

# Verfassungsentwicklung I





# Verfassungsentwicklung I

Auslegung, Wandlung  
und Änderung der Verfassung

Deutsch-Japanisches Verfassungsgespräch 2015

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 Professor an der Keio-Universität, Tokio.

ISBN 978-3-16-155519-0

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

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

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 Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen 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.

# Inhalt

Vorwort .....	VII
---------------	-----

## Teil I: Die Rolle von Verfassungsrecht

*Toru Mori*

Die Rolle von Verfassungsrecht – bei Rawls, Habermas und in Japan .....	3
---	---

*Uwe Volkmann*

Die Rolle von Verfassungsrecht – Kommentar zum Referat von Toru Mori ...	27
--	----

## Teil II: Konzepte der „Verfassungsentwicklung“

*Christian Bumke*

Konzepte der Verfassungsentwicklung .....	39
---	----

*Tomonobu Hayashi*

Das Konzept „Verfassungsentwicklung“ – aus japanischer Sicht .....	77
--	----

## Teil III: Die Verfassungsänderung und ihre Grenzen

*Christoph Schönberger*

Die Verfassungsänderung und ihre Grenzen: Überlegungen zu einem Vergleich zwischen Deutschland und Japan .....	89
--	----

*Atsushi Takada*

Verfassungsänderung und ihre Grenzen in Japan .....	99
---	----

## Teil IV: Der Verfassungsänderungsentwurf der LDP

*Hiroshi Nishihara*

Zwischen Staatsabhängigkeit und Repräsentationsdefizit: Warum akzeptieren viele Japaner die anti-freiheitliche Verfassungsreform der LDP? .....	115
---	-----

<i>Christian Waldhoff</i> Kommentar zum Vortrag von Hiroshi Nishihara .....	141
 Teil V: Notwendigkeit und Bedeutung einer Verfassungsänderung am Beispiel von Art. 10, 13 und 16 GG	
<i>Christian Hillgruber</i> Notwendigkeit und Bedeutung einer Verfassungsänderung am Beispiel von Art. 10, 13 und 16 GG .....	149
<i>Nobuhiko Kawamata</i> Verfassungsänderung und Verfassungsgerichtsbarkeit – Kommentar zum Referat von Christian Hillgruber .....	173
 Teil VI: Verfassungsinterpretation und Verfassungswandel	
<i>Yuhiko Miyake</i> Verfassungsinterpretation und Verfassungswandel .....	185
<i>Ralf Poscher</i> Verfassungswandel – Eine sprachtheoretische Erläuterung .....	201
 Teil VII: Lebenspartnerschaft: Schutz durch die Verfassung	
<i>Martin Nettesheim</i> Auf dem Weg zur gleichgeschlechtlichen Ehe – Zur Rolle von Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber .....	219
<i>Mitsuhiro Matsubara</i> Lebenspartnerschaft: Schutz durch die Verfassung – Kommentar .....	239
Verzeichnis der Teilnehmerinnen und Teilnehmer .....	249

## Vorwort

Die japanische und die deutsche Rechtswissenschaft unterhalten traditionell sehr enge Kontakte. Deutsches Recht und deutsches Rechtsdenken genießen in Japan seit der Meiji-Restauration in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts hohes Ansehen und beachtliche Prägekraft.

Im Bereich des Verfassungsrechts stellt sich die Situation indes insoweit besonders dar, als mit der nach Ende des Zweiten Weltkriegs unter alliierter Besatzung 1946/47 zustande gekommenen Verfassung Verfassungsrecht und Verfassungsrechtsdenken sich stark am US-amerikanischen Vorbild (neu) ausrichteten. Sprechendster Beleg dafür ist die Entscheidung für eine in die ordentliche Gerichtsbarkeit integrierte Verfassungsgerichtsbarkeit, die – nach US-amerikanischem Vorbild – letztinstanzlich der Oberste Gerichtshof (最高裁判所, Saikō-Saibansho) ausübt. Folgerichtig bildet das US-amerikanische Verfassungsdenken nach wie vor die wichtigste Referenz auch für die japanische Verfassungsrechtswissenschaft. Es dürfte nicht zuletzt die Spruchfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts gewesen sein, die die nie ganz abgerissenen Kontaktfäden von japanischer und deutscher Staatsrechtslehre wieder haben tragfähiger und wirkmächtiger werden lassen, demonstrierte erstere doch die außerordentliche Leistungskraft und Erklärungsmacht der deutschen Verfassungsdogmatik und -theorie unter dem Grundgesetz. Man geht wohl nicht fehl mit der Aussage, dass seither deutsches Verfassungsdenken in Japan neben dem – schon vom positiven Verfassungsrecht nahegelegten – US-amerikanischen Verfassungsdenken deutlich an Bedeutung gewonnen hat. Sichtbarster Ausdruck dieses Bedeutungszuwachses sind Tätigkeit und Wichtigkeit, Sichtbarkeit und Wirksamkeit der im Jahre 1992 gegründeten „Forschungsgesellschaft für deutsches Verfassungsrecht“ (FdV) (ドイツ憲法判例研究会, Doitsu Kempō Hanrei Kenkyūkai), der aktuell mehr als 100 japanische Staatsrechtslehrerinnen und -lehrer angehören, die das Verfassungsrecht und das Verfassungsdenken unter dem Grundgesetz als zentrale Referenz der japanischen Verfassungsrechtswissenschaft betrachten und in zehn jährlichen Treffen pflegen.

Im beschleunigten, intensivierten und globalisierten Wettbewerb der (Verfassungs-)Rechtsordnungen und -konzeptionen nimmt Japan für die deutsche Staatsrechtslehre schon aufgrund des traditionsreichen Austausches eine Schlüsselrolle ein. Der Austausch ist zum einen förderlich, um die Bedingungen der Rezeption des eigenen (Verfassungs-)Rechts besser zu verstehen und Anregungen aus der Rezeption zu erhalten, in der dogmatische Fragen durch deren Dekontextualisierung noch einmal neu und zum Teil auch unbefangener betrachtet und diskutiert werden können, und zum anderen möglich, weil viele japanische Staatsrechts-

lehrerinnen und -lehrer deutsche Frage- und Denkweisen durch ihre Studien in Deutschland kennen und verstehen. Die Vertiefung des wissenschaftlichen Austausches mit Japan hat darüber hinaus Ausstrahlungswirkung in den gesamten asiatischen Raum. In China, Süd-Korea und Taiwan lässt sich eine beeindruckende Sekundärrezeption besonders auch des deutschen Öffentlichen Rechts beobachten, da diese Länder beim Aufbau rechtsstaatlicher Strukturen und Ansätze zum Teil auf das vom deutschen Recht stark beeinflusste japanische Recht zurückgreifen.

Der Vergleich deutschen und japanischen Verfassungsrechts und Verfassungsrechtsdenkens verspricht umso mehr Gewinn, als beide unter deutlich kontrastierenden Gesetzen antreten: Während das Grundgesetz aus dem Jahre 1949 bereits 60-mal Gegenstand von Verfassungsänderungsgesetzen war, in denen mehr als 200 Einzelbestimmungen thematisiert wurden, gilt die zwei Jahre ältere Verfassung Japans bis heute unverändert fort. Und während das Bundesverfassungsgericht als aktiv(istisch)es Verfassungsgericht zu charakterisieren ist, welches als selbstbewusstes Verfassungsorgan im – bisweilen konfrontativen – Dialog mit den anderen Verfassungsorganen steht, das Grundgesetz kreativ und kraftvoll zur Sprache bringt und den Gesetzgeber bereits mehr als 700-mal korrigiert hat (dabei sind die verfassungskonformen Gesetzesauslegungen noch nicht einmal mitgezählt), versteht sich der Oberste Gerichtshof stärker als Spitze der ordentlichen Gerichtsbarkeit; die Zahl der Gesetzesbeanstandungen bewegt sich derzeit noch im einstelligen Bereich. Vordergründig betrachtet ist das deutsche Verfassungsrecht auf beiden Ebenen – jener der Verfassungsänderung im engeren Sinne und jener der Konstitutionalisierung der Rechtsordnung durch Verfassungsrechtsprechung – weitaus dynamischer als das japanische. Doch auch in Japan zeigen sich – nach Art und Bedeutung unterschiedliche – Elemente und Kräfte einer Verfassungsentwicklung.

Vor diesem Hintergrund hat sich, älteren Vorbildern folgend,<sup>1</sup> eine Gruppe von annähernd 30 japanischen und deutschen Verfassungsrechtswissenschaftlerinnen und -wissenschaftlern gebildet, die in einem Zweijahres-Rhythmus ein Deutsch-Japanisches Verfassungsgespräch abhalten möchte. Das erste seiner Art fand an der Keio-Universität in Tokio vom 13. bis zum 17. September 2015 statt. An ihm nahmen 13 deutsche Staatsrechtslehrerinnen und -lehrer von 10 unterschiedlichen Rechtsfakultäten sowie 16 japanische Staatsrechtslehrerinnen und -lehrer von 11 über ganz Japan verstreuten Rechtsfakultäten teil. Die dort gehaltenen Referate zum Thema „Verfassungsentwicklung: Auslegung, Wandlung und Änderung der Verfassung“ sind nachfolgend dokumentiert. Das nächste Deutsch-Japanische Verfassungsgespräch wird im September 2017 in Deutschland stattfinden und sich der Frage des Verfassungswandels von einem stärker institutionellen Aspekt her

---

<sup>1</sup> Vgl. namentlich *Rainer Wahl* (Hrsg.), *Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation*. Vorträge bei deutsch-japanischen Symposien in Tokyo 2004 und Freiburg 2005, Berlin 2008.

nähern, wenn es die „Verfassungsentwicklung durch Verfassungsgerichte“ in den Fokus rückt.

Dank gebührt der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) und der Japan Society for the Promotion of Science (JSPS, 日本學術振興会), die das Treffen in Tokio ermöglicht haben. Herzlicher Dank sei aber auch gesagt den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Freiburger Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Rechtstheorie, die das Gros der redaktionellen Arbeit geleistet haben, und dem Verlag Mohr Siebeck in Gestalt von Herrn Dr. *Franz-Peter Gillig* und Frau *Ilse König*, denen die verlegerische Betreuung oblag.

Tokio und Freiburg i. Br., im Juli 2017

*Hidemi Suzuki* und *Matthias Jestaedt*



## Teil I

# Die Rolle von Verfassungsrecht



# Die Rolle von Verfassungsrecht – bei Rawls, Habermas und in Japan

*Toru Mori*

I. Verfassungsverständnis und die Offenheit der Verfassung gegenüber der Wirklichkeit .....	3
1. Einführung .....	3
2. Typisierung der Verfassungstheorien nach Uwe Volkmann .....	4
3. Herrschaftsbegründung und Herrschaftsbegrenzung .....	6
4. Gliederung des Referats .....	7
II. Das statische Verfassungsverständnis bei John Rawls .....	8
1. Die Grundfreiheiten .....	8
2. Constitutional Essentials .....	9
3. Verfassung als solide Basis legitimer Herrschaft .....	10
4. Kann eine Verfassung so sein? .....	12
III. Verfassung als Prozess und Projekt bei Jürgen Habermas .....	13
1. Gleichursprünglichkeit von politischer und privater Autonomie .....	13
2. Die Verfassung als Garant der Demokratie .....	14
3. Verfassung (auch) als Projekt .....	16
4. Darf eine Verfassung so sein? .....	17
IV. Substantielles und prozedurales Verfassungsverständnis in Japan .....	19
1. Verfassung als Ausdruck des Individualismus .....	19
2. Verfassung als Garant des offenen demokratischen Prozesses .....	20
3. Tendenzen der jüngeren OGH-Rechtsprechung (1): Betonung politischer Rechte .....	22
4. Tendenzen der jüngeren OGH-Rechtsprechung (2): die Achtung der Würde des Individuums und das Volk .....	24
V. Zusammenfassung .....	25

## I. Verfassungsverständnis und die Offenheit der Verfassung gegenüber der Wirklichkeit

### *1. Einführung*

Das Thema „Die Rolle von Verfassungsrecht“ ist sehr abstrakt und hat mich in Verlegenheit gebracht. Die Tatsache, dass mein Referat dem wissenschaftlichen Gespräch zum Thema „Verfassungsentwicklung“ zugerechnet wird, hilft mir dabei. Dabei handelt es sich um ein exemplarisches Problem des allgemeinen Spannungsverhältnisses von Sein und Sollen. Das Recht regelt als Norm die Wirklichkeit. Dazu

müssen die Rechtsnormen von den zu regelnden Tatsachen unabhängig sein. In der Realität aber kann sich die normative Kraft des Rechts dem Einfluss der Dynamik ihrer Umwelt nicht entziehen. Um normative Kraft entfalten zu können, muss das Recht auf die Veränderungen seiner Umwelt reagieren. Auf der einen Seite ist der Gesetzgeber herausgefordert, die Gesetze stets der gesellschaftlichen Entwicklung anzupassen. Wie sich auf der anderen Seite die Auslegung und Anwendung des gesetzten Rechts zum Wandel der Realitäten verhalten soll, stellt eines der wichtigsten Probleme der juristischen Methodenlehre dar.

Besonderer Untersuchung bedarf dabei die Frage, ob und inwiefern sich die Ergebnisse der allgemeinen (auf die Auslegung und Anwendung der einfachen formellen Gesetze konzentrierten) juristischen Methodenlehre auf das Verfassungsrecht übertragen lassen. Das Verfassungsrecht steht an der Spitze des Systems des positiven Rechts. Als Grundlage der Geltung aller übrigen Rechtsnormen sollten seine Inhalte wohl über größere Stabilität verfügen. Anzunehmen ist, dass gerade die Verfassung gegen Veränderungen der Wirklichkeit immun sein sollte, um die Normativität des Rechts zu wahren. Auf der anderen Seite wird auch immer wieder betont, dass gerade die Verfassung bzw. deren Auslegung und Anwendung für die Umwelt offen sein sollte. Eine Positionierung in dieser Frage hängt davon ab, wie die Rolle des Verfassungsrechts im Rechtssystem bestimmt wird.

## 2. Typisierung der Verfassungstheorien nach Uwe Volkmann

Mein Kommentator *Uwe Volkmann* hat in einem jüngeren Beitrag meisterhaft dargestellt, dass Verfassungstheorien oder Verfassungsverständnisse, die er als „Summe von Vorannahmen darüber, was die Verfassung ist, wozu sie da sein soll oder wie man sie anwendet“<sup>1</sup>, definiert, den Inhalt einer Verfassung bestimmen. Er hat dazu herausgearbeitet, wie im deutschsprachigen Rechtsraum vorherrschende Verfassungstheorien konkrete Verfassungsinterpretationen geleitet haben.<sup>2</sup> *Volkmann* hat der Untersuchung die folgenden vier Verfassungstheorien zugrunde gelegt: 1) Die *Schmittsche* Auffassung der „Verfassung als Entscheidung“<sup>3</sup>, 2) den Rechtspositivismus,<sup>4</sup> 3) die *Smendsche* Lehre von der „Verfassung als Integration“<sup>5</sup> und 4) das Denken der „Verfassung als Gerechtigkeitsordnung“<sup>6</sup>, d. h. eine materielle Ergänzung der Integrationslehre, die nach *Volkmann* „die Praxis der Verfassungsanwendung in der Bundesrepublik die letzten Jahre und Jahrzehnte mehrheitlich

<sup>1</sup> *Uwe Volkmann*, Rechts-Produktion oder: Wie die Theorie der Verfassung ihren Inhalt bestimmt, *Der Staat* 54 (2015), S. 35–62 (35).

<sup>2</sup> Vgl. *Volkmann*, Rechts-Produktion (Fn. 1), S. 58.

<sup>3</sup> Vgl. *Volkmann*, Rechts-Produktion (Fn. 1), S. 41 ff.

<sup>4</sup> *Volkmann* spricht von der „Theorie der Verfassung als Rechtsnorm“, vgl. *Volkmann*, Rechts-Produktion (Fn. 1), S. 45 ff.

<sup>5</sup> Vgl. *Volkmann*, Rechts-Produktion (Fn. 1), S. 50 ff.

<sup>6</sup> Vgl. *Volkmann*, Rechts-Produktion (Fn. 1), S. 54 ff.

bestimmt und geprägt hat“<sup>7</sup>. Dabei wird das Bundesverfassungsgericht als der Protagonist dieser Prägung identifiziert.<sup>8</sup>

*Volkman* weist darauf hin, dass die jeweilige Theorie auch bestimmt, ob die normativen Inhalte der Verfassung für die Wirklichkeit offen sein sollen. Nach den Theorien 1) und 2) wird der Inhalt der Verfassung mit der Entscheidung des Souveräns oder der Setzung als Norm festgelegt, der Wirklichkeitswandel darf danach auf die Interpretation des Verfassungsgesetzes keinen Einfluss haben. Im Gegensatz dazu fordern die Theorien 3) und 4) geradezu eine Öffnung der Interpretation für die Wirklichkeit. Die letzte Theorie führt insbesondere zu „eine[r] Öffnung zu den vorhandenen gesellschaftlichen Ordnungsvorstellungen und Wertüberzeugungen“<sup>9</sup>. Nach dieser Auffassung sind bei der Interpretation dann auch moralische Prinzipien zu berücksichtigen und ist eine „Ablösung vom Wortlaut“<sup>10</sup> gerechtfertigt.

Ich denke, dass damit zumindest aus wissenschaftlicher Perspektive auf die deutsche Verfassungslage über die Rolle des Verfassungsrechts im Spannungsverhältnis zwischen Normativität des Rechts und sich wandelnder Wirklichkeit alles gesagt ist.<sup>11</sup> Mir scheint aber auch, dass die von *Volkman* getroffene Wahl der Verfassungsverständnisse auf die großen Theoretiker der Weimarer Zeit und die eigentümlichen Tendenzen des Bundesverfassungsgerichts konzentriert ist. Sie spiegelt nicht unbedingt umfassend die im Umgang mit unterschiedlichen modernen Verfassungen wirksamen Verfassungsverständnisse wider.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> *Volkman*, Rechts-Produktion (Fn. 1), S. 58.

<sup>8</sup> Vgl. *Volkman*, Rechts-Produktion (Fn. 1), S. 58.

<sup>9</sup> *Volkman*, Rechts-Produktion (Fn. 1), S. 55.

<sup>10</sup> *Volkman*, Rechts-Produktion (Fn. 1), S. 57.

<sup>11</sup> Offen bleibt lediglich, wie diese Entwicklung der Praxis der Verfassungsinterpretation zu bewerten ist. *Volkman* enthält sich in seinem Beitrag einer externen Bewertung, weist in einem anderen Beitrag aber darauf hin, dass die Praxis „nicht mehr rückgängig zu machen“ sei: „Ein Zurück in den Zustand einer verlorenen Reinheit ist schon deshalb unrealistisch, und es erscheint als Alternative auch nicht einmal sonderlich attraktiv“ – *Uwe Volkman*, Der Aufstieg der Verfassung. Beobachtungen zum grundlegenden Wandel des Verfassungsbegriffs, in: Thomas Vesting/Stefan Koriath (Hrsg.), Der Eigenwert des Verfassungsrechts. Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?, Tübingen 2011, S. 23–40 (39). Diese Einschätzung scheint resignativ, entspricht jedoch der Sicht *Volkman*s auf die Rolle der Rechtswissenschaft, vgl. *Uwe Volkman*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 2013, S. 37 f.

<sup>12</sup> Das ist keine Kritik am Beitrag *Volkman*s. Ausdrücklich beschränkt er seine Darstellung auf „solche Theorien, die in unserem Verfassungsdiskurs [...] präsent sind“ – *Volkman*, Rechts-Produktion (Fn. 1), S. 40. In einem weiteren Beitrag zum Problemfeld untersucht er die Aufgaben der Verfassungsgerichtsbarkeit vor einem weiteren Horizont, wenngleich auch darin die bisherige Praxis des Bundesverfassungsgerichts die entscheidende Rolle spielt, vgl. *Uwe Volkman*, Bausteine zu einer demokratischen Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Michael Bäuerle/Philipp Dann/Astrid Wallrabenstein (Hrsg.), Demokratie-Perspektiven. Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag, Tübingen 2013, S. 119–140.

### 3. Herrschaftsbegründung und Herrschaftsbegrenzung

Die Eigenart der Verfassung im Sinne des modernen Verfassungsstaats ist exemplarisch ausgedrückt in Art. 16 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789: „Eine Gesellschaft, in der die Verbürgung des Rechts nicht gesichert und die Gewaltenteilung nicht festgelegt ist, hat keine Verfassung.“ Nach *Horst Dreier* „[gewinnt hier d]er konstruktiv-analytische Individualismus des rationalen Naturrechts [...] staatskonstitutive Funktion“<sup>13</sup>. Wir brauchen die Verfassung, um die staatliche Herrschaft um der Freiheit des Einzelnen willen zu disziplinieren.

Gleichzeitig begründet und legitimiert aber die Verfassung auch die staatliche Herrschaft selbst erst als „von gleichberechtigten Einzelnen ausgehendes [...] Herrschaftssystem“. Danach hat das Volk keine verschiedenen Stände, sondern besteht aus freien und gleichen Individuen. Es ist als solches der Souverän im Staat. Nach *Hasso Hofmann* suggeriert der Begriff der Verfassung „die ursprüngliche Koinzidenz von individueller und kollektiver Selbstbestimmung“<sup>14</sup>. Die modernen Verfassungen könnten sodann danach klassifiziert werden, auf welche Form der Selbstbestimmung sie das größere Gewicht legen: Auf die Form der Grundrechte, d. h. den Schutz substanzialer Rechtsgüter, oder auf die Form politischer Teilhaberechte, d. h. den demokratischen Prozess.

Mit Blick auf die Diskussion über die Europäische Verfassung hat *Christoph Möllers* im historischen Ländervergleich zwei Verfassungstypen unterschieden. In der französisch-amerikanischen Tradition zeige sich der herrschaftsbegründende Typ der Verfassung, mit der revolutionär eine neue Ordnung mit der neuen Idee der individuellen Freiheit begründet wird. In Verfassungen dieses Typs spiele die demokratische Teilhabe der Individuen eine besondere Rolle. In den Traditionen Englands und Deutschlands weist *Möllers* hingegen die Vorrangigkeit der herrschaftsbegrenzenden Funktion der Verfassung nach. Hier gebe es „keine verfassungseigene Demokratietheorie“<sup>15</sup>, stattdessen spiele der gerichtliche Rechtsschutz eine wichtigere Rolle.<sup>16</sup>

Diese Typisierung weist zwar Bezüge zu meinem hiesigen Erkenntnisinteresse auf. Sie begegnet aber nicht genau der Aufgabe, die Inhalte tatsächlich geltender

<sup>13</sup> Zwei Zitate: *Horst Dreier*, Verfassung, in: ders., Idee und Gestalt des freiheitlichen Verfassungsstaates, Tübingen 2014, S. 3–22 (5, 6).

<sup>14</sup> Zwei Zitate: *Hasso Hofmann*, Zu Entstehung, Entwicklung und Krise des Verfassungsbegriffs, in: Alexander Blankenagel/Ingolf Pernice/Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt. Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2004, S. 157–172 (159 f.).

<sup>15</sup> *Christoph Möllers*, Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2009, S. 227–277 (235).

<sup>16</sup> Zur Typeneinteilung vgl. *Möllers*, Verfassungsgebende Gewalt (Fn. 15), S. 229 ff.

moderner Verfassungen heute überzeugend differenzierend zu beschreiben.<sup>17</sup> Zunächst gibt es in den Verfassungstraditionen von Frankreich und den USA große Unterschiede, wie etwa die Geschichte der Verfassungsgerichtsbarkeiten zeigt. Vor allem aber können wir in der Gegenwart keine Legitimation politischer Herrschaft außerhalb der Verfassung anerkennen.<sup>18</sup> Auch die moderne Idee der Menschenrechte zählt nunmehr als Grundrecht in der Verfassung. Es ist daher nicht ratsam, das überkommene deutsch-englische Verfassungsverständnis als einen selbständigen Typus zu behandeln. Denn beispielsweise Deutschland ist schon mit der Weimarer Verfassung vom „deutschen“ Typ abgewichen, wenngleich dessen Tradition im „typisch deutschen“ Respekt vor der Gerichtsbarkeit noch spürbar sein dürfte.

#### 4. Gliederung des Referats

Wir müssen also voraussetzen, dass Verfassung Herrschaft zugleich begründet und begrenzt. Vor diesem Hintergrund versuche ich aber gleichwohl zwei Typen von Verfassungsverständnissen zu unterscheiden: 1) ein liberales Verständnis, das den Schutz der Freiheit des Einzelnen betont und das ich im politischen Liberalismus *John Rawls'* durchdacht sehe, und 2) ein Verständnis, das den demokratischen Meinungs- und Willensbildungsprozess ins Zentrum stellt und das ich am Beispiel der Theorie des demokratischen Rechtsstaats bei *Jürgen Habermas* erläutern werde. *Rawls* und *Habermas* schreiben in ihren Rechtsphilosophien bzw. politischen Theorien der Verfassung eine bestimmte Aufgabe zu. Es ist zu fragen, welche Implikationen diese Zuschreibungen für die hier zu behandelnde Frage, also die Bestimmung der Rolle der Verfassung im Spannungsverhältnis mit der Wirklichkeit, haben. In den nachfolgenden zwei Teilen meines Vortrags werde ich daher die Verfassungstheorien bei *John Rawls* und *Jürgen Habermas* daraufhin untersuchen und miteinander vergleichen. Wie *Habermas* in der Auseinandersetzung mit *Rawls* bemerkte, bleiben die Unterschiede zwischen beiden „in den engen Grenzen eines Familienstreits“<sup>19</sup>. Anzumerken ist auch, dass sich der Rahmen der möglichen Inhalte von Verfassungen, die für eine differenzierende Analyse in Frage kommen, ohnehin verengt hat, was wir als glückliches Ergebnis der Evolution des Rechts hinnehmen sollten. Gleichwohl erhoffe ich mir einige weiterführende Ergebnisse aus dem Vergleich der Theorien dieser beiden wichtigen Denker.

---

<sup>17</sup> Möllers vergisst dann auch nicht, zu bemerken, dass die von ihm beschriebenen Typen „in keinem systematischen Widerspruch zueinander“ stehen und dass die realen Verfassungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union immer Elemente beider Typen enthalten. Zudem könnten „Rechtsform und demokratische Rechtserzeugung sich wechselseitig verstärken“ – zwei Zitate: Möllers, *Verfassungsgebende Gewalt* (Fn. 15), S. 238 und 239.

<sup>18</sup> Vgl. *Volkmann*, *Grundzüge* (Fn. 11), S. 18.

<sup>19</sup> *Jürgen Habermas*, *Versöhnung durch öffentlichen Vernunftgebrauch*, in: ders., *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt am Main 1996, S. 65–94 (65).

Anschließend und auf Grundlage des zuvor vorgenommenen Theorievergleichs analysiere ich das in Japan vorherrschende Verfassungsverständnis. Auch hier können wir sowohl in der Verfassungsrechtswissenschaft als auch in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (OGH) Elemente beider Typen nachweisen. Ich werde aktuellen Tendenzen nachspüren und Vermutungen über ihre Konsequenzen für die Offenheit der Verfassungsinterpretation gegenüber dem Wandel der Wirklichkeit anstellen.

## II. Das statische Verfassungsverständnis bei John Rawls

### 1. Die Grundfreiheiten

John Rawls leitet aus dem Gedankenexperiment eines Urzustands (*original position*) zwei Prinzipien der Gerechtigkeit ab. Die in seinem Buch *Political Liberalism* formulierte Fassung dieser Prinzipien lautet:

„a. Each person has an equal right to a fully adequate scheme of equal basic liberties which is compatible with a similar scheme of liberties for all.

b. Social and economic inequalities are to satisfy two conditions. First, they must be attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity; and second, they must be to the greatest benefit of the least advantaged members of society.“<sup>20</sup>

Die beiden Prinzipien werden einander nach der lexical order zugeordnet, d. h. das Erfordernis der Erfüllung des ersten Prinzips hat absoluten Vorrang vor dem zweiten.<sup>21</sup>

Ich untersuche an dieser Stelle nicht die Angemessenheit dieser Prinzipien als Kriterien der Gerechtigkeit. Vielmehr interessiere ich mich für die Elemente der Grundfreiheiten (*basic liberties*), die nach dem ersten Prinzip für alle garantiert werden sollen und dafür, wie die Prinzipien der Gerechtigkeit rechtlich institutionalisiert werden können.

Merkwürdigerweise begründet Rawls in *A Theory of Justice* seine Auswahl der Grundfreiheiten nicht systematisch,<sup>22</sup> obwohl er die Bedeutung einiger wichtiger Freiheitsrechte ausführlich darstellt.<sup>23</sup> Um auf derartige Kritik zu reagieren, führt Rawls in *Political Liberalism* die Annahme zweier moralischer Kräfte (two moral powers) einer Person ein, nämlich einerseits die Fähigkeit, einen Gerechtigkeits-sinn auszubilden, und andererseits die Fähigkeit, sich eine Konzeption des Guten zu entwerfen. Rawls setzt somit einen Begriff der Person voraus, der die Annahme

<sup>20</sup> John Rawls, *Political Liberalism*, erweiterte Aufl., New York 2005, S. 291.

<sup>21</sup> Vgl. John Rawls, *A Theory of Justice*, durchgesehene Aufl., Cambridge (Massachusetts) 1999, S. 37–39, 220.

<sup>22</sup> Vgl. dazu Rawls, *Theory* (Fn. 21), S. 54.

<sup>23</sup> Vgl. Rawls, *Theory* (Fn. 21), S. 180 ff.

personaler Fähigkeiten beinhaltet, sich Gedanken zum gerechten Zusammenleben zu machen und eine eigene Konzeption des guten Lebens zu entwickeln.<sup>24</sup> Aus der ersten Fähigkeit folgt dabei „some form of representative democratic regime and the requisite protections for the freedom of political speech and press, freedom of assembly, and the like“<sup>25</sup>. Die zweite Kraft erfordert den Schutz der Gewissens- und Vereinigungsfreiheit. Als diese Freiheiten unterstützende Rechte führt *Rawls* auch die Integrität der Person und die „rule of law“ (hauptsächlich den Schutz durch ein faires Gerichtsverfahren) ein.<sup>26</sup> Außerdem erkennt er das Recht auf persönliches Eigentum als materielle Basis für die Verwirklichung der beiden moralischen Kräfte an, obwohl er zugleich ein Eigentumsrecht an Produktionsmitteln von den Grundfreiheiten ausschließt.<sup>27</sup> Das erste Prinzip der Gerechtigkeit enthält also einen großen Teil der klassischen Freiheitsrechte, aber eben auch nur solche.

## 2. *Constitutional Essentials*

Der Vorrang des ersten Prinzips spiegelt sich bei der rechtlichen Institutionalisierung der beiden Prinzipien der Gerechtigkeit darin wider, dass es, um die gerechte politische Ordnung zu stabilisieren, in der Verfassung konkretisiert werden muss. Dagegen soll das zweite Prinzip, das hauptsächlich die Wirtschafts- und Sozialpolitik betrifft, auf der Ebene der Gesetzgebung umgesetzt werden.<sup>28</sup>

Diese klare Rollenverteilung zwischen Verfassung und einfachem Gesetz wird allerdings in *Political Liberalism* mit dem dort erstmals eingeführten Begriff der *constitutional essentials* etwas aufgeweicht. Denn nach *Rawls* erschöpfen sich die *constitutional essentials*, d. h. die wesentlichen und notwendigen Elemente einer Verfassung, nicht in der rechtlichen Institutionalisierung des ersten Prinzips. Außer den Grundfreiheiten gehören auch die Freizügigkeit und die freie Berufswahl sowie „a social minimum providing for the basic needs of all citizens“<sup>29</sup> zu den *constitutional essentials*. Sie müssen also in der Verfassung garantiert werden.<sup>30</sup> Die Verfassung soll danach ein soziales Grundrecht auf Sicherung des Existenzminimums enthalten.

Ich vermute, dass diese Erweiterung der Rolle der Verfassung bei *Rawls* mit einem Perspektivwechsel weg von der Frage nach der Gerechtigkeit als solcher hin zu der Frage nach der Legitimität politischer Herrschaft zusammenhängt. In seinem

<sup>24</sup> Vgl. *Rawls*, *Liberalism* (Fn. 20), S. 310 ff.

<sup>25</sup> *Rawls*, *Liberalism* (Fn. 20), S. 335.

<sup>26</sup> Vgl. *Rawls*, *Liberalism* (Fn. 20), S. 334 f.

<sup>27</sup> Vgl. *Rawls*, *Liberalism* (Fn. 20), S. 298, 338 f.

<sup>28</sup> Vgl. *Rawls*, *Theory* (Fn. 21), S. 174 f.

<sup>29</sup> *Rawls*, *Liberalism* (Fn. 20), S. 228.

<sup>30</sup> Vgl. zum Ganzen *Rawls*, *Liberalism* (Fn. 20), S. 228 f. Auch *Robert Alexy* hat an der Diskrepanz zwischen der Auswahl der Grundfreiheiten und der Reichweite der *constitutional essentials* Zweifel angemeldet und eine inhaltliche Ergänzung des ersten Prinzips gefordert, vgl. *Robert Alexy*, *John Rawls' Theorie der Grundfreiheiten*, in: *Wilfried Hinsch* (Hrsg.), *Zur Idee des politischen Liberalismus. John Rawls in der Diskussion*, Frankfurt am Main 1997, S. 263–303 (302 f., Anm. 158).

älteren Werk ging es Rawls um die Frage, wie die Gerechtigkeitsprinzipien rechtlich institutionalisiert werden können. In *Political Liberalism* behandelt er davon unabhängig das Problem, unter welchen Bedingungen die Ausübung staatlichen Zwangs gerechtfertigt ist. Dort führt er aus:

„[O]ur exercise of political power is fully proper only when it is exercised in accordance with a constitution the essentials of which all citizens as free and equal may reasonably be expected to endorse in the light of principles and ideals acceptable to their common human reason. This is the liberal principle of legitimacy.“<sup>31</sup>

Die Gesetze, die das zweite Prinzip der Gerechtigkeit nicht erfüllen und deswegen nicht gerecht sein können, sind trotzdem rechtlich anwendbar und legitim, wenn und soweit sie verfassungsgemäß sind und die Verfassung die notwendigen *essentials* enthält.<sup>32</sup> Rawls denkt jedoch, dass dazu die Erfüllung des ersten Prinzips der Gerechtigkeit nicht ausreicht und dass die notwendigen Inhalte in der Verfassung zu ergänzen seien. Er erwartet auch, dass eine entsprechende inhaltliche Anreicherung der Verfassung aus Legitimitätsgründen von allen akzeptiert würde. Andererseits verzichtet er auf weitere Ergänzungen seiner Forderung, weil sich insbesondere im Bereich der Wirtschafts- und Sozialpolitik auch vernünftige Personen fast nie auf ihre Implikationen für Gerechtigkeit einigen könnten. Die Begünstigung kontroverser Streitigkeiten über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen würde vielmehr zu Legitimitätseinbußen seitens der Verfassung führen.<sup>33</sup> Die inhaltliche Beschränkung der *constitutional essentials* schließt letztlich andere normative Ansprüche von der Verfassungsebene aus.

### 3. Verfassung als solide Basis legitimer Herrschaft

Gegen die Rawlssche Gerechtigkeitstheorie wird häufig ein „Demokratiedefizit“ geltend gemacht. Zwar verteidigt Rawls den demokratischen Prozess als ein Element des ersten Prinzips der Gerechtigkeit. Dieser Prozess ist bei ihm aber eben ein Instrument der Verwirklichung der Gerechtigkeit und damit final determiniert. Rawls lässt keinen Zweifel daran, dass die Gesetzgebung eigentlich *seinen* Gerechtigkeitsprinzipien folgen müsse. Die konstitutionelle Demokratie sei „one of imperfect procedural justice“<sup>34</sup>, d. h. sie sei gerechtfertigt, weil sie nicht immer,

<sup>31</sup> Rawls, *Liberalism* (Fn. 20), S. 137. Auch in *Political Liberalism* bleiben aber Gedanken aus *A Theory of Justice* erhalten, z. B. wenn Rawls dort die Rolle der Verfassung bei der Institutionalisierung der Gerechtigkeit beschreibt, vgl. Rawls, *Liberalism* (Fn. 20), S. 336–339.

<sup>32</sup> Allerdings müssen die Gesetze, die grundlegende Gerechtigkeitsfragen betreffen, auch im Wege des öffentlichen Vernunftgebrauchs gerechtfertigt werden, vgl. Rawls, *Liberalism* (Fn. 20), S. 137 f.

<sup>33</sup> Vgl. Rawls, *Liberalism* (Fn. 20), S. 229 f.; dazu auch Frank I. Michelman, Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law, in: Samuel Freeman (Hrsg.), *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge 2003, S. 394–425 (403 ff.); Lawrence G. Sager, *The Why of Constitutional Essentials*, *Fordham Law Review* 72 (2004), S. 1421–1433 (1430 ff.).

<sup>34</sup> Rawls, *Theory* (Fn. 21), S. 173.

aber meistens die von ihr unabhängig definierten Kriterien erfülle.<sup>35</sup> Der Wert der Demokratie als solcher erscheint hier vernachlässigt. Habermas schreibt dazu, „[d]ie Art von politischer Autonomie, der im Urzustand, also auf der ersten Stufe der Theoriebildung ein virtuelles Leben beschieden ist, kann sich im Herzen der rechtlich konstituierten Gesellschaft nicht verstetigen. [...] So nimmt die Theorie den Bürgern zu viele von jenen Einsichten ab, die sie sich doch in jeder Generation von neuem zu eigen machen müßten.“<sup>36</sup>

Gerade in diesem Sinne können wir Rawls einen Liberalisten nennen. Er legt Wert auf die Begrenzung der Staatsgewalt. Nach ihm liegt die Aufgabe der Verfassung hauptsächlich darin, mit der inhaltlichen Beschränkung der Staatsgewalt deren Legitimität zu sichern.<sup>37</sup> Dazu strebt er einen möglichst weiten Konsens sowohl über die normativen Anforderungen an die Verfassung als auch über die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit sonstigen staatlichen Handelns an. Die Verfassung soll als solide Basis einer legitimen Herrschaft funktionieren. In der Wirtschafts- und Sozialpolitik müssen stetig eine Vielzahl neuer Informationen verarbeitet werden, was einen Konsens über die Folgen dieser Dynamik für die Fragen der Gerechtigkeit erschwert oder sogar ausschließt. Nach Rawls ist das der Grund für die Disqualifikation wirtschafts- und sozialrechtlicher Regelungen als Verfassungsinhalte.

Rawls zählt zwar auch das Recht auf Gewährleistung des Existenzminimums zu den *constitutional essentials*. Er setzt jedoch voraus, dass Beschränkungen dieses Rechts einfach und allgemein identifizierbar sind.<sup>38</sup> Wenn er außerdem gleiche Grundfreiheiten für alle fordert, meint er eine nicht nur formell, sondern auch materiell gleiche Verteilung der Rechte. Die Möglichkeiten der Wahrnehmung der Rechte soll also für alle fair und gleichwertig gewährleistet werden. Dazu soll auch ein unverhältnismäßig großer politischer Einfluss wirtschaftlich starker Finanzkräfte durch eine Reihe von Maßnahmen verhindert werden.<sup>39</sup> Man darf bezweifeln, ob bei solchen Regelungen die Fragen der Verfassungsmäßigkeit entsprechender Staatsakte klar und einfach zu entscheiden sind. Rawls selbst scheint die Schwierigkeiten gering einzuschätzen unter der Voraussetzung, dass den Fakten mit dem (möglichen) Gerechtigkeitssinn begegnet wird.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> Vgl. Rawls, *Theory* (Fn. 21), S. 173 f.

<sup>36</sup> Habermas, *Versöhnung* (Fn. 19), S. 89; vgl. auch Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge 1999, S. 70–73; Hauke Brunkhorst, Rawls and Habermas, in: René von Schomberg/Kenneth Baynes (Hrsg.), *Discourse and Democracy. Essays on Habermas's Between Facts and Norms*, New York 2002, S. 153–163 (155 ff.); Ingeborg Maus, *Über Volkssouveränität. Elemente einer Demokratietheorie*, Frankfurt am Main 2011, S. 178 ff.

<sup>37</sup> Vgl. Rainer Forst, *Kontexte der Gerechtigkeit. Politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus*, Frankfurt am Main 1994, S. 156 f.

<sup>38</sup> Vgl. John Rawls, *Justice as Fairness. A Restatement*, Cambridge (Massachusetts) 2001, S. 162.

<sup>39</sup> Vgl. Rawls, *Theory* (Fn. 21), S. 197–199; *ders.*, *Liberalism* (Fn. 20), S. 324–331.

<sup>40</sup> Frank I. Michelman stützt diese Interpretation, vgl. Michelman, Rawls (Fn. 33), S. 406 f. An anderer Stelle vermutet er indes, dass die Ansicht Rawls' eigentlich keine Faktanaussage darstelle,

#### 4. Kann eine Verfassung so sein?

In der Vorstellung *Rawls'* präsentiert sich die Verfassung jedenfalls als resistent gegen die Dynamik der Wirklichkeit. Man könnte sagen, die *Rawlssche* Verfassung entzieht sich einer Debatte über sich selbst.<sup>41</sup> Wenn die Verfassung die Funktion der inhaltlichen Begrenzung der Staatsgewalt erfüllen soll, muss ihr Gehalt stabil bleiben.

Ich befürchte aber, wie bereits angedeutet, dass diese Hoffnung auf Klarheit und Stabilität sich angesichts der Praxis einer Verfassungsgerichtsbarkeit als Utopie erweisen muss. Wir wissen, dass selbst bei der Auslegung und Anwendung klassischer Freiheitsrechte die Ansichten über Inhalt und Folgen dieser Rechte auch unter den Juristen einer Rechtsgemeinschaft sehr stark differieren. Andererseits zeigt gerade diese Praxis, dass die Legitimität einer Verfassung und auch der einfachen Gesetze auch dann gesichert sein kann, wenn es einen Konsens über deren Bedeutung im Einzelfall nicht gibt. Ausreichend erscheint eine lediglich grundsätzliche Übereinstimmung. Vor diesem Hintergrund erscheint die starke Forderung *Rawls'* nach der Konsensfähigkeit einer Verfassung als zu weitgehend.

Wenn die Verfassung als Gewährleistung substanzieller Prinzipien verstanden wird, muss ihre Verwirklichung m. E. notwendig mit den Bedingungen, die die Wirklichkeit bereithält, in Konflikt treten. Außerdem deutet die nur unzureichend begründete Auswahl der zu den *constitutional essentials* zählenden Positionen an, dass es keinen klaren und stabilen Maßstab dafür gibt, welche normativen Mindestinhalte die Legitimität politischer Herrschaft gewährleisten können. Daraus müsste grundsätzlich die Forderung nach einer weitergehenden Öffnung einer Verfassung für den politischen Wandel und die freien Überzeugungen der Bürger folgen. *Rawls* aber versucht gerade diese Konsequenz zu vermeiden. Fragwürdig bleibt, ob ihm das gelungen und ob es überhaupt wünschenswert ist. Die verfassungsrechtliche Praxis vieler Staaten jedenfalls zeigt, dass die Verfassungen es vertragen, zum Gegenstand einer offenen politischen Diskussion zu werden.

---

sondern selbst auf einer Abwägung der Unbestimmtheit dieser Regelungen mit deren Notwendigkeit aus der Legitimitätsperspektive beruhe, vgl. *Frank I. Michelman*, Justice as Fairness, Legitimacy, and the Question of Judicial Review, *Fordham Law Review* 72 (2004), S. 1407–1420 (1418).

<sup>41</sup> Natürlich kennt auch *Rawls* das Phänomen politisch motivierter Verfassungsänderungen gerade auf Initiative der Bürger. Er betont aber auch in Bezug auf derartiges politisches Engagement die freiheitssichernde Funktion der Verfassung, vgl. *Rawls*, *Liberalism* (Fn. 20), S. 401f.

### III. Verfassung als Prozess und Projekt bei Jürgen Habermas

#### 1. Gleichursprünglichkeit von politischer und privater Autonomie

Jürgen Habermas versucht, die Grundstruktur des demokratischen Rechtsstaats mit der „Verschränkung von Diskursprinzip und Rechtsform“<sup>42</sup> zu erläutern. Eine der Hauptthesen seiner Theorie ist die der „Gleichursprünglichkeit von politischer und privater Autonomie“<sup>43</sup>. Die Freiheit der Selbstbestimmung der Einzelnen und die demokratische Herrschaft seien im Rechtssystem aufeinander angewiesen. Während Rawls aus den beiden moralischen Kräften der Person jeweils getrennt entsprechende Grundfreiheiten ableitet, verbindet Habermas also die beiden Dimensionen moderner Rechtssubjektivität miteinander und kann so, wie ich im Folgenden darstellen werde, vermeiden, eine Liste material definierter Grundfreiheiten aufzustellen.

Wenn die Bürger ihr Zusammenleben mit den Mitteln des positiven Rechts legitim regeln wollen, dann müssen sie sich im Rechtssystem gegenseitig subjektive Rechte einräumen. Was Inhalt dieser Rechte im Einzelnen ist, das allerdings muss selbst erst in einem schon rechtlich institutionalisierten demokratischen Prozess der politischen Willensbildung entschieden werden. Dieser Prozess setzt auf der einen Seite die subjektive Freiheit seiner Teilnehmer voraus, ohne die die Demokratie ihre Legitimität verlieren würde. Andererseits kann der Gehalt dieser Freiheit nicht von außerhalb des Prozesses durch die Theoretiker bestimmt werden. Die Bürger können sich nur dann als Rechtssubjekte verstehen, wenn sie sich als Autoren ihrer Rechte verstehen können und somit „die politischen Grundrechte auf Teilnahme an den Meinungs- und Willensbildungsprozessen des Gesetzgebers“<sup>44</sup> genießen.<sup>45</sup>

In diesem „Kreisprozeß“<sup>46</sup>, mit dem nach Habermas „das Paradox der Entstehung von Legitimität aus Legalität auf[zulösen“<sup>47</sup> ist, hat aber als positives Recht die Praxis der politischen Autonomie den Vorrang. Die Freiheitsrechte, die die Einrichtung des Rechtscodes notwendig impliziert, sind „bloße Rechtsprinzipien“<sup>48</sup>. Habermas selbst schreibt, „diese Rechte sind notwendige Bedingungen, die die Ausübung politischer Autonomie erst ermöglichen; als ermöglichende Bedingungen können sie die Souveränität des Gesetzgebers, obwohl sie diesem nicht zur Disposition stehen, nicht einschränken“<sup>49</sup>. Außerdem versteht Habermas die private Auto-

<sup>42</sup> Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats (im Folgenden: FuG), 5. Aufl., Frankfurt am Main 2014, S. 154.

<sup>43</sup> Habermas, FuG (Fn. 42), S. 161.

<sup>44</sup> Habermas, FuG (Fn. 42), S. 160.

<sup>45</sup> Vgl. zum Ganzen Habermas, FuG (Fn. 42), S. 151–160.

<sup>46</sup> Habermas, FuG (Fn. 42), S. 155.

<sup>47</sup> Habermas, FuG (Fn. 42), S. 157.

<sup>48</sup> Maus, Volkssouveränität (Fn. 36), S. 228; vgl. auch Joshua Cohen, Reflections on Habermas on Democracy, Ratio Juris 12 (1999), S. 385–416 (393 ff.).

<sup>49</sup> Habermas, FuG (Fn. 42), S. 162.

## Verzeichnis der Teilnehmerinnen und Teilnehmer

- Gabriele Britz*, geb. 1968, seit 2001 Professorin an der Justus-Liebig-Universität Gießen, seit 2011 Richterin des Bundesverfassungsgerichts (Erster Senat).
- Christian Bumke*, geb. 1963, seit 2005 Professor an der Bucerius Law School, Hamburg.
- Matthias Cornils*, geb. 1965, seit 2008 Professor an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz.
- Tsuyoshi Hatajiri*, geb. 1950, 1984–2004 Professor an der Josai-Universität, Saitama, seit 2004 Professor an der Chuo-Universität, Tokio.
- Tomonobu Hayashi*, geb. 1974, 2000–2003 Professor an der Universität Hokkaido, seit 2003 Professor an der Universität Tokio.
- Christian Hillgruber*, geb. 1963, 1998 Professor an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1998–2002 Professor an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, seit 2002 Professor an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.
- Osamu Ishimura*, geb. 1946, seit 1978 Professor an der Senshu-Universität, Tokio.
- Matthias Jestaedt*, geb. 1961, 2002–2011 Professor an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, seit 2011 Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.
- Anna-Bettina Kaiser*, geb. 1976, 2010–2014 Juniorprofessorin an der Humboldt-Universität zu Berlin, seit 2014 Professorin ebendort.
- Nobuhiko Kawamata*, geb. 1959, 1994–1999 Professor an der Joshibi-Universität, Kanagawa, 1999–2004 Professor an der Sieboldt-Universität, Nagasaki, 2004–2008 Professor an der Nihon-Universität, Tokio, seit 2008 Professor an der Universität Saitama.
- Go Koyama*, geb. 1960, 1990–1993 Professor an der präfektorellen Frauenkurzhochschule Aichi, 1993–2002 Professor an der Meijo-Universität, Nagoya, seit 2002 Professor an der Keio-Universität, Tokio.
- Oliver Lepsius*, geb. 1964, 2001–2002 Professor an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, seit 2002 Professor an der Universität Bayreuth.
- Mitsuhiro Matsubara*, geb. 1964, seit 1997 Professor an der Chuo-Universität, Tokio.
- Kazuhiko Matsumoto*, geb. 1964, 1996–1998 Professor an der Osaka Gakuin-Universität, seit 1998 Professor an der Universität Osaka.
- Motoi Miyaji*, geb. 1960, 1990–1993 Professor an der Universität Kobe, seit 1993 Professor an der Meiji Gakuin-Universität, Tokio.
- Yuhiko Miyake*, geb. 1969, seit 2002 Professor an der Universität Saitama.
- Toru Mori*, geb. 1967, seit 2001 Professor an der Universität Kyoto.

- Martin Nettesheim*, geb. 1964, seit 2000 Professor an der Eberhard Karls Universität Tübingen.
- Yumiko Nakanishi*, geb. 1969, 2000–2012 Professorin an der Senshu-Universität, Tokio, seit 2012 Professorin an der Hitotsubashi-Universität, Tokio.
- Hiroshi Nishihara*, geb. 1958, seit 1992 Professor an der Waseda-Universität, Tokio.
- Ralf Poscher*, geb. 1962, 2003–2009 Professor an der Ruhr-Universität Bochum, seit 2009 Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.
- Matthias Ruffert*, geb. 1966, 2002–2016 Professor an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, seit 2016 Professor an der Humboldt-Universität zu Berlin.
- Christoph Schönberger*, geb. 1966, seit 2006 Professor an der Universität Konstanz.
- Hidemi Suzuki*, geb. 1959, 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.
- Atsushi Takada*, geb. 1960, 1992–1998 Professor an der Universität Hiroshima, 1998–2004 Professor an der Universität Kyoto, seit 2004 Professor an der Universität Osaka.
- Yuki Tamamushi*, geb. 1970, 1999–2005 Professor an der Sendai Shirayuri-Frauenhochschule, Miyagi, 2005–2015 Professor an der Universität Fukuoka, seit 2015 Professor an der Nihon-Universität, Tokio.
- Koji Tonami*, geb. 1947, 1978–1982 Professor an der Nihon-Universität, Tokio, 1982–1996 Professor an der Universität Tsukuba, seit 1996 Professor an der Waseda-Universität, Tokio.
- Uwe Volkmann*, geb. 1960, 1999–2015 Professor an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz, seit 2015 Professor an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt a. M.
- Christian Waldhoff*, geb. 1965, 2003–2012 Professor an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, seit 2012 Professor an der Humboldt-Universität zu Berlin.