungsgerichtsbarkeit keineswegs unvereinbar damit, die Normkassation dem Höchstgericht oder einem Spruchkörper desselben vorzubehalten.

Und es gilt zweitens auch für die Frage, ob eine abstrakte, d. h. von einer (vorgängigen) Streitigkeit im Einzelfall *unabhängige* Normenkontrolle vorgesehen ist oder nicht. Während dem Verfassungsgerichtshof durch das B-VG 1920 zunächst nur die Normenkontrolle in ihrer abstrakten Variante zugewiesen war, ist seit der Verfassungsnovelle des Jahres 1929 und verstärkt durch die Einführung der sog.

andere Wege: Mit den skandinavischen Staaten Dänemark, Finnland und Schweden, darüber hinaus Irland, Estland (als einzigem Staat aus dem Bereich des ehemaligen Ostblocks), Griechenland und Zypern vertrauen sieben EU-Mitgliedstaaten die Verfassungsgerichtsbarkeit der regulären Gerichtsbarkeit an, folgen also dem US-amerikanischen Grundmodell. Zwei EU-Mitgliedstaaten schließlich, nämlich die Niederlande und das Vereinigte Königreich, kennen keine Verfassungsgerichtsbarkeit im Sinne eines auf Parlamentsgesetze bezogenen „judicial review“ (die niederländische Verfassung verbietet sogar ausdrücklich die gerichtliche Überprüfung von Parlamentsakten und völkerrechtlichen Verträgen auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin: „De rechter treedt niet in de beoordeeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.“ [Art. 120 des niederländischen Grundgesetzes]); in den Niederlanden ist die Gewährleistung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze dem Staatsrat („Raad van State“) anvertraut, im Vereinigten Königreich dem „House of Lords Constitution Committee“; dazu näher *de Visser*, *Constitutional Review* (Anm. 8), S. 14–16, 29–32 sowie 79–82 und 83–86.

¹⁵ Während die Normverwerfung die betreffende gesetzliche Norm erga omnes aufhebt (deren Nichtigkeit herbeiführt), ist Folge der Normnichtenanwendung typischerweise bloß eine Außerberachtung der betreffenden gesetzlichen Norm in dem konkret zu entscheidenden Fall.

¹⁶ Dazu *Christian Walter*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.), *Grundgesetz. Kommentar*, Stand: 86. Lieferung Januar 2019, Art. 93 (Stand: 80. Lieferung Juni 2017) Rn. 56 f., 58–63.

Gesetzesbeschwerde (Parteiantrag auf Normenkontrolle) anno 2015¹⁷ auch eine durch Richtervorlage ausgelöste konkrete Normenkontrolle vorgesehen. Demgegenüber kann der U.S. Supreme Court bis heute nicht im Wege der abstrakten Normenkontrolle tätig werden, sondern operiert unter dem aus Art. III § 2 der US-Bundesverfassung abgeleiteten „Case or Controversy“ Requirement“, so dass seine Zuständigkeit (auch zum „judicial review“) nur durch einen oder im Rahmen eines konkreten Rechtsstreits eröffnet wird.¹⁸ Wiewohl sich dies mit dem Gedanken, dass Verfassungsgerichtsbarkeit nichts als ein „Nebenprodukt ordentlicher Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte“¹⁹ sei, nahtlos zu einem harmonischen Ganzen fügt: zwingend ist dieser Konnex nicht. Auch bei integrierter Verfassungsgerichtsbarkeit lässt sich, wie das Beispiel des schweizerischen Bundesgerichts zeigt,²⁰ ein Verfahren abstrakter Normenkontrolle sinnvoll denken – freilich nicht, wenn die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht nur institutionell integriert, sondern die Normenkontrollkompetenz auch noch dezentralisiert ist.

Damit ist bereits angedeutet, dass die beiden Grundmodelle ihrerseits eine mehr oder minder große Varianz kennen. Um nur die für einen Deutschen nächstliegende zu nennen: Das Grundgesetz hat sich mit dem Bundesverfassungsgericht zwar unmissverständlich für ein institutionell verselbständigtes Spezialgericht für Verfassungsfragen, also das österreichische Modell, entschieden.²¹ Wie man aber in Österreich lernen kann, wird der deutsche Ableger des österreichischen Basismodells anders als dieses als „Pyramidalmodell“ gekennzeichnet, weil die

¹⁷ Eine erste Orientierung geben *Maximilian Harnoncourt*, Der Parteiantrag auf Normenkontrolle – die Gesetzesbeschwerde, in: ZfV 2015, S. 263–273; *Lamiss Khakzadeh-Leiler*, Der Parteiantrag auf Normenkontrolle, in: ÖJZ 2015, S. 543–550.

¹⁸ Dazu stellvertretend: *Geoffrey R. Stone/Louis M. Seidmann/Cass R. Sunstein/Mark V. Tushnet/Pamela S. Karlan*, Constitutional Law, 8. Aufl. 2017, S. 82–154; aus deutscher Perspektive: *Marcel Kau*, United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht. Die Bedeutung des United States Supreme Court für die Errichtung und Fortentwicklung des Bundesverfassungsgerichts, 2007, bes. S. 264–273.

¹⁹ *Peter E. Quint*, Der Einfluss des Supreme Court der Vereinigten Staaten von Amerika auf die Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa, in: IPE, Bd. VI, 2016, § 109 Rn. 47, s. a. Rn. 17 und 137.

²⁰ Vgl. *Giovanni Biaggini*, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: IPE, Bd. VI, 2016, § 105 Rn. 69: abstrakte Normenkontrolle im Rahmen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 lit. b BGG (Bundesgesetz über das Bundesgericht); freilich handelt es sich bei dieser Variante der abstrakten Normenkontrolle um eine Inzidentkontrolle (also nicht um eine Prinzipalkontrolle).

²¹ Der Erwähnung wert ist, dass die Stammfassung des Grundgesetzes im Jahre 1949 neben dem Bundesverfassungsgericht (in Art. 93 und 94) in Art. 95 „zur Wahrung der Einheit des Bundesrechts“ ein „Oberstes Bundesgericht“ vorsah, welches in Fällen, deren Entscheidung für die Einheitlichkeit der Rechtsprechung der „oberen Bundesgerichte“ im Sinne von Art. 96 der GG-Stammfassung – sprich: den Bundesgerichtshof, das Bundesverwaltungsgericht, das Bundesarbeitsgericht, das Bundessozialgericht und den Bundesfinanzhof – „von grundsätzlicher Bedeutung ist“, zu entscheiden hatte. Im Jahre 1968 wurden Art. 95 und 96 der Stammfassung durch die heute noch gültigen Fassungen ersetzt; die Rolle des „Obersten Bundesgerichts“ nimmt heute gemäß Art. 95 Abs. 3 Satz 1 GG der „Gemeinsame Senat“ der nunmehr zu „obersten Gerichtshöfen“ des Bundes geadelten ehemaligen „oberen Bundesgerichte“ wahr.

bundesverfassungsgerichtliche Kognitionsbefugnis mittels der Urteilsverfassungsbeschwerde – sprich: der Verfassungsbeschwerde eines Grundrechtsberechtigten gegen jede letztinstanzliche richterliche Entscheidung (gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a, §§ 90 ff. BVerfGG) – sich grundsätzlich auf sämtliche Judikativakte erstreckt. In Österreich stehen demgegenüber die drei Höchst- oder auch Grenzgerichte – neben dem Verfassungsgerichtshof sind dies der Verwaltungsgerichtshof und der Oberste Gerichtshof – gleichberechtigt nebeneinander und ersterem kommt nicht die Kompetenz zu, Erkenntnisse der letzteren zu überprüfen und gegebenenfalls zu kassieren.

c) Koinzidenz, Korrelation, Kausalität

Was ein Verfassungsgericht zu einem bestimmenden Akteur einer stark oder schwach ausgeprägten „Verfassungsentwicklung“ macht, insbesondere, inwieweit dies von der institutionellen Modelloption „integrierte oder isolierte Verfassungsgerichtsbarkeit“ abhängig ist, lässt sich weder pauschal noch monokausal noch überhaupt über ein konkretes Judikat hinaus ohne Verwendung des Potentialis verlässlich bestimmen. Hier wirken zu zahlreiche und zu heterogene, sich wechselseitig befördernde oder neutralisierende, harte und weiche Faktoren aufeinander ein, so dass nicht stets mit wenigstens leidlicher Sicherheit bestimmt werden kann, ob sie im Verhältnis echter Kausalität oder doch lediglich – positiver oder negativer – Korrelation oder sogar bloßer Koinzidenz zueinander stehen. Das bedeutet umgekehrt indes nicht, dass sich überhaupt keine über den konkreten Einzelfall hinausgehenden, allgemeineren Feststellungen treffen ließen. Nur werden sich diese im Wesentlichen in Tendenz- und Wahrscheinlichkeitsaussagen erschöpfen.

Für unser Vorhaben – nämlich zu eruieren, welchen Einfluss das institutionelle verfassungsgerichtliche Grundsetting auf die „Verfassungsentwicklung“ besitzt – kann eine einfache verfassungsvergleichende Kontrollüberlegung gute Dienste leisten: Relativ belastbare Hinweise darauf, ob und gegebenenfalls inwieweit möglicherweise oder sogar sicher verfassungsentwicklungsbefördernde Faktoren mit der Wahl des institutionellen Grundmodells in Zusammenhang stehen, lassen sich dadurch erhalten, dass man vergleicht, wie die zu untersuchenden Faktoren sich bei Verfassungsgerichten ausprägen oder auswirken, die zwar demselben institutionellen Basissetting angehören, aber doch in puncto „judicial activism“ auf den entgegengesetzten Enden der Skala liegen (oder zumindest dort vermutet werden). In Bezug auf die integrierte Verfassungsgerichtsbarkeit bietet es sich an, den U.S. Supreme Court mit dem japanischen Obersten Gerichtshof zu vergleichen,²² während in Bezug auf die isolierte Verfassungsgerichtsbarkeit sich ein Vergleich von

²² Vgl. etwa *Tomoaki Kurishima*, Die Janusköpfigkeit des OGH als Revisions- und Verfassungsgericht. Gegenwartsprobleme und Zukunftsperspektiven, in: *Zeitschrift für Japanisches Recht* 44 (2017), S. 143–198 (145 f. u. öfter).

Bundesverfassungsgericht und französischem Conseil constitutionnel gewissermaßen aufdrängt.²³

Im Folgenden sei die Relevanz der Entscheidung für eine integrierte oder aber isolierte Verfassungsgerichtsbarkeit anhand von vier Fragestellungen untersucht: Zunächst fragen wir danach, welche (Wechsel-)Wirkungen zwischen der Verfassung als Entscheidungsmaßstab und der Option für das US-amerikanische oder das österreichische Modell bestehen (3.). Sodann gehen wir den Fragen nach, wie sich das Maß institutioneller Verselbständigung der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Verständnis und Handhabung der Verfassung im Verhältnis des jeweiligen Verfassungsgerichts erstens zum Gesetzgeber (4.), zweitens zur sonstigen, regulären (Fach-)Gerichtbarkeit (5.) und schließlich drittens zu anderen Verfassungsgerichten auswirkt oder doch auswirken kann (6.).

3. Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit

a) Maßstabsplural und Maßstabsingular

Vergleicht man die Ausgangslage integrierter und isolierter Verfassungsgerichte in puncto Entscheidungsmaßstab, so springt ins Auge, dass erstere sich einem Maßstabsplural gegenübersehen, indes letztere von ihrem Maßstab grundsätzlich nur im Singular sprechen können.

Um mit letzteren zu beginnen: Ein institutionell (und funktionell) verselbständigtes Spezialgericht für Verfassungsfragen hat – sieht man einmal von „föderativen Normenkontrollen“, also der Frage der Gesamt- und Zentralstaatsrechtskonformität von Gliedstaatsrecht ab²⁴ – nur einen einzigen Entscheidungsmaßstab, nämlich die Verfassung (als das Ensemble von in Verfassungsrang stehenden Rechtsnormen). Die verfassungsgerichtliche Kognitionsbefugnis reicht nicht weiter als die Maßstäblichkeit der Verfassung selbst – wobei es auf dieser Ebene noch nicht von Bedeutung ist, ob sich das Verfassungsrecht in einem Verfassungsgesetz befindet (wie in Deutschland) oder deren mehreren (wie in Österreich) oder aber in so etwas wie einem aus heterogenen Bausteinen zusammengesetzten „bloc de constitutionnalité“²⁵ (wie in Frankreich). Das Verfassungsgericht ist nämlich nur dann und insoweit zu einer Sachentscheidung berufen, wenn und als sich die Streitfrage als verfassungsrechtliche Streitigkeit reformulieren lässt.

Die Situation stellt sich grundlegend anders dar im Falle integrierter Verfassungsgerichtsbarkeit: Die Sicherung der Verfassungsmäßigkeit rechtlich relevanter

²³ Dazu Weber, Begründungsstil (Anm. 3), passim; Matthias Jestaedt, Verfassungsgericht ist nicht gleich Verfassungsgericht, in: JZ 2019, S. 473–482.

²⁴ Zum „föderativen“ Vorrang vgl. oben bei und in Anm. 6.

²⁵ Dazu pars pro toto: Olivier Jouanjan, Verfassungsrechtsprechung in Frankreich, in: IPE, Bd. VI, 2016, § 99 Rn. 70; die grundstürzende Entscheidung ist: Conseil constitutionnel, 71–44 DC vom 16.07.1971, „liberté d’association“.