

Zur Nützlichkeit der Urteilsverfassungsbeschwerde

*Eine rechtsvergleichende Betrachtung
u.a. aus koreanischer Perspektive*

Kwang-hyun Chung

Hamkemannunbi

ISBN 978-89-969192-0-9

© 2012 Verlag Hamkemannunbi, Seoul, Korea

E-mail : jycnm@jycnm.com

Der Text ist im Internet über <http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/8649/> abrufbar.

Zur Nützlichkeit der Urteilsverfassungsbeschwerde

***– Eine rechtsvergleichende Betrachtung
u.a. aus koreanischer Perspektive –***

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

vorgelegt von

정광현 [Chung, Kwang-hyun]

aus Seoul, Korea

Dekan: **Prof. Dr. Sebastian Krebber**

Erstberichterstatter: **Prof. Dr. Thomas Würtenberger**

Zweitberichterstatter: **Prof. Dr. Matthias Jestaedt**

Tag der mündlichen Prüfung: **15. Mai 2012**

Dissertationsort/Erscheinungsjahr: **Freiburg im Breisgau 2012**

Vorwort

Nach derzeitiger Rechtslage gibt es in Korea nicht die Möglichkeit, gegen Gerichtsentscheidungen eine Verfassungsbeschwerde zu erheben. Dies hat mich als ehemaligen wissenschaftlichen Mitarbeiter am koreanischen Verfassungsgericht veranlasst, mich mit dem Institut der „Urteilsverfassungsbeschwerde“, wie es sich in Deutschland entwickelt hat, auseinanderzusetzen.

Die von Prof. Dr. Thomas Würtenberger betreute Arbeit zu dem überwiegend rechtspolitischen Thema „Nützlichkeit der Urteilsverfassungsbeschwerde“ wurde im Sommersemester 2012 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen.

Für seine wertvollen Anregungen und die wissenschaftliche Begleitung meiner Dissertation möchte ich meinem Doktorvater ganz herzlich danken. Mein bester Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Matthias Jestaedt für sein ausführliches Zweitgutachten. Zu danken ist ferner den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern am Institut für Öffentliches Recht, die immer sehr hilfsbereit gewesen sind.

Sehr dankbar bin ich schließlich meinen Eltern, Schwiegereltern, meiner Frau und meinen Kindern für ihre liebevolle Unterstützung während meines Studiums in Deutschland. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Seoul, im Sommer 2012

Kwang-hyun Chung

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
A. Das Thema dieser Untersuchung	1
B. Der Gang der Untersuchung	11

Erster Teil

Zuteilung der Normenkontrollkompetenz

A. Typen der gerichtlichen Normenkontrolle	13
I. Das Problem der Terminologie	13
1. Zwei Begriffspaare	13
2. Die der Terminologie zugrunde liegende Perspektive	14
a) Beim Begriffspaar „Einheits-/Trennungsmodell“	14
b) Beim Begriffspaar „diffuses/konzentriertes System“	15
3. Die Kompatibilität der beiden Perspektiven	15
4. Stellungnahme	16
II. Die Beziehungen zwischen dem Typ der Normenkontrolle und der Rechtskultur	18
1. Fragestellung	18
2. Das Fehlen des <i>stare-decisis</i> -Prinzips	19
a) Die Bedeutung des <i>stare-decisis</i> -Prinzips	19
b) Die These von <i>Cappelletti</i>	20
c) Das <i>stare-decisis</i> -Prinzip und die Entstehungsgeschichte des österreichischen Modells	20
d) Der Zusammenhang zwischen dem <i>stare-decisis</i> -Prinzip und dem österreichischen Modell	25
e) Eine Ergänzung der <i>Cappelletti</i> 'schen These	30

3. Untauglichkeit der traditionellen höchsten Gerichte im <i>Civil-Law</i> -Rechtskreis für die Normenkontrolle?	33
a) Die <i>Cappelletti</i> 'sche Begründung für die Einrichtung eines verselbständigten Verfassungsgerichts	33
b) Der Hintergrund der Errichtung des Verfassungsgerichts in Österreich	35
c) Die Verselbständigung des Normenkontrollgerichts in Deutschland	41
aa) Die Beratungen im Verfassungskonvent von Herrenchiemsee	41
bb) Die Verhandlungen im Parlamentarischen Rat	43
(1) Das Konzept einer obersten Rechtsmittelinstanz mit Normenkontrollkompetenz	43
(2) Die Debatte über den Gerichtsaufbau	45
(3) Die Rückkehr zur Trennung zwischen Rechtsmittel- und Normenkontrollgericht	51
cc) Würdigung	55
d) Der Zusammenhang zwischen der <i>Civil-Law</i> -Tradition und der Zuteilung der Normenkontrollkompetenz an das Verfassungsgericht	59
aa) Probleme hinsichtlich der Mentalität von Berufsrichtern?	59
(1) Die Bedenken gegenüber der <i>Cappelletti</i> 'schen These	59
(2) Die Bedeutung des politischen Wahlmodus	66
bb) Der spezialisierte Gerichtsaufbau als <i>Civil-Law</i> -Tradition	72
(1) Die Zuteilung der Normenkontrollkompetenz als reine Effizienzfrage	72
(a) Das Beispiel des amerikanischen <i>Supreme Courts</i>	72
(b) Das Beispiel des japanischen Obersten Gerichtshofs	73
(2) Die Vorteile bzw. Nachteile der Errichtung eines eigenständigen Normenkontrollgerichts	79
(a) Vorteile	79
(b) Nachteile	80
(3) Die Vertrautheit der <i>Civil-Law</i> -Länder mit dem spezialisierten Gerichtsaufbau	81
4. Ergebnis	83

B. Die Zuteilung der Normenkontrollkompetenz in Korea 86

I. Der koreanische rechtskulturelle Hintergrund 86

1. Der Konfuzianismus als traditionelle koreanische Rechtskultur

a) Die klassische konfuzianische Lehre

b) Die konfuzianische Rechtskultur in der *Chosun*-Dynastie

2. Die Rezeption der <i>Civil-Law</i> -Tradition	98
a) Die eine Rechtsrezeption erzwingenden Zeitumstände	98
b) Die unvollendete Rechtsreform im Endstadium der <i>Chosun</i> -Dynastie	99
c) Die Übernahme des <i>Civil-Law</i> -Rechtssystems in Korea unter der japanischen Kolonialherrschaft	100
d) Die fortgesetzte Rechtsrezeption	102
3. Fehlen des rechtskulturellen Anhaltspunkts für die <i>Cappelletti</i> 'sche These	104
II. Die heutige justizielle Lage	104
1. Die Besonderheiten der koreanischen Gerichtsorganisation	104
2. Abneigung gegen Rechtsstreitigkeiten als Teil der koreanischen Rechtskultur?	106
a) Bestandsaufnahme	106
b) Die prozessuale Rechtslage in der <i>Chosun</i> -Dynastie	107
3. Die Überbelastung der Fachgerichtsbarkeit	109
4. Eine Fehlentwicklung der Reform der Revisionsinstanz	112
5. Der KOGH und das amerikanische Modell der Normenkontrolle	118
III. Die Aktivierung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Korea	119
1. Die Entwicklung der koreanischen Verfassungsgerichtsbarkeit	120
a) Das Verfassungskomitee der Ersten Republik (1948-1960)	120
b) Das Verfassungsgericht der Zweiten Republik (1960-1961)	122
c) Der KOGH der Dritten Republik (1962-1972)	123
d) Das Verfassungskomitee in der Vierten und Fünften Republik (1972-1987)	124
e) Das Verfassungsgericht der Sechsten Republik (von 1987 bis heute)	125
2. Das Bedürfnis nach der Vereinigung des KVerfG und des KOGH?	127

Zweiter Teil

Die Urteilsverfassungsbeschwerde und ihre Korrelation mit der Normenkontrolle

A. Der Begriff der Verfassungsbeschwerde	129
I. Bestandsaufnahme zum üblichen Begriff	129

1. Der übliche Begriff der Verfassungsbeschwerde in Deutschland	129
2. Die Wichtigkeit der Definition der Verfassungsbeschwerde in Korea	130
3. Zweifel an der begrifflichen Rigidität	131
II. Die Extension des Begriffs der Verfassungsbeschwerde	134
1. Diachronische Betrachtung des Begriffs der Verfassungsbeschwerde	134
a) Die bayerische Verfassung von 1818	134
b) Die Frankfurter Reichsverfassung von 1849	134
c) Die Bayerische Verfassung von 1919	136
d) Die Weimarer Verfassung	137
e) Die Verfassungen in der Nachkriegszeit	138
2. Ein Blick auf ausländische besondere Grundrechtsschutzinstrumente	141
a) Die USA	141
b) Die Schweiz	142
c) Österreich	145
d) Lateinamerika	149
III. Allgemeine Definition der Verfassungsbeschwerde	156
1. Die Möglichkeit einer allgemeinen Definition der Verfassungsbeschwerde	156
2. Eigene Entwicklung einer allgemeinen Definition	157
a) Einige vorurteilsverhaftete Dogmen	158
aa) Beschwerdegegenstand	158
bb) Entscheidungsträger	159
cc) Rechtswegerschöpfung	159
b) Merkmale zur Abgrenzung der Verfassungsbeschwerde von anderen Rechtsinstituten	161
aa) Aktivlegitimation	161
bb) Gerichtlicher Rechtsbehelf	161
cc) Außerordentlichkeit beim Grundrechtsschutz	161
c) Eigene Definition	164
B. Die Problemlage der Urteilsverfassungsbeschwerde in Deutschland	165
I. Der Mustercharakter der deutschen Urteilsverfassungsbeschwerde	165

II. Die Dilemmas der Urteilsverfassungsbeschwerde	167
1. Das Dilemma der Flut von Urteilsverfassungsbeschwerden	167
2. Das Dilemma der Verwischung des Verfassungsrechts und des einfachen Rechts	168
III. Bisherige Lösungen und ihre Problematik	171
1. Prozessrechtliche Steuerungsmittel	172
a) Das Annahmeverfahren	174
aa) Das terminologische Problem	174
bb) Das Wesen bzw. die Bedeutung des Annahmeverfahrens	175
cc) Die Besonderheiten des geltenden Annahmeverfahrens im Vergleich mit dem US-amerikanischen <i>certiorari</i> -Verfahren	176
dd) Kritik an dem geltenden Annahmeverfahren im Schrifttum	179
ee) Würdigung	181
b) Der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde	185
aa) Der Begriff der Subsidiarität	185
(1) Der Grundsatz der Subsidiarität in unterschiedlichen Kontexten	185
(2) Das Verhältnis von Subsidiarität und Außerordentlichkeit der Verfassungsbeschwerde	188
(3) Die Überdehnung des Begriffs der Subsidiarität in der Praxis	190
bb) Die Ausprägungen des Subsidiaritätsprinzips bei Urteilsverfassungsbeschwerden	192
(1) Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gegen eine Eilentscheidung gegenüber einer fachgerichtlichen Hauptsacheentscheidung?	192
(a) Die Problemlage	192
(b) Eigene Auffassung	193
(2) Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gegen eine Verletzung rechtlichen Gehörs gegenüber der fachgerichtlichen Selbstkorrektur	195
(a) Die Problemlage	195
(i) Die Besonderheiten des Verfahrensgrundrechts des Art. 103 Abs. 1 GG	195
(ii) Die Vorgeschichte des Erlasses des sog. „Anhörungsrügensgesetzes“	196
(α) Die erste Phase	196
(β) Die zweite Phase	198
(γ) Die dritte Phase und der Erlass des Anhörungsrügensgesetzes	200
(iii) Die Problemlage nach dem Erlass des Anhörungsrügensgesetzes	201

(α) Die Anhörungsrüge als „Rechtsweg“ im Sinne des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG?	201
(β) Das Verhältnis zwischen der Anhörungsrüge und der Verfassungsbeschwerde in der Rechtsprechung des BVerfG	202
(αα) Ist die Einlegung der Anhörungsrüge auch in Bezug auf anderweitige Grundrechtsrügen eine Zulässigkeitsvoraussetzung der Verfassungsbeschwerde?	202
(ββ) Erste Folgefrage: In welchem Umfang kann die Ausschöpfung der Anhörungsrüge zur Zulässigkeitsvoraussetzung der Verfassungsbeschwerde werden?	203
(γγ) Zweite Folgefrage: Kann der Beschwerdeführer auf eine Rüge des Gehörsverstoßes verzichten?	204
(δδ) Das verbleibende Defizit der Verfassungsbeschwerdeklarheit	206
(b) Eigene Auffassung	208
(3) Die „materielle Subsidiarität“	209
(a) Die Problemlage	209
(b) Eigene Auffassung	211
cc) Würdigung	212
c) Exkurs: Erwägung zum <i>Outsourcing</i> von Verfassungsbeschwerdesachen	213
2. Die Versuche zur Einschränkung des „Prüfungsumfangs“	214
a) Die Formeln in der Rechtsprechung des BVerfG	215
aa) Die <i>Heck</i> 'sche Formel	215
bb) Die weiteren Formeln als differenzierende Argumentationsmuster	217
(1) Die Formel von der „Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung“	217
(a) Die prinzipielle Zurückhaltung bei der Kontrolle des fallbezogenen Bereichs	217
(b) Ausnahmsweise vorgenommene Ausweitung der Kontrolle	218
(c) Die Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung als Differenzierungskriterium	219
(d) Kritik an der Intensitätsformel	220
(2) Die Formel des Willkürverbots	222
(a) Das Problemfeld der Formel des Willkürverbots	222
(b) Die Praktizierung der Formel des Willkürverbots	225
(i) Die Willkürformel bis zur Mitte der 1970er Jahre	225
(ii) Die Willkürformel seit Mitte der 1970er Jahre	228
(c) Kritik und Antikritik	234
(i) Kritische Stellungnahmen	235

(ii) Plädoyer für die Willkürprüfung	239
(α) Argumente für die Willkürkontrolle	239
(β) Rechtsdogmatische (Re-)Konstruktion der Willkürformel	241
(αα) Fehlerhafte Rechtsanwendung und Verletzung des Gleichheitssatzes	242
(ββ) Rechtsdogmatische Gründe für die Aufstellung der Willkürschwelle	245
(γγ) Verallgemeinerbarkeit der Willkürformel	253
(γ) Praktische Konsequenzen der Rekonstruktion der Willkürformel	256
b) Die Problematik der wissenschaftlichen Debatte über den Prüfungsumfang	257
aa) Bestandsaufnahme	257
bb) Analyse der Lösungsvorschläge im Schrifttum	261
(1) Beschränkung der zu kontrollierenden Rechtsfindungselemente	261
(2) Beschränkung der Entscheidungsmaßstäbe	268
(3) Richterliche Selbstzurückhaltung oder rechtliche Differenzierung?	274

C. Normenkontrollkompetenz als konstitutives Element der deutschen Urteilsverfassungsbeschwerde

I. Die genetische Korrelation zwischen der Normenkontrolle und der Urteilsverfassungsbeschwerde	281
1. Die Vorgeschichte der Einführung der Verfassungsbeschwerde	281
a) Der Vorschlag <i>Anraths'</i> in der Sitzung des 34. Deutschen Juristentages vom 14. September 1926	281
b) Die Verfassungsbeschwerde im Herrenchiemseer Verfassungskonvent	282
aa) Das Motiv für die Überlegungen zur Einführung der Verfassungsbeschwerde ...	282
bb) Das Verhältnis zum fachgerichtlichen Rechtsschutz	283
c) Die Verfassungsbeschwerde im Parlamentarischen Rat	285
aa) Die Diskussion	285
bb) Die vermutlichen Gründe der Nichtaufnahme der Verfassungsbeschwerde	287
cc) Fazit	290
2. Die Einführung der Verfassungsbeschwerde durch das BVerfGG	291
a) Die Zuständigkeitsfrage	291
b) Die Debatte über das Verhältnis zu rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen	293
c) Die inzidente Normenkontrolle als Hauptkonzept des außerordentlichen Rechtsbehelfs	297
d) Urteilsverfassungsbeschwerde als alternativer Normenkontrollmodus	300

II. Die praktische Bedeutung der Korrelation	303
1. Die Differenzierung zwischen <i>falsa lex</i> und <i>falsa interpretatio</i>	303
2. Kontrolle der Verfassungskonformität von Gesetzesauslegungen	304
3. Kontrolle der Verfassungskonformität richterlicher Rechtsfortbildung	313

Dritter Teil

Die Verfassungsbeschwerde in Korea

A. Einleitung	315
I. Die Grundrechtsbestimmungen in der KV und die schwache Normativität der Grundrechte vor 1988	315
II. Die Bedeutung der Einführung der Verfassungsbeschwerde	318
III. Das Motiv für Überlegungen zur Einführung der Urteilsverfassungsbeschwerde in Korea	323
B. Die Geschichte der Einführung der Verfassungsbeschwerde in Korea	325
I. Verfassungsrechtliche Vorgabe	325
II. Der Erlass des KVerfGG	326
1. Der konkrete Gesetzgebungsvorgang	326
2. Die Debatte über das Institut der Verfassungsbeschwerde	327
a) Die Urteilsverfassungsbeschwerde als Hauptthema bei der Debatte	328
b) Das Kolloquium vom 15. 1. 1988	328
c) Der Referentenentwurf der Fünferkommission	332
d) Die Veröffentlichung des Referentenentwurfs des Justizministeriums und das Erscheinen der weiteren Referentenentwürfe	336
e) Die Erarbeitung des KVerfGG in der Nationalversammlung	340

III. Bedenken gegen den gesetzgeberischen Ausschluss der Urteilsverfassungsbeschwerde	342
C. Die Grundzüge der koreanischen Verfassungsbeschwerde	347
I. Die Verfassungsbeschwerde im Sinne des § 68 Abs. 1 KVerfGG	347
1. Vorbemerkung	347
2. Sachentscheidungsvoraussetzungen	347
a) Beschwerdefähigkeit	348
b) Prozessfähigkeit, Postulationsfähigkeit und Anwaltszwang	349
c) Beschwerdegegenstand	351
aa) Allgemeines	351
bb) Handlungen der öffentlichen Gewalt	351
(1) Rechtsetzung	351
(2) Rechtsprechung	353
(3) Tätigkeiten der vollziehenden Gewalt	354
(a) Verfügungen, die der fachgerichtlichen Kontrolle unterliegen	355
(b) Sonstige Vollzugstätigkeiten	357
(i) Der Hintergrund der Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde	357
(ii) Beispiele für Tätigkeiten der vollziehenden Gewalt als statthafte Beschwerde- gegenstände	366
(α) Regierungsakte	366
(β) hoheitliche Realakte	367
(γ) Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft	371
(δ) Verwaltungspläne etc.	373
cc) Unterlassungen der öffentlichen Gewalt	377
d) Beschwerdebefugnis	383
aa) Grundrechtliche Betroffenheit	383
bb) Eigene Betroffenheit	384
cc) Gegenwärtiges Betroffensein	386
dd) Das Unmittelbarkeitskriterium	386
(1) Die originäre Funktion in Deutschland	387
(a) Die Praxis des BVerfG	387
(b) Die Problematik der rechtsdogmatischen Zuordnung	388

(c) Eigene Meinung	391
(2) Die Lockerung des Unmittelbarkeitskriteriums in Korea	392
(a) Die Praxis des KVerfG	392
(b) Gründe für die Lockerung des Unmittelbarkeitserfordernisses	395
e) Rechtswegerschöpfung	396
aa) Das Prinzip der Rechtswegerschöpfung	396
(1) Die Regelung und die Praxis	396
(2) Die mangelhafte Funktion in Korea	398
bb) Die enge Auslegung des Rechtsweges bei Rechtssatzverfassungsbeschwerden ..	399
cc) Die Ausnahmen vom Rechtswegerschöpfungsprinzip	400
f) Ordnungsgemäße Einlegung der Verfassungsbeschwerde	400
aa) Beschwerdefrist	400
bb) Sonderregelungen über die Beiordnung eines Rechtsanwalts	402
cc) Beschwerdeschrift	403
dd) <i>Res judicata</i> als Beschwerdehindernis	403
g) Rechtsschutz- bzw. Klärungsbedürfnis	403
3. Das Vorprüfungsverfahren	405
4. Die Sachentscheidung	406
II. Die Verfassungsbeschwerde im Sinne des § 68 Abs. 2 KVerfGG	407
1. Vorbemerkung	407
2. Sachentscheidungsvoraussetzung	410
a) Berechtigter	410
b) Beschwerdegegenstand	411
aa) Gesetze im formellen Sinn	411
bb) Zulässigkeit des Antrags auf die beschränkte Verfassungswidrigerklärung	412
c) Entscheidungserheblichkeit	414
aa) Das Erfordernis der Entscheidungserheblichkeit	414
(1) Die Bedeutung der Entscheidungserheblichkeit	414
(2) Die Beurteilung der Entscheidungserheblichkeit	416
bb) Ausnahme	416
d) Antrag auf Richtervorlage und dessen Abweisung	417
e) Ordnungsgemäße Einlegung der Verfassungsbeschwerde	417

3. Das Vorprüfungsverfahren	417
4. Die Sachentscheidung	418
III. Die sog. „beschränkte Verfassungswidrigerklärung“ und das Spannungsverhältnis zwischen dem KVerfG und dem KOGH	418
1. Entscheidungsvarianten bei der Normenkontrolle	418
2. Einige Beispiele für beschränkte Verfassungsmäßig- bzw. Verfassungswidrigerklärungen	419
a) KVerfGE 1, 131	419
b) KVerfGE 3, 149	421
c) KVerfGE 7-2, 616	421
d) KVerfGE 6-2, 379	423
3. Die Kontroversen zwischen dem KVerfG und der Fachgerichtsbarkeit	424
a) KVerfGE 9-2, 842	424
b) KVerfGE 15-1, 443	425
4. Stellungnahme	426
D. Würdigung der koreanischen Verfassungsbeschwerde	429
Zusammenfassung und Ausblick	432
Literaturverzeichnis	435

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Abg.	Abgeordnete(r)
a.F.	alte Fassung
alb. Vf	albanische Verfassung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
begr.	begründet
bearb.	bearbeitet
BFH	Bundesfinanzhof
BGG	das (schweizerische) Bundesgesetz über das Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BSG	Bundessozialgericht
BT	Bundestag
BT-Drs.	Drucksache des Bundestags
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerfG-K	Kammer des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
B-VG	(Österreichisches) Bundes-Verfassungsgesetz
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe
Diskuss.	Diskussionsbeitrag
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag

DÖ V	Die Öffentliche Verwaltung
Drs.	Drucksache
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Europäische-Gemeinschafts-Vertrag
eig. Anm.	eigene Anmerkung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
f.	folgende (Seite, Randnummer)
ff.	fortfolgende (Seiten, Randnummern)
FG	Festgabe
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FStrG	Bundesfernstraßengesetz
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GO-BVerfG	Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts
Habil.	Habilitation
HCh	Herrenchiemseer Konvent (Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee)
HChE	Herrenchiemsee-Entwurf (Entwurf des Verfassungsausschusses der Ministerpräsidenten-Konferenz der westlichen Besatzungszonen)
HdbStR	Handbuch des Staatsrechts
HdbDStR	Handbuch des deutschen Staatsrechts
HGR	Handbuch der Grundrechte
hrsg.	Herausgegeben
i.d.F.	in der Fassung
i.V.m.	in Verbindung mit
JBl.	Juristische Blätter
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
JV	Die japanische Verfassung
Kap.	Kapitel
KBGB	das koreanische Bürgerliche Gesetzbuch
KEStG	das koreanische Einkommensteuergesetz
KGVG	das koreanische Gerichtsverfassungsgesetz
KOGH	Koreanischer Oberster Gerichtshof
KOGHEB	Entscheidungsbericht des koreanischen Obersten Gerichtshofs
KStGB	das koreanische Strafgesetzbuch
KStHG	das koreanische Staatshaftungsgesetz

KStPO	die koreanische Strafprozessordnung
KV	Koreanische Verfassung
KVerfG	das koreanische Verfassungsgericht
KVerfGE	Entscheidungen des koreanischen Verfassungsgerichts
KVerfGG	Gesetz über das koreanische Verfassungsgericht
KVerwPO	die koreanische Verwaltungsprozessordnung
KWVfG	das koreanische Widerspruchsverfahrensgesetz
KZPO	die koreanische Zivilprozessordnung
lit.	litera
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OG	das (schweizerische) Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege
Ö JZ	Ö sterreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
o.O.	ohne Ortsangabe
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PR	der Parlamentarische Rat
Red.	Redaktion
RdA	Recht der Arbeit
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGV	Entscheidungen des Reichsversorgungsgerichts
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
S.	Seite(n)
SGG	Gesetz über die Sozialgerichtsbarkeit
slowen. Vf	slowenische Verfassung
sog.	sogenannt
sp. Vf	spanische Verfassung
StAG	(Koreanisches) Staatsanwaltschaftsgesetz
StenProt.	stenografisches Protokoll
StenBer.	stenografischer Bericht
StGBI.	Staatsgesetzblatt
StGHG	(Bayerisches) Staatsgerichtshofgesetz

StPO	Strafprozessordnung
StVollzG	Strafvollzugsgesetz
stRspr.	ständige Rechtsprechung
tschech Vf	tschechische Verfassung
u.	und
u.a.	und andere, unter anderem
übers.	übersetzt
usw.	und so weiter
v.	von, vom; versus
Var.	Variante
v. Chr.	vor Christus
VerfKomG	das Verfassungskomiteegesetz
veröff.	Veröffentlicht
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwGH	(Österreichischer) Verwaltungsgerichtshof
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
Z.	Ziffer, Zahl
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
Z.B.	Zum Beispiel
ZöffR	Zeitschrift für öffentliches Recht (1.1919/20 - 23.1943/44)
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht (n.F., 1.1946/48 -)
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
zugl.	zugleich
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Einleitung

A. Das Thema dieser Untersuchung

1. Gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG kann jedermann mit der Behauptung, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt zu sein, Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht erheben. Mit der Verfassungsbeschwerde wird dieses höchste Gericht einerseits vom Staatsbürger um individuellen Grundrechtsschutz angerufen, andererseits lässt sich durch eine derartige Einbeziehung der Bürger in den verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutz die Auslegung bzw. Fortbildung der Verfassung in starkem Maße fördern.

Dem subjektiven Grundrechtsschutz und der Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Wertordnung dienen aber auch die anderen Staatsorgane. Die Grundrechte binden als unmittelbar geltendes Recht alle staatliche Gewalt, die ihrerseits vom Volk ausgeht (Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 2 GG). Das heißt, Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung müssen sich in ihrem jeweiligen Aufgabenbereich von sich aus an den grundrechtlichen Maßstab halten. In diesem Sinne könnte man von einem *staatlichen Gesamtsystem der Grundrechtsverwirklichung* sprechen. Die Frage ist hier, welche besondere Funktion das Bundesverfassungsgericht in einem solchen System den anderen Staatsorganen gegenüber übernehmen soll.

Im demokratischen Rechtsstaat ist das Parlament unter anderem mit der Aufgabe betraut, die verschiedenen grundrechtlichen Interessen möglichst umfassend zu vertreten und initiativ auszugleichen. Der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts geht vom traditionellen und noch bestehenden Vertrauen aus, dass es diese Aufgabe in höchst konsensfähiger Weise ausführen kann. Die parlamentarische Gesetzgebung ist ein Verfahren, „das sich durch Transparenz auszeichnet, die Beteiligung der parlamentarischen Opposition gewährleistet und auch den Betroffenen und dem Publikum Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten“¹. Dass abgesehen davon das politisch Entschiedene gelegentlich mit dem rechtlich Richtigen, also mit dem verfassungsrechtlich Gesollten, nicht übereinstimmt, bildet bekanntlich einen wichtigen Grund für die Einrichtung der Verfassungsgerichtsbarkeit. Allerdings besteht die Aufgabe des Verfassungsgerichts auch bei der Kontrolle der gesetzlichen Normen nicht darin, anstelle des Gesetzgebers etwa eine gesellschaftliche Entschei-

¹ BVerfGE 95, 267 (307 f.); 85, 386 (403).

dung über den optimalen Ausgleich zwischen divergierenden grundrechtlichen bzw. verfassungsrechtlichen Interessen zu treffen. Unter Berücksichtigung der begrenzten menschlichen „Fähigkeit, die optimale als einzig richtige Entscheidung erkennen zu können“², und der Offenheit der Verfassung wäre es vernünftiger, eine derartige Optimierung im Wege der demokratischen Auseinandersetzung prozedural zu verfolgen als sie juristisch zu determinieren³. Die verfassungsgerichtliche Kompetenz in Bezug auf gesetzgeberische Entscheidungen beschränkt sich daher grundsätzlich darauf, zu überprüfen, ob sie die Grenzen der vertretbaren Verfassungsinterpretation überschritten haben⁴ und zu methodisch sicher falsifizierbaren Ergebnissen kommen⁵.

In Bezug auf den individuellen Grundrechtsschutz gibt es eine erhebliche Überschneidung zwischen der Verfassungsbeschwerde und dem normalen Rechtsweg. Erstens dient die fachgerichtliche Gesetzmäßigkeitskontrolle insofern schon dem Grundrechtsschutz, als das anzuwendende Gesetz seinerseits mit der grundrechtlichen Wertordnung vereinbar ist. Ohnehin handelt es sich bei den Grundrechten um unmittelbar geltendes Recht (Art. 1 Abs. 3 GG). Daher sind die Gerichte berechtigt und verpflichtet, jede Bestimmung auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundrechten zu prüfen und sie grundrechtskonform anzuwenden. Zweitens garantieren Art. 19 Abs. 4 GG bzw. der vom Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitete allgemeine Justizgewährungsanspruch das Offenstehen des Rechtswegs. Dementsprechend ist die Chance auf gerichtlichen Grundrechtsschutz fast lückenlos gegeben. Zwar erfasst die „öffentliche Gewalt“ im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG nach traditioneller Auffassung bzw. ständiger Rechtsprechung des BVerfG nicht das Handeln der Judikative⁶, während man unter der „öffentlichen Gewalt“ im Sinne des § 90 Abs. 1 BVerfGG jeden staatlichen Akt einschließlich der Rechtsprechung versteht. Ebenso wenig garantiert der allgemeine Justizgewährungsanspruch den Schutz *gegen den Richter*⁷. In der Realität sind Rechtsbehelfe in den jeweiligen Instanzenzügen jedoch durch die einfachgesetzlichen Prozessordnungen relativ großzügig ausgestaltet, während die Annahme von Verfassungsbeschwerden zur verfassungsgerichtlichen Entscheidung äußerst eingeschränkt, nämlich nur bei Erfüllung strenger Voraussetzungen, erfolgt. Nicht nur hinsichtlich des Entscheidungsmaß-

² *Württemberg*, VVDStRL 58 (1999), 139 (158).

³ Ebenda, 158 ff.

⁴ *Zippelius/Württemberg*, Deutsches Staatsrecht, § 48 Rn. 42.

⁵ *Scherzberg*, DVBl. 1999, 356 (365 f.).

⁶ Vgl. BVerfGE 49, 329 (340 f.); 107, 395 (404 ff.); *Sachs*, Verfassungsrecht II, B19 Rn. 6; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 19 Rn. 45 m.w.N.; kritisch *Vofßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 146 ff. u. 255 ff.

⁷ Nur bei der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör hielt das Bundesverfassungsgericht den Schutz gegen den Richter ausnahmsweise für verfassungsrechtlich geboten. Vgl. BVerfGE 107, 395 (401 ff.).

stabs weisen die Verfassungsbeschwerde und der normale Rechtsweg Gemeinsamkeiten auf, sondern auch in dem noch grundlegenden Punkt, dass beide dem Tätigkeitsbereich der Dritten Gewalt angehören. Somit lässt sich von einer „Aufgabenparallelität“⁸ innerhalb der rechtsprechenden Gewalt sprechen.

Gerade in diesem Zusammenhang ist das in § 90 Abs. 2 BVerfGG unter Nutzung der Ermächtigung des Art. 94 Abs. 2 Satz 2 GG verankerte Prinzip der Rechtswegerschöpfung richtungsweisend für die Aufgabenverteilung zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichten. Durch dieses Prinzip obliegt die Aufgabe, die Grundrechte zu wahren und durchzusetzen, zunächst den Fachgerichten⁹. Erst wenn die Erfüllung dieser Aufgabe den Fachgerichten misslungen ist, kann der fehlende Grundrechtsschutz vom Bundesverfassungsgericht gewährt werden, und zwar meistens im Wege der Verfassungsbeschwerde gegen ein der Beschwer des Rechtssuchenden nicht abhelfendes fachgerichtliches Urteil, d.h. mit der Urteilsverfassungsbeschwerde.

Bezüglich der Urteilsverfassungsbeschwerde wird in der Literatur allerdings hervorgehoben, dass sich das Bundesverfassungsgericht nicht in die Rolle eines „Superrevisionsgerichts“, das die Urteile anderer Gerichte in vollem Umfang auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft, drängen oder drängen lassen dürfe¹⁰. Eine solche weitgehende Prüfung sei mit seiner besonderen Funktion und seiner Stellung im Verhältnis zu den anderen Trägern der rechtsprechenden Gewalt nicht vereinbar¹¹. Allerdings biete die Beschränkung der Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts auf die Kontrolle von Urteilen nur am Maßstab von Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten „vor einem Abrutschen in eine Superrevision keinen sicheren Halt“¹². Denn das Elfes-Urteil¹³ deute an, dass jede gesetzeswidrige Entscheidung durch Fachgerichte mindestens die Verletzung des gemäß Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Grundrechts auf allgemeine Handlungsfreiheit zur Folge habe. Ferner verschärfe sich die Nichtunterscheidbarkeit zwischen der Verletzung einfachen Rechts und der Grundrechtsverletzung durch das Lüth-Urteil¹⁴, wonach die grundrechtlichen Gehalte als Auslegungsrichtlinie auf das einfache Recht ausstrahlen sollen. Bei allen Versuchen, ein zuverlässiges Abgrenzungsmodell zu formulieren, sei die Bestimmung des verfassungsgerichtlichen Kontrollumfangs noch nicht endgültig gelungen¹⁵.

⁸ *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 316.

⁹ Vgl. BVerfGE 49, 252 (258); 107, 395 (414).

¹⁰ *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 283 f.; BVerfGE 7, 198 (207); 18, 85 (92).

¹¹ Vgl. BVerfGE 22, 93 (98).

¹² *Ossenbühl*, in: FS für Ipsen, 1977, S. 129 (137).

¹³ BVerfGE 6, 32.

¹⁴ BVerfGE 7, 198.

¹⁵ *Kenntner*, in: *Umbach/Clemens/Dollinger*, BVerfGG, Kap. A, II. 1. Rn. 6.

Neben der Schwierigkeit der Abgrenzung des Prüfungsumfangs wird auch auf die Arbeitsbelastung des Bundesverfassungsgerichts hingewiesen¹⁶. Das Gericht wurde im Laufe der Zeit immer stärker durch Verfassungsbeschwerden belastet. Von 1951 bis zum Ende der fünfziger Jahre betrug die Zahl der Neueingänge durchschnittlich knapp 1.000 pro Jahr. Zwischen dem Ende der fünfziger und der Mitte der siebziger Jahre wurden ungefähr 1.500 Fälle jährlich vor dem BVerfG verhandelt. Von 1976 bis 1979 verdoppelte sich die Zahl auf ca. 3.000 Neueingänge pro Jahr. Im folgenden Jahrzehnt betrug die Zahl der Neueingänge 3.000 bis 4.000. In den Jahren nach 1991 ist die Zahl sprunghaft auf 5.000 bis 6.000 pro Jahr gestiegen¹⁷. Wegen dieser Überlastungssituation verlängert sich die Verfahrensdauer und die Funktionsfähigkeit des BVerfG wird erheblich gefährdet. Die Hauptursache hierfür liegt in der hohen Zahl der Verfassungsbeschwerden. Von den insgesamt 188.810 Fällen, die bis Ende Dezember 2010 anhängig wurden, waren 182.151 Verfassungsbeschwerden (96,47 %) ¹⁸. Der größte Teil davon war Urteilsverfassungsbeschwerde. Beispielsweise betrug ihr Anteil an den in der Zeit zwischen 2006 und 2010 eingegangenen Verfassungsbeschwerden 93,05 % ¹⁹.

In scharfem Kontrast zu ihrer Häufigkeit steht die geringe Erfolgsquote der Verfassungsbeschwerde. Sie beträgt durchschnittlich etwa 2,4 % ²⁰. Angesichts der Fälle, in denen das Bundesverfassungsgericht wegen der prozessrechtlichen Einschränkung des fachgerichtlichen Rechtsmittels eine bloße „Pannenhilfe“ ²¹ leistet, etwa im Rahmen der Verletzung des rechtlichen Gehörs oder der willkürlichen Fehlauselegung einfacher Gesetze, kann man selbst diese Erfolgsquote als ziemlich aufgebläht ansehen. Diese niedrige Erfolgsquote kann als Symbol der seit 1949 in Deutschland eingetretenen konstitutionellen „Sättigung“ ²² angesehen oder mit einem „Transpa-

¹⁶ *Wahl/Wieland*, JZ 1996, 1137 f.

¹⁷ Vgl. *Wieland*, in: *Bogs* (Hrsg.), Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht, S. 47; Statistik des BVerfG: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2010/A-I-2.html>.

¹⁸ Statistik des BVerfG: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2010/A-I-1.html>.

¹⁹ **Tabelle: Zahl der eingegangenen Verfassungsbeschwerden (2006-2010)**

	2006	2007	2008	2009	2010	gesamt
Zahl der Verfassungsbeschwerden insgesamt [A]	5.918	6.005	6.245	6.308	6.251	30.727
Zahl der Urteilsverfassungsbeschwerden [B]	5.531	5.613	5.833	5.782	5.832	28.591
Anteil [B] an [A] in %	93,46	93,47	93,40	91,66	93,28	93,05

Vgl. Statistik des BVerfG: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2010/A-IV-1.html>; <http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2010/A-IV-4.html>.

²⁰ Statistik des BVerfG (Fn. 18).

²¹ *Schumann*, NJW 1985, 1134 (1139).

²² *Schuppert/Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, S. 63 ff.; *Vofßkuhle*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 93 Rn. 66.

renz“-Problem, das der Charakterisierung der Verfassungsbeschwerde als „ernst gemeintes individuelles Rechtsschutzmittel“ innewohnt²³, verknüpft werden. Dies führt zur zwar nur vereinzelt, aber immer wieder vertretenen rechtspolitischen Auffassung, dass die Institution der Urteilsverfassungsbeschwerde abgeschafft werden sollte²⁴.

2. Im Hinblick auf die Urteilsverfassungsbeschwerde gestaltet sich die koreanische Rechtslage ganz anders. Nach vielen Versuchen bei der Ausgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Korea, wurde das bestehende Verfassungsgericht als Ergebnis eines langwierigen Demokratisierungsprozesses im September 1988 im österreichisch-deutschen Stil errichtet. Seine Aufgaben umfassen die konkrete Normenkontrolle, Entscheidungen über Anklagen gegen Staatsorgane, Verbote verfassungswidriger politischer Parteien, Organstreitigkeiten und Verfassungsbeschwerden. Das damals zum ersten Mal eingeführte Rechtsinstitut der Verfassungsbeschwerde stellt zweifelsfrei einen bedeutsamen Schritt für die Entwicklung der koreanischen Verfassungsgerichtsbarkeit dar. Allerdings sind gerichtliche Urteile vom Beschwerdegegenstand der Verfassungsbeschwerde ausgeschlossen. § 68 Abs. 1 des koreanischen Verfassungsgerichtsgesetzes (KVerfGG) lautet: „Wer durch eine Handlung oder Unterlassung einer öffentlichen Gewalt in einem seiner von der Verfassung gewährleisteten Grundrechte verletzt ist, kann Verfassungsbeschwerde zum Verfassungsgericht erheben, es sei denn, sie richtet sich gegen eine gerichtliche Entscheidung. Wenn nach Maßgabe anderer Gesetze ein Rechtsweg eröffnet ist, kann die Verfassungsbeschwerde nicht vor der Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden.“

Satz 2 dieser Vorschrift enthält das Gebot der Rechtswegerschöpfung, dem zufolge man normalerweise zunächst den Fachgerichten antragen muss, der Verletzung seines Rechts – einschließlich der Grundrechtsverletzung – durch einen Verwaltungsakt abzuhelpfen. Das Problem des Ausschlusses der gerichtlichen Urteile vom Beschwerdegegenstand fällt gerade dann ins Auge, wenn das zuständige Fachgericht mit seinem rechtskräftigen Urteil das Anliegen des Klägers missbilligt hat. Da die Verfassungsbeschwerde nicht gegen ein Gerichtsurteil erhoben werden kann, stellt sich die Frage, ob der Kläger dem Verfassungsgericht den ursprünglichen Verwaltungsakt als Beschwerdegegenstand vorlegen kann. Würde dies bejaht, könnte die Grundrechtskonformität des Urteils *mittelbar* vom Verfassungsgericht überprüft werden. Das bedeutet, dass der Zweck des § 68 Abs. 1 Satz 1 KVerfGG umgangen

²³ Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, Rn. 326.

²⁴ Kauffmann, Recht und Politik 34 (1998), 29; in diese Richtung auch Voßkuhle, a.a.O., Rn. 166; Zuck, a.a.O., Rn. 326; Pestalozza, Die echte Verfassungsbeschwerde, S. 35 ff.

würde. Wenn man dieses Ergebnis vermeiden will, muss man in Kauf nehmen, zwei Zweige der dreiteiligen staatlichen Gewalt, nämlich die Judikative und die Exekutive, grundsätzlich von der verfassungsgerichtlichen Prüfung auszunehmen. Dies würde freilich die Bedeutung der Verfassungsbeschwerde erheblich reduzieren – ein Umstand, der bis heute unter den koreanischen Rechtsgelehrten kontrovers diskutiert wird.

In seinem Beschluss vom 28. 5. 1998 hat sich das koreanische Verfassungsgericht aber für letztere Alternative entschieden und somit entsprechende Verfassungsbeschwerden als unzulässig abgewiesen²⁵. Dabei hat das Gericht auf Art. 107 Abs. 2 der koreanischen Verfassung (KV) hingewiesen, wonach das höchste Fachgericht, der koreanische Oberste Gerichtshof (KOGH), die Kompetenz hat, über die Verfassungsmäßigkeit von Rechtsverordnungen, Satzungen und Verfügungen *endgültig* zu entscheiden, wenn sie für die Entscheidung erheblich ist. Es ist kein Zufall, dass Art. 107 Abs. 2 KV auch die verfassungsrechtliche Grundlage ist, auf welche der Abschluss der gerichtlichen Urteile vom Beschwerdegegenstand ursprünglich zurückzuführen ist. Diese fragwürdige Vorschrift enthält nämlich eine einzigartige Regelung für die Kompetenzverteilung zwischen dem Verfassungsgericht und den übrigen Gerichten. Sie war von Anfang an Preis dafür, dass der KOGH dem verselbstständigten Verfassungsgericht die ausschließliche Zuständigkeit für die Gesetzesverwerfung zugestanden hat. Bedauerlicherweise trat die institutionelle Gewährleistung der Rechtseinheit auf der verfassungsrechtlichen Ebene dabei vollständig hinter solchen Gesichtspunkten der Kompetenzverteilung zurück.

Während sowohl das gerichtliche Urteil als auch der Verwaltungsakt, welcher bereits durch ein rechtskräftiges Urteil für rechtmäßig erklärt worden ist, in der Praxis vom Beschwerdegegenstand ausgeschlossen sind, unterstehen die Gesetze in Korea weitgehend der verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Die sog. konkrete Normenkontrolle ist in Art. 107 Abs. 1 KV²⁶ verankert, während die koreanische Verfassung die abstrakte Normenkontrolle nicht kennt. Was neben der richterlichen Vorlage einen weiteren Zugang zur Normenkontrolle bietet, ist die Verfassungsbeschwerde. Hier kommen hauptsächlich zwei Varianten in Betracht. Soweit der Beschwerdeführer *selbst, gegenwärtig und unmittelbar* durch die fragliche Norm betroffen ist, kann er zum einen aufgrund § 68 Abs. 1 Satz 1 KVerfGG direkt gegen die Norm Verfassungsbeschwerde einlegen. Diese Regelung ist der deutschen „unmittelbaren

²⁵ KVerfGE 10-1, 660 (671).

²⁶ Art. 107 Abs. 1 KV lautet: „Wenn es für die Entscheidung erheblich ist, ob ein Gesetz verfassungswidrig ist, soll das Gericht dem Verfassungsgericht das Gesetz vorlegen und gemäß der verfassungsgerichtlichen Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes den Prozess entscheiden.“

Rechtssatzverfassungsbeschwerde²⁷ sehr ähnlich. Zum anderen kann die Verfassungsbeschwerde gegen Normen aufgrund § 68 Abs. 2 KVerfGG²⁸ auch in dem Fall erhoben werden, dass das Ausgangsgericht dem Verfassungsgericht trotz des Antrags eines Prozessbeteiligten eine *entscheidungserhebliche* Norm nicht zur Prüfung auf ihre Verfassungsmäßigkeit vorlegt. Hier lässt sich die konkrete Normenkontrolle im Wege der Verfassungsbeschwerde durch den Prozessbeteiligten nachholen.

Obwohl sich die koreanische Verfassungsgerichtsbarkeit vornehmlich auf die Normenkontrolle konzentriert, ist der Kompetenzkonflikt zwischen dem Verfassungsgericht und dem KOGH keineswegs vollständig gelöst. Die Spannung erhöhte sich vielmehr durch die Auseinandersetzung um die Zulässigkeit einer Entscheidungsvariante, bei welcher die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes nur in einer bestimmten Anwendungskonstellation festgestellt wird (sog. „*beschränkte Verfassungswidrigerklärung*“). Nach Ansicht des Verfassungsgerichts handelt es sich hierbei um eine Art Teilnichtigerklärung. Eine derartige interpretative Normenprüfung lasse sich aus seiner Normenkontrollkompetenz herleiten²⁹. Im Gegensatz dazu ist der KOGH der Meinung, dass es dabei nicht um die Vernichtung des Gesetzes geht, sondern bloß um einen Eingriff in die fachgerichtliche Auslegung des Gesetzes. Solange das Verfassungsgericht das fragliche Gesetz als solches nicht kassiere, sei die Auslegung bzw. Anwendung des Gesetzes auf den konkreten Fall ausschließlich Sache der Fachgerichte. Außerdem könne die von § 47 Abs. 1 KVerfGG³⁰ geregelte Bindungswirkung nur bei der Verfassungswidrigerklärung eines Gesetzes Anwendung finden, nicht aber bei einer verfassungsgerichtlichen Meinungsäußerung über die Auslegung einfachen Rechts. Dementsprechend hat der KOGH die beschränkte Verfassungswidrigerklärung durch das Verfassungsgericht schon mehrmals ignoriert³¹.

In der Praxis vermag dieser Umstand das Verfassungsgericht in seinem Entscheidungsspielraum beträchtlich einzuschränken, und zwar gerade in den Fällen, in denen Fachgerichte die tatsächlich als Grundrechtsverletzungen zu bewertenden Akte als gesetzmäßig bestätigt haben. Um in derartigen Fällen eine Verschärfung des

²⁷ Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, S. 119.

²⁸ § 68 Abs. 2 KVerfGG: „Wenn der Antrag gemäß § 41 Abs. 1 auf die richterliche Vorlage des Gesetzes zur Prüfung auf seine Verfassungsmäßigkeit abgewiesen wird, kann derjenige Prozessbeteiligte, der den Antrag gestellt hat, die Verfassungsbeschwerde zum Verfassungsgericht erheben.“

§ 41 Abs. 1 KVerfGG: „Wenn es für die Entscheidung erheblich ist, ob ein Gesetz verfassungswidrig ist, soll das zuständige Gericht (einschließlich eines Militärgerichts) von Amts wegen oder auf Antrag des Prozessbeteiligten dem Verfassungsgericht das Gesetz zur Prüfung auf seine Verfassungsmäßigkeit vorlegen.“

²⁹ Vgl. KVerfGE 4, 64 (99); 6-1, 203 (221 f.).

³⁰ § 47 Abs. 1 KVerfGG: „Die Verfassungswidrigerklärung eines Gesetzes bindet Gerichte und die anderen Staatsorgane bzw. lokalen Regierungen.“

³¹ KOGHEB 1996, 1442; 2001, 1220; 2009, 343.

Konflikts zwischen den beiden höchsten Gerichten zu vermeiden, verfügt das Verfassungsgericht über zwei Alternativen: Entweder erklärt es das Gesetz deswegen für nicht verfassungswidrig, weil es noch irgendwie verfassungskonform ausgelegt werden kann, selbst wenn auf seiner Grundlage die Grundrechtsverletzung begangen worden ist und sich auch in Zukunft ähnliche Verletzungen wiederholen können. Oder es kassiert das betroffene Gesetz trotz der Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung, um das Ergebnis der Grundrechtsverletzung zu beseitigen. Dieses Dilemma löst das Gericht meistens dahingehend, dass es von der spezifischen Sachlage des Ausgangsfalls absieht und die gesetzliche Norm in sehr abstrakter Weise prüft. Darunter leidet aber manchmal die Effektivität bzw. Flexibilität der Ausübung seiner Normenkontrollkompetenz. Somit erscheint die verfassungsgerichtliche Kontrolle der legislativen Akte in Korea ebenfalls lückenhaft, ganz abgesehen davon, dass ein völliger Ausfall der Kontrolle gegenüber der Judikative und Exekutive droht.

Vor diesem Hintergrund werden in Korea vielfältige Vorschläge zur Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit und/oder zur Vermeidung der Zersplitterung der Verfassungsrechtsprechung diskutiert. Die meisten Staatsrechtler plädieren dabei vehement für die Einführung der Urteilsverfassungsbeschwerde. Ob dieser Schritt über eine Gesetzesänderung hinaus auch einer Verfassungsänderung – vor allem des Wegfalles des Art. 107 Abs. 2 KV – bedarf, ist allerdings umstritten³². Auf jeden Fall haben die Befürworter der Urteilsverfassungsbeschwerde neuerdings Aufwind, da seit Kurzem eine Debatte über die Revision der Verfassung auf der aktuellen politischen Agenda steht. Obgleich diese Debatte je nach politischer Lage immer wieder unterbrochen wird, besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass es an der bestehenden Verfassung noch viel zu verbessern gibt, weil sie in der angespannten politischen Lage des Jahres 1987 übereilt zustande gekommen ist. Allerdings haben dabei auch andere Meinungen die Möglichkeit, sich durchzusetzen. Der andere Pol des Meinungsspektrums vertritt die Auffassung, dass das Verfassungsgericht mit dem KOGH vereinigt werden sollte³³. Dieser Vorschlag wird vor allem seitens des

³² Zur Auffassung, dass die Einführung der Urteilsverfassungsbeschwerde keine Verfassungsänderung voraussetze, vgl. *박경철* [Park, Gyung-chul], in: *공법연구* [Public Law] 30-3 (Feb. 2002), 155 (179 ff.); *정연주* [Jung, Yon-ju], in: *헌법학연구* [Constitutional Law] 11-2 (Jun. 2005), 49 (57 ff.); *정종섭* [Chong, Jong-sup], *헌법소송법* [Constitutional Litigation], S. 580 f. Hierzu kritisch *곽태철* [Gwak, Tae-chul], in: *재판자료* [Nachschlagewerke für gerichtliche Entscheidungen] 75 (1997), 341 (389 f.); *유남석* [Yoo, Nam-seok], in: *재판자료* [Nachschlagewerke für gerichtliche Entscheidungen] 75 (1997), 281 (309 f.); *정태호* [Chung, Tae-ho], in: *헌법논총* [Archiv des Verfassungsrechts] 6 (1995), 249 (271 ff. u. 302 f.); *최완주* [Choi, Wan-joo], in: *재판자료* [Nachschlagewerke für gerichtliche Entscheidungen] 75 (1997), 123, (211 f.); *한수웅* [Han, Soo-woong], in: *헌법논총* [Archiv des Verfassungsrechts] 10 (1999), 283 (287 ff.).

³³ *최완주* [Choi, Wan-joo], in: *법조* [Bup-jo] 55-3 (Mär. 2006), 19 (36 f.).

KOGH unterstützt.

3. Ungeachtet der unterschiedlichen Rechtslagen der beiden Länder lässt sich die gemeinsame Frage stellen, worin die Nützlichkeit der Urteilsverfassungsbeschwerde liegt und welches Gewicht man ihr beimessen kann. Von der Beantwortung dieser Frage hängt z.B. ab, ob es empfehlenswert ist, in Deutschland die Urteilsverfassungsbeschwerde abzuschaffen, oder ob sie im Gegenteil auch in Korea eingeführt werden sollte. Die vorliegende Arbeit möchte mithilfe einer rechtsvergleichenden Betrachtung zur Beantwortung dieser Frage beitragen.

Dabei wird die Untersuchung überwiegend aus koreanischer Perspektive durchgeführt. Dies lässt sich aus mehreren Gründen rechtfertigen: Zunächst ist das Thema der Nützlichkeit der Urteilsverfassungsbeschwerde in Korea von großer rechtspolitischer Bedeutung. Wie oben erläutert, ist der Wunsch, die Urteilsverfassungsbeschwerde einzuführen, im Kreis der koreanischen Staatsrechtslehrer stark ausgeprägt. Einen erneuten Anstoß dazu liefert vor allem die aktuelle Debatte über die Verfassungsänderung. Allerdings findet sich bis heute keine hinlänglich nachvollziehbare Bilanzierung der Auswirkungen der Einführung der Urteilsverfassungsbeschwerde – und zwar nicht nur der positiven, sondern auch der negativen Effekte – in der koreanischen Literatur.

Auf der anderen Seite wird in Deutschland die Nützlichkeit der Urteilsverfassungsbeschwerde nicht ernsthaft bezweifelt. Eine Debatte über ihre Abschaffung existiert nur am Rande. International findet die deutsche Verfassungsbeschwerde nachhaltige Beachtung³⁴. Sie ist eines der wichtigsten Elemente, welche das Bundesverfassungsgericht zum Vorbild für zahlreiche ausländische Verfassungsgerichtsbarkeiten machen³⁵. Mittlerweile haben etliche Länder nach dem deutschen Vorbild die Urteilsverfassungsbeschwerde eingeführt³⁶ oder ziehen deren Einführung in Erwägung³⁷. Angesichts des unzweifelhaften Erfolgs dieses Rechtsinstituts konzentriert sich das Schrifttum in Deutschland nur auf Vorkehrungen gegen ihre

³⁴ Brunner, JöR n.F. 50 (2002), 191 (208).

³⁵ Vgl. Häberle, in: FS 50 Jahre BVerfG, S. 311 (329); Wahl, in: Henne/Riedlinger (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, S. 371 (388).

³⁶ Die Urteilsverfassungsbeschwerde ist zum Beispiel in Spanien (Art. 161 Abs. 1 lit. b sp. Vf), in Tschechien (Art. 87 Abs. 1 lit. d tschech. Vf), in Slowenien (Art. 160 Abs. 1 slowen. Vf) und in Albanien (Art. 131 lit. f. i.V.m. Art. 42 alb. Vf) eingeführt worden. Vgl. Wieser, Vergleichendes Verfassungsrecht, S. 142; Luchterhandt, in: ders./Starck/Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, S. 295 (324 f.).

³⁷ Zum Beispiel wurde in neuerer Zeit in einer Diskussion über eine Verfassungsänderung in Österreich die Frage, ob die Urteilsverfassungsbeschwerde anerkannt werden sollte, als wichtiges Thema behandelt. Vgl. Österreich-Konvent, Tonbandschrift der 16. Sitzung (10. Dez. 2004), S. 26 f., http://www.konvent.gv.at/K/DE/KSITZ/KSITZ_00016/pmh.shtml.

negativen Wirkungen – d.h. auf die Eingrenzung des Prüfungsumfangs und die Entlastung des BVerfG. In einem weiteren Sinne hängt dies aber doch mit der Nützlichkeit der Urteilsverfassungsbeschwerde zusammen; hätten alle denkbaren Vorkehrungen keinen Erfolg, würde die Nützlichkeit wegen des unverhältnismäßig hohen Preises gegen null tendieren. Für die koreanischen Leser, welche die deutsche Rechtslage für einen wichtigen Ausgangspunkt ihrer rechtspolitischen Erwägungen halten, ist eine ausführliche Darstellung der diesbezüglichen deutschen Praxis bzw. Lehre deshalb von Bedeutung.

Schließlich steht außer Zweifel, dass das deutsch-österreichische Verfassungsgerichtswesen und der US *Supreme Court* weltweit als vorbildliche Modelle gedient haben und dienen. Allerdings ist es eine andere Frage, welches Modell bei der Ausgestaltung oder Umgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit zu rezipieren ist und wie der Prototyp – sei es das deutsch-österreichische oder das amerikanische Modell – dem rezipierenden Land angepasst werden sollte. Für die Beantwortung dieser Frage reichen eine bloße Betrachtung der Prototypen und ihr Vergleich miteinander allerdings nicht aus; vielmehr muss die gegenwärtige gesellschaftliche, politische sowie rechtskulturelle Situation des rezipierenden Landes mitberücksichtigt werden. Die dadurch gefundene Lösung und deren Ausführungserfahrungen können wiederum denjenigen Ländern, in denen ähnliche Rahmenbedingungen herrschen, eine gute Orientierungsmöglichkeit bieten. In diesem Sinne kann man mit guten Gründen dem koreanischen Verfassungsgericht einen beispielhaften Charakter zuweisen, weil Korea mit den meisten ostasiatischen Ländern einen gemeinsamen kulturellen Hintergrund³⁸ und ähnliche sozial-historische Erfahrungen³⁹ teilt. Jenseits dieser gleich bzw. ähnlich gelagerten Situationen wurde das bestehende koreanische Verfassungsgericht, das sich sehr stark an dem deutschen Vorbild orientiert, 1988 errichtet und führte anders als seine Vorgänger eine erhebliche Aktivierung der Verfassungsgerichtsbarkeit herbei. Entgegen einer Neigung zur autoritären Regierung, welche manchmal die Verfechtung der sog. „asiatischen Werte“⁴⁰ zum Vorwand

³⁸ Vom kulturellen Gesichtspunkt aus scheint Korea wie ein Miniaturbild von Asien, wo im Laufe der Geschichte verschiedene Kulturen wie Buddhismus, Konfuzianismus, Taoismus, Hinduismus, Islam und Christentum nacheinander aufblühten. In diesem Land koexistieren bis heute Schamanismus, Buddhismus, Konfuzianismus und Christentum als Hauptkulturen.

³⁹ Genauso wie die meisten anderen asiatischen Länder musste Korea die bittere historische Erfahrung machen, dass zur Zeit des Imperialismus das Selbstbewusstsein seines Volkes durch die Kolonialherrschaft stark beschädigt wurde und seine Demokratie nach der Befreiung bis vor Kurzem unter der Entwicklungsdiktatur litt.

⁴⁰ Das Wort „*Asian Values*“ ist eher ein politischer Ausdruck als ein wissenschaftlicher Begriff. Dieses neue, aber mittlerweile in Ostasien verbreitete Konzept stammt wahrscheinlich aus Singapur. Mit diesem Begriff hat der ehemalige Premierminister Singapurs, 李光耀 [*Lee, Kuan-yew*], die asiatische kommunitaristische Tradition dem westlichen Individualismus gegenübergestellt. Dadurch hat er die Leitung des asiatischen Wirtschaftsentwicklungsmodells durch eine autoritäre Regierung mit den herkömmlichen konfuzianistischen Vorstellungen in Beziehung bringen wollen. Diese Ideologie ist

nimmt, bietet seine lebhaftige Tätigkeit einen guten Ausgangspunkt dafür, die Demokratisierung weiter voranzutreiben und zu konsolidieren. Ein beispielhaftes Element des koreanischen Verfassungsgerichts gegenüber den anderen ostasiatischen Ländern liegt insbesondere darin, dass es – wenn auch in eingeschränktem Umfang – bereits auf die „echten Grundrechtsbeschwerden“⁴¹ reagiert und dadurch in besonderem Maße auf die Verwirklichung des materiellen Rechtsstaats in Korea Einfluss nimmt. Nach alledem erscheint es sinnvoll, sich mit der Nützlichkeit der Urteilsverfassungsbeschwerde aus der Perspektive dieses fernöstlichen Staates auseinanderzusetzen.

B. Der Gang der Untersuchung

Der Ausgangspunkt dieser Arbeit ist die These, dass das Rechtsinstitut der Urteilsverfassungsbeschwerde mit der spezifischen Justizstruktur eines bestimmten Staates in einem engen Zusammenhang steht. Einer der wesentlichen Faktoren hierbei ist die Eröffnung der Normenkontrollkompetenz. Auf den ersten Blick erscheinen die Normenkontrolle und die Urteilsverfassungsbeschwerde als sehr unterschiedlich. Die Normenkontrolle betrifft abstrakte Gesetzesnormen, während sich die Urteilsverfassungsbeschwerde in erster Linie auf Einzelakte, nämlich auf gerichtliche Urteile, bezieht. Ferner setzt die Normenkontrolle, anders als die Verfassungsbeschwerde, nicht unbedingt die Verletzung eines subjektiven Grundrechts voraus. Aufgrund dieser Verschiedenheit haben die bisherigen Abhandlungen zur Urteilsverfassungsbeschwerde ihre Untersuchung meist nicht auf die Normenkontrolle ausgedehnt, sondern sich auf die Erörterung der Probleme der „reinen Urteilsverfassungsbeschwerde“, d.h. der „Verfassungsbeschwerde [...] gegen Gerichtsentscheidungen, die auf Grund *verfassungsmäßiger* Gesetze ergangen sind“⁴², beschränkt⁴³. Dennoch ist zu beachten, dass sowohl in Deutschland als auch in Korea

indes auf erhebliche Kritik gestoßen, denn sie wurde mobilisiert, um den universalen Wert der Demokratie bzw. der Menschenrechte herabzusetzen. Vgl. *de Bary*, Asian Values and Human Rights, S. 1 ff.; *Heinz*, in: *Schubert* (Hrsg.), Menschenrechte in Ostasien, 53 (59 ff.).

⁴¹ *Brunner*, JöR n.F. 50 (2002), 191 (206 u. 218), der unter der „echten Grundrechtsbeschwerde“ einen Rechtsbehelf versteht, mit dem sich der Einzelne gegen einen seine Grundrechte unmittelbar verletzenden Akt der öffentlichen Gewalt an das Verfassungsgericht wenden kann. Als „unechte Grundrechtsbeschwerde“ bezeichnet er hingegen dasjenige Institut, mit dem der Beschwerdeführer dem Verfassungsgericht statt des die Grundrechte verletzenden Einzelakts nur die dem einzelnen Rechtsanwendungsakt zugrunde liegende Rechtsnorm vorlegen kann.

⁴² *Starck*, JZ 1996, 1033.

⁴³ Zu einer solchen Eingrenzung siehe etwa *Steinwedel*, „Spezifisches Verfassungsrecht“ und „einfaches Recht“, S. 24; *Bender*, Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung gerichtlicher Entscheidungen, S. 6 f.; *Starck*, a.a.O., 1033; *Düwel*, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsge-

die Debatte über die Nützlichkeit der Urteilsverfassungsbeschwerde weitgehend belanglos wäre, wenn es kein verselbständigtes Verfassungsgericht gäbe oder die Normenkontrollkompetenz und somit die höchste Autorität der Verfassungsauslegung nicht dem Verfassungsgericht übertragen wäre. Im Hinblick darauf stellt sich bezüglich des Themas dieser Arbeit die Frage, warum die Normenkontrollkompetenz gerade dem verselbständigten Verfassungsgericht zugeteilt werden sollte. Da diese Frage in der Literatur nicht ausreichend behandelt wird, beschäftigt sich diese Arbeit zunächst mit ihrer Beantwortung (Erster Teil).

Anschließend ist auf den Begriff der Verfassungsbeschwerde einzugehen; die Urteilsverfassungsbeschwerde ist ein Unterfall der Verfassungsbeschwerde. Durch eine allgemeine Definition der Verfassungsbeschwerde kann das Verständnis der Besonderheit der Urteilsverfassungsbeschwerde erweitert werden. Sodann werden die Spezifika der deutschen Verfassungsbeschwerde näher behandelt (Zweiter Teil).

Schließlich befasst sich diese Arbeit mit der koreanischen Verfassungsbeschwerde. Die Untersuchung wird dabei die vielfältigen Auswirkungen des Ausschlusses gerichtlicher Entscheidungen vom Beschwerdegegenstand beschreiben (Dritter Teil).

Diese Arbeit stellt allerdings keine abschließende Diskussion der Nützlichkeit der Urteilsverfassungsbeschwerde dar, sondern ist eher als Anregung für die diesbezügliche Debatte zu verstehen. Es wird gehofft, dass die vorliegende Untersuchung eine Grundlage für weitere wissenschaftliche Auseinandersetzungen zu bieten vermag.

rechts bei Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen, S. 22; *Alleweldt*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, S. 100.

Erster Teil

Zuteilung der Normenkontrollkompetenz

A. Typen der gerichtlichen Normenkontrolle

I. Das Problem der Terminologie

1. Zwei Begriffspaare

Bezüglich der Typen der gerichtlichen Normenkontrolle finden sich zwei Begriffspaare in der Literatur. Das eine Begriffspaar ist „diffuses/konzentriertes System“¹ und das andere „Einheits-/Trennungsmodell“². Trotz dieses terminologischen Unterschieds stimmen die beiden Klassifikationen inhaltlich miteinander überein.

Beim diffusen System oder Einheitsmodell handelt es sich um ein Modell, bei dem die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes von jedem Gericht *inzidenter*, d.h. aus Anlass eines bei ihm anhängigen Prozesses überprüft werden kann. Zu den Staaten, die diesem Typ folgen, zählen die USA, Kanada, Australien, Indien, Japan, die Schweiz und die skandinavischen Staaten³.

Beim konzentrierten System oder Trennungsmodell hingegen steht die Normenkontrolle ausschließlich einem einzigen, von den gewöhnlichen Gerichten institutionell getrennten Verfassungsgericht zu. Während beim Einheitsmodell (oder diffusen System) die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes als Vorfrage innerhalb eines normalen Verfahrens geprüft werden kann, ist sie beim Trennungsmodell (oder konzentrierten System) *prinzipaliter*, d.h. als Hauptfrage in einem für die Normenkontrolle speziell eingerichteten Verfahren zu überprüfen. Dieses Modell lässt sich in Österreich, Italien, der Bundesrepublik Deutschland, Spanien, Südkorea sowie den meisten osteuropäischen Staaten finden⁴.

¹ *Cappelletti/Ritterspach*, JöR n.F. 20 (1971), 66 (82); *Brunner*, JöR n.F. 50 (2002), 191 (193); *Schleich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 3; *Weber*, in: *Starck* (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt, S. 35 (37 ff.); *Wieser*, Vergleichendes Verfassungsrecht, S. 120.

² *Voßkuhle*, in: *v. Mangolt/Klein/Starck*, GG, Art. 93 Rn. 14 f.; *Kau*, United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht, S. 87.

³ *Cappelletti/Ritterspach*, a.a.O., 82; *Voßkuhle*, a.a.O., Rn. 14; *v. Brünneck*, Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien, S. 28 f.

⁴ *Cappelletti/Ritterspach*, a.a.O., 82 f.; *Voßkuhle*, a.a.O., Rn. 15; *v. Brünneck*, a.a.O., S. 29.

2. Die der Terminologie zugrunde liegende Perspektive

Es ist zunächst merkwürdig, dass die scheinbar einen Gegensatz bildenden beiden Wörter – zum einen „diffus“ und „einheitlich“, zum anderen „konzentriert“ und „getrennt“ – sich wechselseitig ersetzen können, um sodann denselben Typ zu bezeichnen. Bei näherer Betrachtung lässt sich jedoch erkennen, dass die verschiedenen Terminologien die ihnen jeweils zugrunde liegenden unterschiedlichen Perspektiven widerspiegeln.

a) Beim Begriffspaar „Einheits-/Trennungsmodell“

Das Begriffspaar „Einheits-/Trennungsmodell“ unterscheidet begrifflich zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit und der sog. „Fachgerichtsbarkeit“⁵. Den zu vereinheitlichenden oder zu trennenden Gegenstand bilden hier gerade die beiden Gerichtsbarkeiten. Damit suggeriert diese Terminologie die Perspektive, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit aufgrund ihrer Besonderheit von der Fachgerichtsbarkeit institutionell trennbar ist.

Diese Besonderheit liegt vornehmlich in der Eigenart des als Kontrollmaßstab fungierenden Rechtstoffes, d.h. des Verfassungsrechts⁶. Das Verfassungsrecht ist „das Recht für das Politische“⁷. Verfassungsrechtlich zu regeln ist der politische Bereich, der nur schwerlich unter tatbestandsmäßige Regelungen zu subsumieren ist. Wegen der Formlosigkeit respektive Unvorhersehbarkeit der zukünftigen politischen Entscheidungen kann das Verfassungsrecht nicht umhin, seine Inhalte gewissermaßen mit Offenheit auszugestalten. Dies führt zu Schwierigkeiten bei seiner Interpretation, der die herkömmlichen Auslegungsmethoden in aller Regel nur unzulänglich gerecht werden können. Jenseits dieser Problematik besitzt der Kontrollgegenstand, also einfache Gesetze, wegen der mehrheitlichen Zustimmung im Parlament eine außerordentlich hohe demokratische Legitimation. Um die demokratische Gesetzgebung nicht zu usurpieren, muss sich die rechtsprechende Gewalt bei der Normenkontrolle strikt an die Vorgaben des Verfassungsrechts halten. Allerdings verbleibt ihr anhand vieler unbestimmter bzw. offener Verfassungsbestimmungen festzustellen, was das Verfassungsrecht vorgegeben hat. Bei der Normenkontrolle, die im Schnittpunkt zwischen Recht und Politik steht und über den Einzelfall hinaus von Bedeutung ist, werden daher äußerste Rationalität und Rechtssicherheit verlangt, die

⁵ Kritisch zu diesem gängigen Terminus *Schumann*, Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozeß, S. 49; *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 22.

⁶ *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, S. 944 ff.

⁷ *Triepel*, VVDStRL 5 (1929), 2 (8).

letzten Endes nur von einem Gericht von höchster Qualität bzw. Autorität zu gewährleisten sind. Aus diesem Grund stellt sich die Frage, ob es hierfür zweckmäßig ist, ein auf verfassungsrechtliche Fragen spezialisiertes Gericht einzurichten. Dem Begriffspaar „Einheits-/Trennungsmodell“ wohnt vermutlich diese Überlegung inne.

b) Beim Begriffspaar „diffuses/konzentriertes System“

Im Gegensatz dazu setzt das Begriffspaar „diffuses/konzentriertes System“ die begriffliche Unterscheidung der beiden Gerichtsbarkeiten nicht voraus. Hier hat entweder jedes Gericht oder ein einziges Gericht die Befugnis, eine gesetzliche Norm auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu prüfen (in englischer Terminologie „*judicial review*“). Damit wird jedoch nicht thematisiert, ob die Normenkontrolle ihrer Natur nach einen selbständigen Bereich bilden kann, sondern nur beschrieben, an wie viele Gerichte die Befugnis der *judicial review* verteilt ist.

Vor diesem Hintergrund können nunmehr einige kritische Aspekte, hauptsächlich zum konzentrierten System, erörtert werden. Nimmt man als gemeinsame Grundlage der beiden Typen der *judicial review* an, dass das rechtsprechende Organ die Aufgabe hat, den Geltungsvorrang der Verfassungsnorm gegenüber der mit dieser in Widerspruch stehenden gesetzlichen Norm durchzusetzen, dann stellt sich nun die Frage, warum die *judicial review* auf ein einziges Gericht konzentriert und zugleich den anderen Gerichten entzogen werden sollte. Dies ist zweifelhaft, zumal sich aus der Konzentrierung ergeben könnte, dass die Fachgerichte Gesetze, die sie für verfassungswidrig halten, bis zur Verfassungswidrigerklärung durch das Verfassungsgericht stets als gültig behandeln und anwenden müssen, wie es für die Gerichte unter dem österreichischen Bundesverfassungsgesetz von 1920/1929 der Fall war. Ferner könnten verfassungsrechtliche Fragen und ein spezifisches Fallmaterial unter dem konzentrierten System voneinander abgekoppelt werden, was seitens der Fachgerichte zu einer Unsensibilität gegenüber verfassungsrechtlichen Fragen, seitens des Verfassungsgerichts zu einer Unflexibilität der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung führen kann⁸. Diese Probleme lassen sich mit den Termini „diffuses/konzentriertes System“ leicht erkennen, da diese nicht den Eindruck erwecken, als ob die *judicial review* aufgrund ihrer Besonderheiten einen selbständigen Bereich bilden könnte.

3. Die Kompatibilität der beiden Perspektiven

Wie oben gesehen, haben die beiden Perspektiven unterschiedliche Ansatzpunkte.

⁸ *Cappelletti*, *Judicial Review in the Contemporary World*, S. 79 ff.

Die eine geht von der Besonderheit der Verfassungsgerichtsbarkeit aus, die andere hingegen von der Generalität der Aufgabe der *judicial review*, d.h. davon, dass der Vorrang der Verfassung im Grunde für alle rechtsprechenden Organe gelten sollte.

Diese verschiedenen Gesichtspunkte liegen jeweils auch den sich gegenüberstehenden Typen der *judicial review* zugrunde. Das Trennungsmodell (oder das konzentrierte System) basiert auf der Besonderheit der Verfassungsgerichtsbarkeit, während das Einheitsmodell (oder das diffuse System) auf der Generalität der Aufgabe der *judicial review* fußt. Damit erscheinen die obigen Perspektiven auf den ersten Blick so, als erzielten sie notwendigerweise unterschiedliche Ergebnisse und ließen sich nicht miteinander harmonisieren.

Allerdings sind sie nicht inkompatibel. Es gilt sogar als wünschenswert, dass sie sich ergänzen. Dies ist durch die Tendenz erwiesen, dass sich die beiden Prototypen der gerichtlichen Normenkontrolle sich ihrerseits modifizieren und einander annähern: Zwar ist in Österreich die Prüfung der Gültigkeit gehörig kundgemachter Gesetze den einfachen Gerichten entzogen (Art. 89 Abs. 1 B-VG) und auf den österreichischen Verfassungsgerichtshof zentralisiert (Art. 140 B-VG). Durch die Verfassungsnovelle von 1929 wurde das Antragsrecht auf Gesetzesprüfung aber auch den beiden obersten Gerichten, d.h. dem Obersten Gerichtshof und dem Verwaltungsgerichtshof, eingeräumt. Das bedeutet, dass nunmehr diese beiden Gerichte hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes das Prüfungsrecht im weiteren Sinne ausüben können. Dieses partielle Prüfungsrecht wurde 1985 wiederum auf Gerichte zweiter Instanz ausgedehnt. Damit kann man sagen, dass der heutige Normenkontrolltyp in Österreich genauer als ein Trennungsmodell, welches auch Elemente des diffusen Systems beinhaltet, zu bezeichnen ist. Demgegenüber ist in den USA eine umgekehrte Tendenz zu beobachten. Mithilfe des Instituts des „*writ of certiorari*“ legt der *Supreme Court* der USA immer mehr Gewicht auf verfassungsrechtliche Fragen und spezialisiert sich auf diese. Somit wird auch der Terminus „diffuses System mit dem Element des Trennungsmodells“ vorstellbar.

4. Stellungnahme

Heutzutage ist es nicht mehr möglich, die *judicial reviews* aller Länder völlig dichotom zu klassifizieren, denn mittlerweile sind zahlreiche gemischte Typen entstanden⁹. Darüber hinaus tendieren die beiden Grundtypen selbst dazu, sich zu modifizieren und sich einander anzunähern. Dennoch ist es nach wie vor bedeutsam,

⁹ Zu den Beispielen für die Länder mit dem gemischten System gehören etwa Portugal, Kolumbien, Venezuela, Guatemala, Peru und Brasilien. Vgl. *Brewer-Carías*, *Judicial review in comparative law*, S. 261 ff.

die beiden Prototypen als Ausgangspunkt zu betrachten, zum einen, weil sie jeweils verschiedene Gesichtspunkte verkörpern, zum anderen, weil sie bis heute für die Länder, die ihre Verfassungsgerichtsbarkeit gestalten oder verbessern wollen, wegweisende Vorbilder darstellen.

Allerdings verbleibt noch die Frage, welches Begriffspaar vorzuziehen ist. Die Antwort darauf würde eine Prioritätssetzung zwischen den beiden Gesichtspunkten bedeuten. Nicht zu verkennen ist jedoch die praktische Bedeutung, die die Wahl zwischen den zwei Paaren mit sich bringt. Das heißt, dass die *judicial review* eines Landes, je nach dem, welches Begriffspaar benutzt wird, in einen der verschiedenen Typen eingegliedert wird oder mindestens einem bestimmten Typ näher als einem anderen erscheint.

Wenn die Termini „diffuses/konzentriertes System“ ausgewählt würden, könnte man z.B. die portugiesische *judicial review* im diffusen System eingliedern, denn in Portugal kann jeder Richter ein für verfassungswidrig gehaltenes Gesetz außer Anwendung lassen¹⁰. Unter den Termini „Einheits-/Trennungsmodell“ könnte die *judicial review* dieses Lands hingegen anders erfasst werden. In Portugal ist nämlich auch ein höchstes Gericht eingerichtet, das auf die Normenkontrolle spezialisiert ist¹¹. In Bezug auf einen konkreten Rechtsstreit beschränkt sich der Prüfungsumfang des Verfassungsgerichts auf die Verfassungs- oder Gesetzmäßigkeit der fraglichen Norm, wobei ihm verwehrt ist, die Entscheidung ordentlicher Gerichte durch seine eigene zu ersetzen¹². In diesem Sinne könnte man die portugiesische *judicial review* als Trennungsmodell bezeichnen.

Ein umgekehrtes Beispiel ist Uruguay. Da hier die Kompetenz zur Normenkontrolle auf den Obersten Gerichtshof konzentriert ist, könnte man von einem konzentrierten System sprechen¹³. Allerdings ist der Oberste Gerichtshof in Uruguay kein verselbständigtes Gericht, dessen Zuständigkeit sich auf verfassungsrechtliche Streitigkeiten beschränkt. Er steht vielmehr an der Spitze sowohl der Verfassungsgerichtsbarkeit als auch der ordentlichen Gerichtsbarkeit, wodurch die beiden Gerichtsbarkeiten in dem einen Gericht vereinigt werden. Daher wäre es nicht ganz

¹⁰ Schon in der Verfassung von 1911 hat dieses allgemeine richterliche Prüfungsrecht seine verfassungsrechtliche Grundlage gefunden. Vgl. *Cardoso da Costa*, in: *Starck/Weber* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa I*, S. 199 (201); *Miranda*, in: *Horn/Weber* (Hrsg.), *Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika, Spanien und Portugal*, S. 81 (82 u. 92).

¹¹ Mit der Verfassungsrevision von 1982 wurde das Verfassungsgericht in Portugal eingerichtet. Vgl. *Cardoso da Costa*, a.a.O., S. 202; *Miranda*, a.a.O., S. 82.

¹² Vgl. *Cardoso da Costa*, a.a.O., S. 207 f.; *Miranda*, a.a.O., S. 92 ff.

¹³ Bereits am 10. 7. 1969 wurde das Ausführungsgesetz zur Regelung des Verfahrens der konzentrierten Normenkontrolle mit Wirkung *inter partes* erlassen. Diese ausschließliche Zuständigkeit des Obersten Gerichtshofs ist wiederum in Art. 257 der Verfassung von 1997 ausdrücklich vorgeschrieben. Vgl. *Lösing*, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika*, S. 367 u. 370 f.; *Brewer-Carías*, a.a.O., S. 244.

falsch, wenn man das uruguayische Normenkontrollsystem auch in das Einheitsmodell eingliedern würde.

In der Tat können weder die Termini „diffuses/konzentriertes System“ noch die Begriffe „Einheits-/Trennungsmodell“ die Eigenschaften der beiden Prototypen vollständig beschreiben. Jedes Begriffspaar fokussiert nämlich nur eine Seite. Erst durch die Kombination der beiden Paare könnten daher die Prototypen vollkommen erfasst werden: das „diffuse Einheitsmodell“ einerseits und das „konzentrierte Trennungsmodell“ andererseits. Allerdings ist diese Kombination keineswegs zwangsläufig, es wären noch weitere vorstellbar, so z.B. das „diffuse Trennungsmodell“ wie die portugiesische *judicial review* und das „konzentrierte Einheitsmodell“ wie die uruguayische.

Zur verständlichen Bezeichnung der beiden Prototypen wird daher in dieser Arbeit ein anderes, eher neutrales Begriffspaar bevorzugt, das auf das Geburtsland des jeweiligen Typs hinweist, nämlich „das österreichische/amerikanische Modell“.

II. Die Beziehungen zwischen dem Typ der Normenkontrolle und der Rechtskultur

1. Fragestellung

Wie allgemein bekannt, hat der *Supreme Court* der USA im Jahre 1803 in seiner Entscheidung *Marbury versus Madison*¹⁴ zum ersten Mal ein Gesetz des amerikanischen Bundeskongresses auf seine Verfassungsmäßigkeit geprüft und es für verfassungswidrig erklärt. Mit diesem präjudiziellen Fall hat sich das amerikanische Modell in der Geschichte der *judicial review* etabliert.

Erst etwa ein Jahrhundert später wurde in Österreich die gerichtliche Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen positivrechtlich eingeführt. Das österreichische Bundesverfassungsgesetz von 1920/1929 hat in seinem Art. 140 die gerichtliche Normenkontrolle ausdrücklich vorgesehen. Auffällig ist jedoch, dass es das amerikanische Modell ablehnt und ein eigenes Modell geschaffen hat.

Für die Entwicklung der unterschiedlichen Typen der *judicial review* hat *Mauro Cappelletti* rechtskulturelle Gründe benannt¹⁵. Seiner Ansicht nach haben das amerikanische und das österreichische Modell jeweils mit der *Common-Law*-Tradition und der *Civil-Law*-Tradition zu tun. In Bezug auf seine Theorie können aber vielerlei Bedenken geäußert werden: Treffen seine Argumente aus der geschichtlichen

¹⁴ 5 U.S. (1 Cranch) 137.

¹⁵ *Cappelletti*, *Judicial Review in the Contemporary World*, S. 54 ff.

Perspektive zu? Kann der Zusammenhang zwischen der Rechtskultur und dem Typ der gerichtlichen Normenkontrolle irgendwie verifiziert werden? Wenn ja, ist dieser Zusammenhang in allen Fällen erwiesen?

Zwar setzt die Diskussion dieser Fragen die Erklärung voraus, was das Wesen der *Common-Law*-Tradition und das der *Civil-Law*-Tradition ist und wie sich diese beiden Traditionen voneinander unterscheiden. Allerdings bedürfte eine solche vollständige Darstellung sicherlich einer selbständigen Untersuchung. Daher wird der Unterschied zwischen den beiden Traditionen in der vorliegenden Arbeit nur insofern erläutert, als er als eine rechtskulturelle Grundlage für den bestimmten Typ der Normenkontrolle von Bedeutung ist.

2. Das Fehlen des *stare-decisis*-Prinzips

a) Die Bedeutung des *stare-decisis*-Prinzips

„*Stare decisis et non quieta movere*“ (Kurzform „*stare decisis*“) bedeutet „bei Entscheidungen stehen bleiben“¹⁶. Das Prinzip der *stare decisis* stellt ein bedeutendes Element der *Common-Law*-Tradition dar, die charakteristischerweise vornehmlich auf Fallrecht basiert¹⁷. Mit diesem Prinzip hat der tragende Grund der Vorentscheidung – die sog. „*ratio decidendi*“ –, soweit er den zu beurteilenden Streitfall erfassen kann, gesetzesähnliche Bindungswirkung, so dass sich die Rechtssicherheit wahren lässt¹⁸.

Das Prinzip besteht aus zwei Komponenten: einer vertikalen und einer horizontalen. Danach sind Richter vertikal an präjudizielle Entscheidungen übergeordneter Gerichte, horizontal an Vorentscheidungen desselben Gerichts gebunden¹⁹. Während sich die Selbstbindung mittlerweile einigermaßen auflockert, wird die Fremdbindung bis heute im angloamerikanischen Rechtskreis strikt eingehalten²⁰.

Das Prinzip der *stare decisis* scheint den *Civil-Law*-Ländern fremd zu sein. In ihnen bilden Präjudizien für sich genommen anders als in den *Common-Law*-Ländern keine Rechtsquelle. Hier erhalten Präjudizien nicht ohne Weiteres eine Bindungswirkung, sie kann ihnen erst durch das Gesetzesrecht eingeräumt werden.

Praktisch gesehen lässt sich freilich auch im *Civil-Law*-Rechtskreis die „präsum-

¹⁶ Vgl. *Pilny*, Präjudizienrecht im anglo-amerikanischen und im deutschen Recht, S. 19; *Lundmark*, Juristische Technik und Methodik des Common Law, S. 151.

¹⁷ Vgl. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 253 ff.

¹⁸ Vgl. ebenda, S. 254; *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, S. 75.

¹⁹ Vgl. *Lundmark*, a.a.O., S. 151 f.

²⁰ Vgl. *Schlüchter*, a.a.O., S. 75 u. 77.

tive Bindung²¹ an Präjudizien beobachten. Die Vorstellung, es sei Aufgabe der Richter, angeblich lückenlose Gesetze bloß syllogistisch auf den streitigen Sachverhalt anzuwenden, ist veraltet. Nicht selten wird ein Rechtssatz von der Richterschaft konkretisiert und zudem fortgebildet. Dabei gewinnen Präjudizien, die in Urteils-sammlungen veröffentlicht werden, immer mehr an Bedeutung. Wenn ein Gericht einschlägige Präjudizien nicht beachtet hat, könnte die Prozesspartei, die den Prozess verloren hat, selbstverständlich auf diese Tatsache ein Rechtsmittel stützen. Die Abweichung von Präjudizien würde also einschlägiger Gründe bedürfen²². In diesem Sinne haben Präjudizien faktische Bindungskraft, so dass damit im Endeffekt der scharfe Gegensatz zwischen der *Common-Law*- und der *Civil-Law*-Tradition bezüglich des *stare-decisis*-Prinzips ziemlich relativiert wird²³.

b) Die These von Cappelletti

Nach der Ansicht von *Cappelletti* stellt das Fehlen dieses Prinzips in der *Civil-Law*-Tradition einen der wichtigsten Gründe für die Entstehung der konzentrierten Normenkontrolle dar²⁴. Während in den *Common-Law*-Ländern die Auseinandersetzung über die Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Norm innerhalb der Gerichtsbarkeit durch das *stare-decisis*-Prinzip verhindert werden könne, wäre sie in den *Civil-Law*-Ländern, in denen es an diesem Prinzip fehlt, ohne Schaffung eines ihm entsprechenden Mittels kaum lösbar. Daraus ergebe sich die Einrichtung eines speziellen Gerichts in den *Civil-Law*-Ländern, dessen Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes Wirkung *erga omnes* haben sollte.

c) Das *stare-decisis*-Prinzip und die Entstehungsgeschichte des österreichischen Modells

Dieses Argument spiegelt einigermaßen zutreffend den Hintergrund der Entstehung des österreichischen Modells wider.

Bereits Mitte des 19. Jahrhunderts wurde im deutschsprachigen Raum als starker Einwand gegen das allgemeine richterliche Prüfungsrecht vorgebracht, dass unterschiedliche Beurteilungen eines Gesetzes in Bezug auf seine Verfassungsmäßigkeit unmittelbar zur Anarchie führen könnten²⁵. Als Mittel hiergegen hat *Robert v. Mohl* in einem Beitrag aus dem Jahre 1860 vorgeschlagen, dass jede sich aus den diver-

²¹ *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 245.

²² Vgl. ebenda, S. 243.

²³ Vgl. *Zweigert/Kötz*, a.a.O., S. 256 f.

²⁴ *Cappelletti*, a.a.O., S. 55 ff.

²⁵ Vgl. *H. Haller*, Die Prüfung von Gesetzen, S. 12 f.

genten Ausübungen des richterlichen Prüfungsrechts ergebende Verwirrung bzw. Rechtsunsicherheit letzten Endes durch das oberste Gericht als „Cassationshof“ beseitigt werden sollte, wobei dessen Entscheidung als „Gemeinbescheid“ alle Gerichte binden sollte²⁶. Aus einer ähnlichen Perspektive hielt es der 4. Deutsche Juristentag von 1863 für sehr wünschenswert, dass ein unabhängiger „Kassationshof“ auf Antrag eines bei einem Prozess Beteiligten oder der Staatsbehörde über die Frage, ob ein Gesetz verfassungsmäßig – genauer gesagt, unter der „Mitwirkung der Stände“ – zustande gekommen ist, endgültig zu entscheiden habe²⁷. Hier kommt der Gedanke zum Ausdruck, dass die einheitliche Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes von einem höchsten Gericht, das außerhalb des Instanzenzugs steht, gewährleistet werden sollte, indem dessen Entscheidung über den konkreten Fall hinaus für alle Richter maßgebend ist.

Trotz des großen Interesses sowohl der Wissenschaft als auch der praktisch tätigen Juristen an dem richterlichen Prüfungsrecht hat die sog. „Dezemberverfassung“ von 1867 nicht nur den ordentlichen Gerichten die vollständige Prüfung von Gesetzen ausdrücklich verwehrt²⁸, sondern auch dem Vorläufer des österreichischen Verfassungsgerichtshofes, dem Reichsgericht²⁹, keine Prüfungskompetenz hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zugesprochen. Vielmehr bestimmte § 30 des „Gesetzes betreffend die Organisation des Reichsgerichtes“, dass auch dem Reichsgericht die Prüfung der Gültigkeit gehörig kundgemachter Gesetze nicht zustehe. Während hinsichtlich der Gesetzmäßigkeit von Verordnungen die vollständige Prüfung durch Gerichte als selbstverständlich angesehen wurde, hielt man seinerzeit die gerichtliche Prüfung von Gesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit für unvereinbar mit dem Grundsatz der Bindung an das Gesetz³⁰ oder im Rückblick auf die damalige

²⁶ Vgl. v. Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik I, S. 86 f.

²⁷ Vgl. H. Haller, a.a.O., S. 14 ff.

²⁸ Art. 7 des „Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt“ lautete: „Die Prüfung der Gültigkeit gehörig kundgemachter Gesetze steht den Gerichten nicht zu. Dagegen haben die Gerichte über die Gültigkeit von Verordnungen im gesetzlichen Instanzenweg zu entscheiden.“

²⁹ Die Einrichtung des österreichischen Reichsgerichts war bereits im „Kremsierer Verfassungsentwurf“ von 1848/1849 und in der sog. „Märzverfassung“ von 1849 vorgesehen, wobei ihm das Reichsgericht der Frankfurter Reichsverfassung als Vorbild diene. Allerdings konnte es erst 1867 aufgrund des „Staatsgrundgesetzes über die Einsetzung eines Reichsgerichtes“ realisiert werden. Vgl. Lemayer, in: Mischler/Ulbrich (Hrsg.), Österreichisches Staatswörterbuch IV, S. 17.

³⁰ In Bezug auf Art. 7 des „Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt“ wurde im Bericht des Verfassungsausschusses dahingehend ausgeführt: „Wenn auch die gerichtlichen Organe bei Ausübung richterlicher Funktionen nur dem Gesetze unterworfen sind, so darf ihnen doch nicht das Recht eingeräumt werden, über den rechtsgiltigen Inhalt der Gesetze und insbesondere darüber zu entscheiden, ob die Gesetze nach ihrem Inhalte und ihrer Entstehung verfassungsmäßig sind. Dieses Prüfungs- und Entscheidungsrecht würde den Richter über das Gesetz stellen und die Rechtsanwendung verwirren; es würde dem Richter eine nur den legislativen Faktoren zustehende Befugnis einräumen und hiermit die richterliche Gewalt mit der gesetzgebenden vermengen. Es versteht sich übrigens von selbst, dass dem Richter das Recht zusteht, die formelle Beschaffenheit der angewendeten Gesetze – die Richtigkeit und verfassungsmäßige Form ihrer Verkündung zu prüfen, sowie über

politische Realität mindestens für gefährlich³¹.

Diese grundsätzliche Ablehnung des allgemeinen richterlichen Prüfungsrechts wurde durch Art. 89 des österreichischen Bundesverfassungsgesetzes von 1920/1929 (B-VG 1920) übernommen³². Im Gegensatz dazu räumte jedoch Art. 140 dieses Gesetzes zum ersten Mal dem Verfassungsgerichtshof – und zwar nur ihm – die Kompetenz zur Prüfung von Gesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit ein. Aus welchen Gründen dieser starke Kontrast zwischen dem Verfassungsgerichtshof und den sonstigen Gerichten etabliert wurde, ist indes nicht unbedingt klar. Eine mögliche Erklärung kann man in Anlehnung an den folgenden Kommentar zur damals erfolgten Konzentrierung des Verordnungsprüfungsrechtes aus dem Gedanken der einheitlichen Entscheidung ableiten:

„Dadurch, daß es im Ermessen jedes einzelnen Gerichtes stand, mit Bezug auf einen konkreten Fall eine Verordnung aus dem Grunde ihrer Gesetzwidrigkeit als nichtig zu behandeln, [...] war die Gefahr einer erheblichen Rechtsunsicherheit gegeben, da die verschiedenen Gerichte derselben Verordnung gegenüber zu verschiedenen Ergebnissen kommen konnten. Zwar waren gegen die Entscheidung der ersten Instanz, auch soweit sie die Gültigkeit einer Verordnung betraf, die gewöhnlichen Rechtsmittel gegeben, und es bestand so in allen jenen Fällen, in denen der Instanzenzug bis zum obersten Gerichtshof führte – allerdings nur in diesen – die Möglichkeit einer gewissen Konzentration der Judikatur. Allein es war weder ein solcher Instanzenzug an der obersten Gerichtshof in allen Fällen zulässig, noch mußte es überhaupt zu einem Instanzenzug kommen. Aber selbst wenn die Frage zum obersten Gerichtshof gebracht wurde, konnte auch dieser nur, und ohne jede präjudizielle Wirkung für die anderen Gerichte, die Anwendung der Verordnung lediglich für den konkreten Fall ablehnen. Dazu kommt, daß die Forderung der Gesetzmäßigkeit der Verordnungen in erster Linie ein Verfassungsinteresse darstellt, zu dessen Wahrung der mit der Zivil- und Strafgerichtsbarkeit befaßte oberste Gerichtshof nicht besonders geeignet ist. [...] Darum hat das Bundes-Verfassungsgesetz den Gerichten das Verordnungsprüfungsrecht zwar nicht direkt genommen, es aber an die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes gebunden. Während bisher die Rechtsanschauung eines Gerichtes, wo-

die Rechtsbeständigkeit und Anwendbarkeit der von der Regierung ausgehenden Verordnungen im gesetzlichen Instanzenzuge zu entscheiden.“ (zitiert nach *H. Haller*, a.a.O., S. 23).

³¹ Im Bericht des Verfassungsausschusses über den Entwurf des Staatsgrundgesetzes betreffend die Einsetzung eines Reichsgerichtes zeigt sich im Gegensatz zum Bericht zu Art. 7 des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt die folgende, wesentlich offenere Stellungnahme über die Normenkontrolle: „Bei der Unfertigkeit unserer Verfassungszustände und mit Rücksicht auf die traurigen Erfahrungen der Vergangenheit erschien aber jede Antastung der gesetzgebenden Gewalt der Vertretungskörper, jede Unterordnung derselben unter einen Richterspruch gefährlich, und musste diese Frage der Zukunft überlassen bleiben.“ (zitiert nach *H. Haller*, a.a.O., S. 24).

³² Art. 89 des österreichischen Bundesverfassungsgesetzes von 1920 lautete: „(1) Die Prüfung der Gültigkeit gehörig kundgemachter Gesetze steht den Gerichten nicht zu. (2) Hat ein Gericht gegen die Anwendung einer Verordnung aus dem Grund der Gesetzwidrigkeit Bedenken, so hat es das Verfahren zu unterbrechen und den Antrag auf Aufhebung dieser Verordnung beim Verfassungsgerichtshof zu stellen.“

nach eine Verordnung ungültig sei, nicht in allen Fällen und nur unter ganz bestimmten Bedingungen unter die Rechtskontrolle einer zentralen Gerichtsstelle gelangen konnte, ist nun mehr obligatorisch für alle Fälle angeordnet, in denen ein Richter gegen die Anwendung einer Verordnung Bedenken hat, daß die Frage der Gesetzmäßigkeit der Verordnung unter Ausschaltung jedes weiteren, nur zeitraubenden Instanzenzuges unmittelbar vom Verfassungsgerichtshof zu beantworten ist.³³

Ersichtlich wird hier das Fehlen des *stare-decisis*-Prinzips als einer der Gründe für die Änderung des Instituts der Verordnungsprüfung erwähnt. Wegen dieses Mangels konnte der Instanzenzug an den Obersten Gerichtshof trotz der „Möglichkeit einer gewissen Konzentration der Judikatur“ nicht als ausreichendes Mittel angesehen werden, um der sich aus verschiedenen Entscheidungen über die Gesetzmäßigkeit derselben Verordnungen ergebenden Rechtsunsicherheit zu begegnen. Daneben ließ das negative Urteil über den Obersten Gerichtshof, dass dieser zur Wahrung der Gesetzmäßigkeit der Verordnungen, die ihrerseits an verfassungsrechtlicher Bedeutung gewonnen haben, nicht besonders geeignet sei³⁴, den Instanzenzug bis zu ihm als „zeitraubend“ erscheinen. Daraus ergab sich die Konzentrierung der Verordnungsprüfung auf den Verfassungsgerichtshof, durch dessen Entscheidung eine gesetzwidrige Verordnung kassiert werden konnte.

Allerdings setzt diese Konzentrierung keinen vollständigen Ausschluss des Prüfungsrechts der sonstigen Gerichte voraus. In dieser Hinsicht stellt sich nun die Frage, warum bei der Gesetzesprüfung den einfachen Gerichten nicht nur ihr eigenes Prüfungsrecht, sondern auch jedes Antragsrecht zur Prüfung entzogen wurde, zumal dieser volle Ausschluss offenbar über den Zweck der einheitlichen Entscheidung hinausgeht. Hierfür könnten die folgenden Umstände eine angemessene Erklärung bieten: Auf der einen Seite hat man „im Moment des staatlichen Wandels zur Republik“ möglicherweise keinen konkreten Anlass gesehen, „den neuen demokratischen Gesetzgeber stärker unter Kontrolle zu stellen“³⁵. Auf der anderen Seite bestand ein Bedürfnis nach Einführung der Gesetzeskontrolle damals hauptsächlich im Problembereich des Verhältnisses zwischen Bundes- und Landesgesetzgebung³⁶. Mit dem Antragsrecht der Bundes- und der Landesregierung zur Gesetzesprüfung sollte eine Vorkehrungsmaßnahme gegen wechselseitige Kompetenzübergriffe im Bereich der Gesetzgebung geschaffen werden, was wegen der Errichtung der Republik Ö s-

³³ *Kelsen/Froehlich/Merkel*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920, S. 185 f.

³⁴ Daneben wurde auch der Verwaltungsgerichtshof bezüglich der Verordnungsprüfung perhorresziert, weil dieser damals stets geneigt war, das Verwaltungsinteresse zu wahren und die Gültigkeit von Verordnungen zu bestätigen. Vgl. *Walter*, Die Entstehung des Bundes-Verfassungsgesetzes 1920 in der Konstituierenden Nationalversammlung, S. 189.

³⁵ *H. Haller*, a.a.O., S. 68.

³⁶ Vgl. *Ermacora*, Der Verfassungsgerichtshof, S. 80 f.; *H. Haller*, a.a.O., S. 68; *Barton*, Die geschichtliche Entwicklung der verfassungsrechtlichen Normenprüfung in Österreich, S. 131.

terreich als Bundesstaat erforderlich war. Demgegenüber wurde das Interesse des Einzelnen an der Gesetzesprüfung wahrscheinlich gering geschätzt. Verglichen mit den präzisen Bestimmungen, die die Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den Ländern geregelt haben, waren die die Grundrechte betreffenden Vorschriften unzulänglich. Außer dem Gleichheitssatz (Art. 7 B-VG 1920) und dem Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 83 Abs. 2 B-VG 1920) waren die Grundrechte nicht direkt im österreichischen B-VG 1920 verankert³⁷. Vielmehr wurden aufgrund des Art. 149 B-VG 1920 die Grundrechtsbestimmungen der Dezemberverfassung 1867 zum großen Teil übernommen, nach denen die Grundrechte aber weitreichenden Gesetzesvorbehalten unterstanden³⁸. Die Prüfung eines Gesetzes auf die Einhaltung abstrakter Grundrechtsbestimmungen war nach Ansicht der Väter des B-VG 1920 sehr zurückhaltend vorzunehmen, wie sich in den folgenden Ausführungen *Kelsens* zeigt:

„Richtet die Verfassung an den Gesetzgeber die Aufforderung, seine Tätigkeit im Einklang mit der ‚Gerechtigkeit‘, ‚Freiheit‘, ‚Billigkeit‘, ‚Sittlichkeit‘ usw. zu entfalten, dann könnte man in diesen Worten Richtlinien für den Inhalt künftiger Gesetze erblicken. [...] Es ist daher die Möglichkeit keineswegs ausgeschlossen, daß ein Verfassungsgericht, zur Entscheidung über die Frage der Verfassungsmäßigkeit eines bestimmten Gesetzes angerufen, dieses Gesetz mit der Begründung kassiert, daß es ungerecht sei, denn ‚Gerechtigkeit‘ sei ein verfassungsmäßiger Grundsatz und daher vom Verfassungsgericht anzuwenden. Das bedeutete aber, daß dem Verfassungsgericht eine Machtvollkommenheit eingeräumt wird, die schlechthin als unerträglich empfunden werden muß. [...] Soll daher eine solche von der Verfassung gewiß nicht intendierte und politisch höchst unangebrachte Machtverschiebung vom Parlament zu einer außerhalb desselben stehenden Instanz vermieden werden, [...] dann muß sich die Verfassung, wenn sie ein Verfassungsgericht einsetzt, jeder derartigen Phraseologie enthalten; und, wenn sie Grundsätze, Richtlinien, Schranken für den Inhalt der zu erlassenden Gesetze aufstellen will, diese so präzise wie möglich bestimmen.“³⁹

Vor diesem Hintergrund war das Recht auf Gesetzesprüfung weder Sache der Prozessparteien noch der Gerichte im Instanzenzug, sondern diejenige der Bundes- sowie Landesregierung und von Amts wegen diejenige des Verfassungsgerichtshofes selbst. Mit Rücksicht auf die damals zu erwartende beschränkte Funktion der Normenkontrolle dürfte verständlich sein, dass der vollständige Ausschluss einfacher Gerichte von der Gesetzesprüfung in der nächsten Zeit keine Änderung erfahren

³⁷ Die Aufnahme eines umfangreichen Grundrechtskatalogs scheiterte einerseits an der weltanschaulichen Verschiedenheit der Parteien und andererseits am Zeitdruck. Vgl. *Sima*, Österreichs Bundesverfassung und die Weimarer Reichsverfassung, S. 259 f.

³⁸ Vgl. *Walter*, in: *Vogel* (Red.), Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle, S. 1 (10).

³⁹ *Kelsen*, VVDStRL 5 (1929), 30 (69 f.).

hat⁴⁰. Zwar wurde das Fehlen des *stare-decisis*-Prinzips bzw. die dadurch möglicherweise herbeigeführte Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Normenkontrolle als ein gewichtiges Problem angesehen, weshalb deren Konzentrierung zu rechtfertigen war⁴¹. Allerdings kann man die mit dem Erlass des österreichischen B-VG 1920 erfolgte Konzentrierung der Gesetzesprüfung, wie oben erläutert, eher als ein Produkt des damaligen Verständnisses der Grundrechte und der Funktion der Gesetzesprüfung ansehen denn als eine bloß das *stare-decisis*-Prinzip ergänzende Institution.

d) Der Zusammenhang zwischen dem *stare-decisis*-Prinzip und dem österreichischen Modell

aa) Die Notwendigkeit des österreichischen Modells in *Civil-Law*-Ländern lässt sich nicht lediglich mit dem Fehlen des *stare-decisis*-Prinzips erklären. Das Prinzip bezieht sich nur auf die Bindungswirkung von Präjudizien, sagt aber nichts darüber, wie das Gerichtswesen bezüglich der Gesetzesprüfung organisiert werden sollte. Genauer gesagt steht das Fehlen dieses Prinzips keineswegs in einem unmittelbaren Zusammenhang mit zwei wichtigen Faktoren, die das österreichische Modell charakterisieren, nämlich mit der Konzentrierung der Normenkontrolle auf ein einziges Gericht sowie mit der Trennung der Verfassungsgerichtsbarkeit von der Fachgerichtsbarkeit.

bb) Zwar dienen sowohl das *stare-decisis*-Prinzip als auch die Konzentrierung einem gemeinsamen Zweck, nämlich der Bewahrung der einheitlichen Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes. Allerdings geht die Konzentrierung über jenes Prinzip hinaus. Dies versteht sich von selbst, wenn man daran denkt, dass auch in den *Common-Law*-Ländern trotz des *stare-decisis*-Prinzips eine Rechtsunsicherheit vorliegen kann, die sich daraus ergibt, dass nicht in allen Fällen, in denen es eine Divergenz zwischen den Entscheidungen der unteren Gerichte gibt, der Instanzenzug an den Obersten Gerichtshof gewährleistet wird⁴². Eine solche Gefahr der Rechtsunsicherheit wollte man durch die Zentralisierung der Befugnis der Normenkontrolle aber gerade beseitigen⁴³.

Daher ist es kein Wunder, dass sich auch im *Common-Law*-Rechtskreis die Konzentrierung der Normenkontrolle findet. In Papua-Neuguinea zum Beispiel steht die

⁴⁰ Mit der Bundesverfassungsnovelle 1929 änderte sich diese Rechtslage, indem dem Verwaltungsgerichtshof und dem Obersten Gerichtshof die Kompetenz erteilt wurde, Gesetze beim Verfassungsgerichtshof anzufechten.

⁴¹ Vgl. *Kelsen*, a.a.O., 48.

⁴² Vgl. *Brewer-Carías*, *Judicial review in comparative law*, S. 129.

⁴³ Vgl. *Kelsen/Froehlich/Merkl*, *Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920*, S. 185 f.

Frage der Interpretation des Verfassungsrechts ausschließlich dem Obersten Gerichtshof zu. Die anderen Gerichte hingegen haben diesbezügliche Fragen, sofern sie entscheidungserheblich sind, dem Obersten Gerichtshof vorzulegen⁴⁴. Ähnliche Regelungen beinhaltet die ugandische Verfassung von 1966. Nach Art. 95 dieser Verfassung ist ein Gericht berechtigt und auf Antrag einer Prozesspartei verpflichtet, verfassungsrechtliche Fragen dem Obergericht vorzulegen⁴⁵. Ein weiteres Beispiel ist Ghana. Nach Art. 42 der Verfassung von 1960 und Art. 106 der Verfassung von 1969 hat der ghanaische Oberste Gerichtshof die ausschließliche Kompetenz, die Vereinbarkeit der parlamentarischen Gesetzgebung mit der Verfassung zu überprüfen, während die unteren Gerichte solche Fragen dem Obersten Gerichtshof vorlegen sollen⁴⁶.

cc) Um das Fehlen des *stare-decisis*-Prinzips zu kompensieren, wäre die Einführung einer Bindungswirkung für Präjudizien des höchsten Gerichts ausreichend. Hierzu sind verschiedene Wege vorstellbar:

(1) Als erste mögliche Variante lässt sich das mexikanische Beispiel anführen⁴⁷. In Mexiko können Gesetze im Wege des „*Amparo*-Verfahrens“ (wörtlich „*amparo contra leyes*“) angegriffen werden. Hierfür sind die Distriktgerichte sowie die Kollegialgerichte als Gerichte erster Instanz zuständig und der Oberste Gerichtshof fungiert als zweites – also letztes – Instanzgericht. Für das *Amparo*-Verfahren gilt seit 1824 eigentlich die sog. „*Otero-Formel*“, wonach die Urteile der Gerichte nur Wirkungen *inter partes* haben. Allerdings ist diese Regel durch die Reform der „*Ley de Amparo*“ von 1968 teilweise durchbrochen worden. Dabei wurde ein dem *stare-decisis*-Prinzip entsprechendes Institut – die sog. „*jurisprudencia obligatoria*“ – eingeführt. Die Präjudizien des Obersten Gerichtshofes können nunmehr im *Amparo*-Verfahren als ständige Rechtsprechung die unteren Gerichte binden, vorausgesetzt, dass der Oberste Gerichtshof seine Auffassung über die Verfassungsmäßigkeit der fraglichen Norm schon in fünf aufeinanderfolgenden Urteilen, die dieselbe verfassungsrechtliche Frage behandelt haben, aufrechterhalten hat⁴⁸.

(2) Die faktische Bindungskraft der Präjudizien wäre aber nicht schwächer als bei diesem mexikanischen Institut. In Bezug auf die konkrete Normenkontrolle erkennen manche *Civil-Law*-Länder, die dem diffusen System ganz oder teilweise folgen

⁴⁴ Vgl. *Brewer-Carías*, a.a.O., S. 186.

⁴⁵ Vgl. ebenda, S. 186 f.

⁴⁶ Vgl. ebenda, S. 187.

⁴⁷ Vgl. ebenda, S. 129.

⁴⁸ Vgl. *Lösing*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika, S. 64.

(wie Japan, die Schweiz und Brasilien), zwar keine Wirkung *erga omnes* an⁴⁹, doch wirken hier in der Praxis die Präjudizien der oberen Gerichte auf die unteren bindend⁵⁰.

(3) Das im *Civil-Law*-Rechtskreis üblichste Mittel, den Präjudizien des höchsten Gerichts Bindungswirkung einzuräumen, besteht darin, gegenüber den für verfassungswidrig gehaltenen Gesetzen kassatorische Entscheidungen zu treffen⁵¹. Dies ist sinnvoll, weil auf dieser Weise die Entscheidung des höchsten Gerichts über die Verfassungsmäßigkeit einer Gesetzesnorm nicht nur innerhalb der Gerichtsbarkeit, sondern auch für alle Behörden und sogar für den Einzelnen, der am Prozess nicht beteiligt war, maßgebend werden kann. Ohne eine kassatorische Wirkung, die positivrechtlich geregelt ist, könnte sich eine Behörde im *Civil-Law*-Rechtskreis verpflichtet fühlen, die bereits vom höchsten Gericht als verfassungswidrig beurteilte Gesetzesnorm weiterhin anzuwenden⁵². Jedenfalls würde die Gesetzesnorm als solche formell nicht aufgehoben werden. Daher hat man es in den meisten *Civil-Law*-Ländern wohl für unerlässlich gehalten, entweder einem besonderen Gericht die Kompetenz zur Aufhebung der fraglichen Gesetzesnorm einzuräumen, wie sie in Art. 140 Abs. 3 des österreichischen B-VG geregelt ist, oder der Entscheidung des höchsten Gerichts über ihre Verfassungsmäßigkeit den gleichen Rang in der Rechtsordnung wie Gesetze zu verleihen, was wohl mit dem Terminus „Gesetzeskraft“ in Art. 94 Abs. 2 GG gemeint sein dürfte.

Im *Common-Law*-Rechtskreis gestaltet sich die Situation jedoch etwas anders. Wenn z.B. in den USA ein Gesetz vom *Supreme Court* als verfassungswidrig beurteilt wird, beschränkt sich die Wirkung dieses Urteils nicht darauf, das Gesetz im

⁴⁹ Vgl. *Shirô Kiyomiya*, in: *Mosler* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, S. 326 (334); *Hillach*, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit Japans*, S. 79 ff.; *W. Haller*, in: *Starck/Weber* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa I*, S. 91 (121); *Lösing*, a.a.O., S. 259 f.

⁵⁰ *Hillach*, a.a.O., S. 85 f.; *W. Haller*, a.a.O., S. 121; *Brewer-Carías*, a.a.O., S. 129 f.

⁵¹ Der Begriff „kassatorisch“ hat mehrere Nuancen. Er wird bisweilen mit dem Wort „aufhebend“ gleichgesetzt. Dabei bildet er das gegensätzliche Wort zu „feststellend“ bzw. „deklaratorisch“. Ob man Entscheidungen, die eine Gesetzesnorm wegen ihrer Verfassungswidrigkeit für nichtig erklären, aufhebenden oder feststellenden Charakter zusprechen sollte, ist in der Lehre umstritten (vgl. *Weber*, in: *Starck/Weber* [Hrsg.], *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa I*, S. 313 [366]). Der Unterschied besteht darin, ob eine fragliche Norm durch eine gestaltende Entscheidung erst außer Kraft gesetzt wird (so bei der aufhebenden Entscheidung) oder „*ipso jure*“ nichtig ist (so bei der feststellenden Entscheidung). Abgesehen von diesem theoretischen Unterschied besteht zwischen den beiden kein großer Unterschied, da die fragliche Norm jedenfalls mit der Verkündung der Entscheidung als unwirksam angesehen wird. Daher versteht man manchmal das Wort „kassatorisch“ in einem weiteren Sinn (vgl. *Weber*, a.a.O., S. 370 f.). Die vorliegende Arbeit folgt diesem weiteren Sinn. Mit „kassatorischer Entscheidung“ wird hier also diejenige Entscheidung bezeichnet, die eine Gesetzesnorm wegen ihrer Verfassungswidrigkeit vernichtet oder für nichtig erklärt, so dass sie nicht mehr Bestandteil der Rechtsordnung ist.

⁵² Vgl. *Cappelletti/Ritterspach*, *JöR* n.F. 20 (1971), 66 (85 f.).

einzelnen konkreten Fall außer Anwendung zu lassen. Zwar ist das Gesetz durch die Entscheidung des Gerichts nicht kassiert worden, aber jedermann einschließlich aller Behörden behandelt es wie „*a dead law*“⁵³. Bemerkenswert ist freilich, dass diese alle Behörden bzw. alle Einzelnen bindende Wirkung gerade nicht durch das *stare-decisis*-Prinzip gedeckt wird, da sich dieses in erster Linie an die rechtsprechende Gewalt richtet. Es handelt sich hier eher um eine faktische als um eine normative Wirkung. Dies zeigt sich darin, dass es gegen diese Wirkung auch in den USA regelmäßig und wiederholt Einwände gegeben hat. Nach Ansicht von *Edwin Meese* etwa, der „*attorney general*“ des US-Präsidenten *Reagan* war, sind US-Präsident und Kongress ebenso autoritative Interpreten der Verfassung wie der *Supreme Court*, so dass die Präjudizien dieses Gerichts jene verfassungsrechtlich gleichrangigen Staatsgewalten nicht binden würden⁵⁴.

Damit stellt sich die Frage, warum die Missachtung der judikatorischen Verfassungswidrigerklärung, welche in den meisten *Civil-Law*-Ländern befürchtet worden ist, in den USA auch ohne besondere dogmatische oder normative Vorkehrungen kaum vorkommen konnte. Vermutlich hängt dies nicht zuletzt mit dem aus historischer Erfahrung schöpfenden Rechtsverständnis im *Common-Law*-Rechtskreis zusammen. Zunächst ist festzuhalten, dass hier die Richterschaft eine besondere Position in der Rechtsordnung besitzt. Nach dem amerikanischen Konzept der „*rule of law*“ sollte alles „*law*“ gleichermaßen respektiert werden, sei es „*judge-made common law*“ oder „*statutory law*“⁵⁵. Obwohl das *Statute Law* immer mehr zunimmt, verlieren die von Fall zu Fall erfolgten richterlichen Rechtsetzungen und deren Verkörperung, das *Common Law*, nicht an Bedeutung. Das *Common Law* im Sinne von Richterrecht wird sogar als „Recht im Hintergrund“ betrachtet, vor dem viele Gesetzesvorschriften entstehen und ausgelegt werden sollen⁵⁶. Auch wenn Gesetze regulierend in das *Common Law* eingreifen, beschränken sie sich meistens auf „periphere Korrekturen“⁵⁷. Die Funktion des Richterrechts erschöpft sich also anders als in *Civil-Law*-Ländern nicht darin, sozusagen allumfassende abstrakte Gesetze zu ergänzen und deren etwaige Lücken zu schließen⁵⁸, vielmehr bildet es häufig neben dem *Statute Law* eine eigenständige Rechtsquelle. Auch im eigenen Regelungsbe- reich des Gesetzesrechts kann man der richterlichen Rechtsfindung eine große Bedeutung beimessen. Die Methoden, die der Entwicklung des *Common Laws* gedient haben, d.h. das *stare-decisis*-Prinzip und die induktive Rechtsfindung, spielen auch bei der Auslegung des Gesetzesrechts eine entscheidende Rolle. Die Anwendbarkeit

⁵³ Vgl. ebenda, 86 f.

⁵⁴ Vgl. *Rosenfeld*, in: *G. Nolte* (Hrsg.), *European and US constitutionalism*, S. 165 (169).

⁵⁵ Vgl. ebenda, S. 175 ff.

⁵⁶ Vgl. ebenda, S. 175 ff.

⁵⁷ Vgl. *Lepsius*, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law*, S. 37.

⁵⁸ Vgl. *Lundmark*, *Juristische Technik und Methodik des Common Law*, S. 113.

einer Gesetzesnorm auf eine neue Konstellation wird in der Regel nicht aus den abstrakten gesetzlichen Bestimmungen deduziert, sondern „durch den sachverhaltsgebundenen Vergleich zu vorentschiedenen Fällen“ festgestellt⁵⁹. Dadurch haben Gerichte stets das letzte Wort darüber, „*what the law is*“. In diesem Sinne lässt sich die folgende Aussage verstehen: „Nicht die Gesetzesvorschrift, sondern deren gerichtliche Auslegung, die richterliche ‚Glosse‘, ist anzuwendendes Recht.“⁶⁰

Im *Civil-Law*-Rechtskreis hingegen orientiert sich das Rechtsverständnis viel stärker am abstrakten Gesetzesrecht. Was Recht ist, ist nicht von Präjudizien zu induzieren, sondern *a priori* aus der Gesetzesnorm zu deduzieren: Anzuwendendes Recht ist also nicht die gerichtliche Auslegung, sondern die Gesetzesvorschrift als solche. Vor diesem Hintergrund ist die kassatorische Entscheidung wohl für *Civil-Law*-Länder ein angemessenes Mittel, um verfassungswidrige Gesetze unanwendbar zu machen, während sie in *Common-Law*-Ländern wie etwa den USA überflüssig scheint.

Wenn man in Bezug auf die Gesetzesprüfung das Institut der kassatorischen Entscheidung einführen will, muss man zugleich die Befugnis dazu beim höchsten Gericht zentralisieren. Dies versteht sich in Anbetracht der *erga-omnes*-Wirkung einer solchen Entscheidung von selbst; zum einen wäre die Gefahr für die Einheit des Rechts, welche durch miteinander in Widerspruch stehende Entscheidungen mit Wirkung *erga omnes* entstehen könnte, viel stärker als die Gefahr, die durch sich widersprechende Entscheidungen mit Wirkung *inter partes* entstehen könnte. Über die bloße Rechtsunsicherheit hinaus könnte das zur Lähmung der ganzen Rechtsordnung führen. Würde zum anderen die *erga-omnes*-Wirkung nur bei der kassatorischen Entscheidung anerkannt, könnte das höchste Gericht seinerseits das letzte Wort über die Verfassungsmäßigkeit einer Gesetzesnorm verlieren. Gegebenenfalls hätte es keine andere Wahl, als sich an die etwaigen rechtskräftigen kassatorischen Entscheidungen unterer Gerichte, denen es nicht zustimmen wollte, zu binden.

Die Zentralisierung der Befugnis zur kassatorischen Entscheidung bedeutet aber nicht gleichermaßen die Konzentrierung der Normenkontrolle. Vorstellbar wären mehrere Kombinationen der diffusen Normenkontrolle und der Konzentrierung jener Befugnis.

Zum Beispiel können alle Gerichte in Griechenland Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit prüfen. Wenn sie ein Gesetz für verfassungswidrig halten, können sie das Gesetz außer Anwendung lassen. Demgegenüber können kassatorische Ent-

⁵⁹ *Lepsius*, a.a.O., S. 39.

⁶⁰ *Hay*, US-Amerikanisches Recht, Rn. 24.

scheidungen nur vom 1976 gegründeten Obersten Sondergerichtshof getroffen werden. Die Ausübung dieser Befugnis setzt voraus, dass über die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes widersprechende Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe – d.h. des Staatsrats, des „*Aeropags*“ und des Rechnungshofes – ergangen sind⁶¹.

Eine andere Variante ist, je nach Verfahren die zuständigen Gerichte und die Möglichkeit der kassatorischen Entscheidung auf unterschiedliche Weise zu regeln. In diesem Fall kann die kassatorische Entscheidung in der Regel nur in einem Verfahren ergehen, in dem als ausschließliche Instanz ein einziges Gericht vorgesehen ist. Üblicherweise wird zwischen dem konkreten und dem abstrakten Normenkontrollverfahren unterschieden: Danach sind alle Gerichte zur konkreten Normenkontrolle berechtigt, wobei ihre Entscheidungen aber lediglich *inter-partes*-Wirkung haben. Im Gegensatz dazu ist die Zuständigkeit für die abstrakte Normenkontrolle auf ein einziges Gericht konzentriert und nur hier kann die kassatorische Entscheidung mit *erga-omnes*-Wirkung ergehen. Diese Kombination ist in mehreren Ländern – z.B. Portugal⁶², Guatemala⁶³, Ecuador⁶⁴ (bei diesen Ländern steht die abstrakte Normenkontrolle dem Verfassungsgericht zu), Mexiko⁶⁵, der Dominikanischen Republik⁶⁶, Brasilien⁶⁷ (bei diesen Ländern steht sie dem Obersten Gerichtshof zu) und El Salvador⁶⁸ (bei diesem Land steht sie dem Verfassungssenat am Obersten Gerichtshof zu) – zu finden.

e) Eine Ergänzung der *Cappelletti*'schen These

In seinem 1989 erschienenen Buch „*Judicial review in comparative law*“ hat *Brewer-Carías* nachzuweisen versucht, dass die diffuse Normenkontrolle mit der *Civil-Law*-Tradition nicht inkompatibel ist. Er hat dies mit dem Argument begründet, dass auch in *Civil-Law*-Ländern ein dem *stare-decisis*-Prinzip entsprechendes Institut vorliege oder geschaffen werden könne⁶⁹. Sofern man im Fehlen des *stare-decisis*-Prinzips einen wesentlichen Grund für das österreichische Modell sucht, scheint seine Auffassung unwiderlegbar.

Trotzdem ist nicht zu bezweifeln, dass das konzentrierte Normenkontrollsystem

⁶¹ Vgl. *Dagtolou*, in: *Starck/Weber* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa I*, S. 289 (291 f.); *Brewer-Carías*, *Judicial review in comparative law*, S. 130.

⁶² Vgl. *Cardoso da Costa*, in: *Starck/Weber* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa I*, S. 199 (207 f. u. 219 f.).

⁶³ Vgl. *Lösing*, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika*, S. 132 ff.

⁶⁴ Vgl. ebenda, S. 299 ff.

⁶⁵ Vgl. ebenda, S. 58 ff.

⁶⁶ Vgl. ebenda, S. 186 ff.

⁶⁷ Vgl. ebenda, S. 258 ff.

⁶⁸ Vgl. ebenda, S. 111 ff.

⁶⁹ *Brewer-Carías*, a.a.O., S. 128 ff.

für *Civil-Law*-Länder geeigneter erscheint als das diffuse. In der Tat ist die Tendenz zur Bevorzugung des konzentrierten Kontrollsystems heutzutage in der überwiegenden Mehrheit der *Civil-Law*-Länder erkennbar⁷⁰. In dieser Hinsicht ist die *Cappelletti*'sche These als nicht ganz falsch einzuschätzen. Das Fehlen des *stare-decisis*-Prinzips könnte nicht wenige Länder dieses Gebiets dazu veranlassen, dem konzentrierten System zu folgen⁷¹. Allerdings kann hierin nicht der alleinige Grund liegen. Wie oben gesehen, wurde das österreichische Modell bei seiner Entstehung weder bloß zur Ergänzung des *stare-decisis*-Prinzips konzipiert noch steht es logisch mit diesem Prinzip in einem notwendigen Zusammenhang. Damit müssen wohl andere Ursachen zur Erklärung herangezogen werden:

Festzuhalten ist, dass die meisten *Civil-Law*-Länder das Bedürfnis nach der kassatorischen Entscheidung erkennen. Da sich das Rechtsverständnis im *Civil-Law*-Rechtskreis viel stärker am positiven Recht als an der Rechtsprechung orientiert, ist die Einführung der kassatorischen Entscheidung umso dringender, um eine Gesetzesnorm für verfassungswidrig erklärende Entscheidung des höchsten Gerichts nicht nur innerhalb der Gerichtsbarkeit, sondern auch für alle Behörden und alle Einzelnen verbindlich zu machen. Auch *Cappelletti* hat – unbeschadet seiner Überschätzung der Funktion des *stare-decisis*-Prinzips – zu Recht auf diese Tatsache hingewiesen⁷². Gerade hierin könnte man die Weiche für die Entwicklung des österreichischen Typs sehen, der eine Alternative zu dem amerikanischen Modell darstellt:

- Für die Rechtsklarheit sollte die kassatorische Entscheidung ausdrücklich tenoriert werden. Das heißt, dass die Verfassungswidrigkeit einer Gesetzesnorm nicht nur in der Begründung, sondern auch im Tenor deutlich erklärt werden muss. In diesem Sinne müsste das höchste Gericht die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Gesetzesnorm auf jeden Fall – sei es auf Antrag oder von Amts wegen („*ex officio*“)⁷³ – wie eine Art Hauptsache behandeln.

- Zur kassatorischen Entscheidung kann selbstverständlich nur ein einziges Gericht berechtigt sein. Unter dieser Prämisse stellt sich dann die Frage, welche Rolle die übrigen Gerichte bei der Normenkontrolle spielen sollten. Wie oben gesehen, kann man hier die Möglichkeit, das Institut der kassatorischen Entscheidung mit dem diffusen Normenkontrollsystem zu kombinieren, nicht völlig ausschließen. Allerdings scheinen solche Kombinationen in der Regel nur zum Teil erfolgreich, wofür

⁷⁰ Vgl. *Wieser*, Vergleichendes Verfassungsrecht, S. 125 f.; *Schwartz*, The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe, S. 22 ff.

⁷¹ Z.B. Bulgarien. Vgl. *Drumeva*, Diskuss., in: *Frowein/Marauhn* (Hrsg.), Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, S. 567 (568).

⁷² *Cappelletti*, Judicial Review in the Contemporary World, S. 55 ff.

⁷³ Vgl. etwa Art. 140 Abs. 1 des österreichischen B-VG, § 95 Abs. 3 Satz 2 BVerfGG, Art. 18 Abs. 1 lit. c) und Art. 20 Abs. 1 lit. b) des liechtensteinischen Staatsgerichtshofgesetzes.

die folgenden Gründe als Erklärung herangezogen werden können:

In Anbetracht des griechischen Beispiels ist fraglich, warum die Möglichkeit der kassatorischen Entscheidung auf so begrenzte Fallkonstellationen beschränkt werden sollte, zumal ohne eine kassatorische Entscheidung eine verfassungswidrige Gesetzesnorm bei übereinstimmenden negativen Beurteilungen durch die obersten Gerichtshöfe *formell gültig* wäre. Ferner muss man auch damit rechnen, dass die Rechtsunsicherheit, welche sich gelegentlich aus der Uneinigkeit unter den Gerichten über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes ergibt, nicht endgültig beseitigt werden kann, bis die Voraussetzungen für dessen Prüfung durch den Obersten Sondergerichtshof erfüllt werden.

Nicht anders ist es bei der anderen Kombinationsvariante. Es ist fragwürdig, die Möglichkeit der kassatorischen Entscheidung auf den Fall der abstrakten Normenkontrolle zu beschränken. Wichtig für die kassatorische Entscheidung ist nämlich nicht der Anlass, aus welchem eine Gesetzesnorm unter gerichtlicher Prüfung steht, sondern die Tatsache, dass die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetzesnorm durch das höchste Gericht auf jeden Fall für alle Mitglieder der Gesellschaft maßgebend werden muss.

Soll die Möglichkeit der kassatorischen Entscheidung auch bei der konkreten Normenprüfung eröffnet werden, bleibt nunmehr die Frage, wie die unteren Gerichte in dieses Verfahren einzubeziehen sind. Diesbezüglich sind zwei Möglichkeiten denkbar: Die eine ist die, dass die unteren Gerichte dem höchsten Gericht eine fragliche Gesetzesnorm vorzulegen haben, bevor sie die Norm außer Anwendung lassen. Die andere besteht darin, dass sie anhand ihrer selbständigen Verwerfungskompetenz eine für verfassungswidrig gehaltene Norm außer Acht lassen, ohne das höchste Gericht anzurufen, aber zugleich unter dem Vorbehalt, dass gegen ihre Entscheidungen Rechtsmittel vor diesem Gericht eingelegt werden können. Bei der Entscheidung zwischen diesen zwei Möglichkeiten könnten vielerlei rechtspolitische Kriterien berücksichtigt werden. Wenn man aber die Gefahr der Rechtsunsicherheit gründlich beseitigen will oder wenn man an dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie festhält, erscheint die erste Möglichkeit offenbar zweckmäßiger als die zweite. Die richterliche Vorlage und die damit verbundene Monopolisierung der Verwerfungskompetenz würde nämlich zur Folge haben, dass die allgemeinverbindliche Entscheidung des höchsten Gerichts für alle Fälle, in denen ein Richter gegen die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes Bedenken hat, obligatorisch und „unter Ausschaltung jedes weiteren, nur zeitraubenden Instanzenzuges unmittelbar“⁷⁴ getroffen werden kann. Natürlich würde dies insofern eine Einschränkung der diffusen Normen-

⁷⁴ Vgl. *Kelsen/Froehlich/Merkl*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920, S. 186.

kontrolle bedeuten.

Zusammenfassend kann man sagen, dass der Zusammenhang zwischen der konzentrierten Normenkontrolle und der *Civil-Law*-Tradition bis zu einem gewissen Grad zu bejahen ist. Anders als nach der Auffassung von *Cappelletti* ist die Konzentrierung der Normenkontrolle aber nicht gänzlich auf das Fehlen des *stare-decisis*-Prinzips zurückzuführen. Sie beruht im Grunde eher auf der Besonderheit des Rechtsverständnisses im *Civil-Law*-Rechtskreis und somit auf dem Bedürfnis nach der kassatorischen Entscheidung. Daneben spielen auch die Gedanken der Prozessökonomie und der gründlichen Beseitigung der Rechtsunsicherheit eine unübersehbare Rolle.

Für die institutionelle Trennung der Verfassungsgerichtsbarkeit von der Fachgerichtsbarkeit hingegen bietet weder das *stare-decisis*-Prinzip noch die Institution der kassatorischen Entscheidung irgendeinen Anhaltspunkt. Es wäre durchaus möglich, die von ihnen vorgesehene Bindungswirkung den Entscheidungen des Obersten Gerichts, das an der Spitze der normalen Gerichtsbarkeit steht, einzuräumen. Hierfür können etwa Mexiko, die Dominikanische Republik und Brasilien als Beispiele angeführt werden. Auch die Gedanken der Prozessökonomie und der gründlichen Beseitigung der Rechtsunsicherheit verlangen nicht unbedingt die Trennung der beiden Gerichtsbarkeiten. Dass die monopolisierte Verwerfungskompetenz ebenfalls dem Obersten Gericht zustehen kann, zeigt sich an den Beispielen von Uruguay, Papua-Neuguinea, Uganda und Ghana. Ob der Zusammenhang zwischen dieser Trennung und der *Civil-Law*-Tradition dennoch anerkannt werden kann und – wenn ja – vor welchem Hintergrund, muss sich noch zeigen.

3. Untauglichkeit der traditionellen höchsten Gerichte im *Civil-Law*-Rechtskreis für die Normenkontrolle?

a) Die *Cappelletti*'sche Begründung für die Einrichtung eines verselbständigten Verfassungsgerichts

Nach *Cappellettis* Ansicht liegt ein wesentlicher Grund für die Einrichtung eines verselbständigten Verfassungsgerichts in der Tatsache, dass die traditionellen höchsten Gerichte im *Civil-Law*-Rechtskreis für die Normenkontrolle nicht besonders tauglich seien. Ihnen fehle es an der Struktur, dem Prozess und der Mentalität, welche für die effektive Normenkontrolle erforderlich seien⁷⁵.

⁷⁵ *Cappelletti*, a.a.O., S. 60 ff.

Erstens fehle es den kontinentaleuropäischen Obersten Gerichtshöfen an der kompakten und handhabbaren Struktur, wie sie der US *Supreme Court* aufweist. Ein typisches Beispiel hierfür sei die Bundesrepublik Deutschland, wo es mindestens fünf Oberste Gerichtshöfe – den Bundesgerichtshof, das Bundesverwaltungsgericht, den Bundesfinanzhof, das Bundesarbeitsgericht und das Bundessozialgericht – gibt und jeder Gerichtshof aus mehreren voneinander unabhängigen Senaten mit zahlreichen Mitgliedern besteht. Bei einer solchen Menge an Richtern sowie Fachgerichtsbarkeiten sei eine widerspruchslose und sorgfältig durchdachte verfassungsrechtliche Rechtsprechung nicht leicht zu verwirklichen⁷⁶.

Zweitens weist *Cappelletti* darauf hin, dass der US *Supreme Court* durch das Institut des „*writ of certiorari*“ bei der Verweigerung von Rechtsschutz einen weitgehenden Ermessensspielraum habe. Im Gegensatz dazu fehle es den obersten Gerichtshöfen im *Civil-Law*-Rechtskreis an einem entsprechenden Institut. Infolgedessen seien sie mit einer so großen Zahl an einfachrechtlichen Fällen konfrontiert, dass sie verfassungsrechtlichen Fällen weder die nötige Zeit noch die erforderliche Beachtung zuteilen könnten, selbst wenn man ihnen auch die Verfassungsgerichtsbarkeit übertragen würde⁷⁷.

Schließlich seien die obersten Gerichtshöfe in Europa anscheinend psychologisch unfähig zu einer wertorientierten, quasi-politischen Funktion wie die Gesetzesprüfung. Diesbezüglich sei festzuhalten, dass sie in der Regel mit sog. Karriere Richtern besetzt sind, die als junge Leute in die Richterlaufbahn eingetreten und überwiegend aufgrund des Dienstalters zu höheren Richtern befördert worden sind. Durch ihr berufliches Training habe sich bei ihnen die Fähigkeit entwickelt, Gesetze eher technisch als politikorientiert anzuwenden. Allerdings erfordere die Verwirklichung des Verfassungsrechts anders als die gewöhnliche Anwendung der einfachen Gesetze ein hohes Maß an Gefühl für Ermessen. Da eine solche Tätigkeit den obersten Gerichtshöfen nicht vertraut gewesen sei, habe man es als unangemessen angesehen, ihnen die Aufgabe der Gesetzesprüfung zu übertragen. In der Tat beruhe diese Ansicht nicht zuletzt auf praktischen Erfahrungen. Die Ungeeignetheit der obersten Gerichtshöfe für die Normenkontrolle zeige sich klar an den Beispielen des Reichsgerichts unter der Weimarer Verfassung, des Kassationsgerichts in Italien von 1948 bis 1956, der skandinavischen Obersten Gerichte und des japanischen Obersten Gerichtshofs. Diese obersten Gerichtshöfe hätten nämlich bei der Gesetzesprüfung extreme Zurückhaltung geübt, wohingegen sich das Bild in den USA ganz anders gestalte. Hier habe der US *Supreme Court* die *judicial review* selbst geschaffen. Um diese Funktion, welche von seinen ersten Richtern mutig übernommen worden

⁷⁶ Ebenda, S. 62.

⁷⁷ Ebenda, S. 62 f.

sei, auszuüben, dürfte sich das Gericht selbst zwingen, ein hohes Niveau seiner Leistung zu erreichen. Ferner seien die Richter des *Supreme Courts* anders als in Europa nicht Karriererichter. Sie stammten nicht zwingend aus den unteren Gerichten, sondern würden politisch ernannt.

Aus diesen Gründen hätten, so *Cappelletti*, viele *Civil-Law*-Länder ein ganz neues, besonderes Gericht geschaffen und sich bei dessen Zusammensetzung den US *Supreme Court* zum Vorbild genommen – d.h., dessen Mitglieder seien (mindestens zum größten Teil) keine Karriererichter, vielmehr hätten sie unterschiedliche Backgrounds und würden von den obersten Organen der Legislative oder der Exekutive ausgewählt⁷⁸.

b) Der Hintergrund der Errichtung des Verfassungsgerichts in Österreich

aa) Vom geschichtlichen Standpunkt aus trifft die *Cappelletti*'sche Begründung auf das Geburtsland des verselbständigten Verfassungsgerichts nicht völlig zu.

Erstens war die Prüfung der Gültigkeit gehörig kundgemachter Gesetze den einfachen Gerichten aufgrund der verfassungsrechtlichen Bestimmung (Art. 7 des „Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt“ von 1867) verwehrt worden, bis die Kompetenz zur Gesetzeskontrolle mit dem Erlass des B-VG 1920 zum ersten Mal dem Verfassungsgerichtshof eingeräumt wurde. Die normalen Richter hatten demnach aus diesem positivrechtlichen Grund keine Chance, über die Verfassungsmäßigkeit eines anzuwendenden Gesetzes eine wertorientierte Entscheidung zu treffen. Folglich kann man nicht sagen, dass die Zuteilung der Gesetzesprüfungskompetenz an das Verfassungsgericht in Österreich eine Gegenmaßnahme bildete, die mit der Erfahrung einer unbefriedigenden Normenkontrolle durch die ordentlichen Gerichte zusammenhing.

Zweitens war das Verfassungsgericht in Österreich nicht für den Zweck der effektiven Normenkontrolle eingerichtet worden. Das heißt, dass die verselbständigte Verfassungsgerichtsbarkeit schon vor der Einführung der Gesetzeskontrolle vorhanden war. Der Verfassungsgerichtshof des B-VG 1920 war die „Fortsetzung des deutschösterreichischen Verfassungsgerichtshofes“⁷⁹, welcher 1919 geschaffen worden war. Diesem Gericht wurden die Aufgaben des ehemaligen österreichischen Reichsgerichts, das mit der Dezember-Verfassung von 1867 gegründet worden war, zugewiesen. Folglich kann man das Reichsgericht als „ein[en] gewisse[n] Vorläufer der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit“⁸⁰ bezeichnen. Es war zuständig für

⁷⁸ Ebenda, S. 62 ff.; *Cappelletti/Ritterspach*, JöR n.F. 20 (1971), 66 (90 ff.).

⁷⁹ Kelsen/Froehlich/Merkl, a.a.O., S. 247 f.

⁸⁰ *Adamovich*, Eine neue Republik?, S. 136.

Entscheidungen über Kompetenzkonflikte, über dem ordentlichen Rechtsweg entzogene Ansprüche gegen das Reich und die Länder sowie über Beschwerden wegen Verletzung der durch die Verfassung den Staatsbürgern gewährleisteten politischen Rechte⁸¹. Allerdings hatte es keine Befugnis zur Gesetzesprüfung.

Gleichwohl finden sich viele organisatorische Besonderheiten des österreichischen Verfassungsgerichtshofes schon beim Reichsgericht⁸². Nach Art. 147 des B-VG 1920 bestand der Verfassungsgerichtshof aus einem Präsidenten, einem Vizepräsidenten und der erforderlichen Anzahl von Mitgliedern und Ersatzmitgliedern. Davon sollten der Präsident, der Vizepräsident sowie die Hälfte der Mitglieder und Ersatzmitglieder vom Nationalrat, die andere Hälfte der Mitglieder und Ersatzmitglieder vom Bundesrat auf Lebensdauer gewählt werden. Eine ähnliche Struktur wies das Reichsgericht von 1867 auf⁸³. Demnach existierte diese besondere Art der Zusammensetzung schon vor der Einführung der Normenkontrolle.

Weder die Verselbständigung des Verfassungsgerichts in Österreich noch die Besonderheiten seiner Zusammensetzung lassen sich folglich bloß mit dem Zweck der effektiven Gesetzesprüfung erklären.

bb) An diesem Punkt stellt sich nun die Frage, wozu man dann in Österreich die Errichtung des Verfassungsgerichts mit besonderer Zusammensetzung erdacht hat, zumal man damit vorerst nicht auf die effektive Durchführung der Gesetzesprüfung abzielte.

(1) Einen bedeutenden Ansatzpunkt hinsichtlich der Bildung des Verfassungsgerichts bot der „Kremsierer Entwurf“⁸⁴. Er sah in Art. 139 die Errichtung des obersten Reichsgerichts vor. Dieses Gericht hatte als einzige Instanz die folgenden Fälle zu behandeln (Art. 140)⁸⁵: 1. Klagen auf Genugtuung wegen Verletzung konstitutioneller Rechte durch Rechtshandlungen der Staatsbediensteten, 2. Absetzung, Suspension oder Versetzung eines Richters, 3. alle Streitigkeiten zwischen den Reichsländern untereinander und Kompetenzstreitigkeiten der Zentral- und Länderregierungen, 4. Anklagen gegen die Minister, Länderchefs und Statthaltereiräte, 5. Verschwörungen oder Attentaten gegen die Person des Staatsoberhauptes oder gegen

⁸¹ Vgl. *Kelsen/Froehlich/Merkl*, a.a.O., S. 248.

⁸² *Adamovich*, a.a.O., S. 136.

⁸³ Siehe unten aa) (2).

⁸⁴ Dieser Verfassungsentwurf war in den Jahren 1848 bis 1849 vom Verfassungsausschuss des Kremsierer Reichstages ausgearbeitet worden, konnte jedoch wegen des Erlasses einer neuen Verfassung, die am 4. März 1849 von den Monarchen oktroyiert wurde, nicht in Kraft treten. Vgl. *Adamovich*, *ZöflR* 6 (1927), 561 ff.; *Barton*, Die geschichtliche Entwicklung der verfassungsrechtlichen Normenprüfung in Österreich, S. 69 f. u. 74.

⁸⁵ *Hellbling*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 350 f.

den Reichstag oder gegen einen Landtag. Selbst wenn nicht alle dieser Rechtsstreitigkeiten in den Bereich der typischen Verfassungsgerichtsbarkeit im heutigen Sinne fallen, haben sie den Gedanken, verfassungsrechtlich wichtige Grundordnungen zu wahren, mit der heutigen Verfassungsgerichtsbarkeit gemeinsam⁸⁶, so dass man sie als deren Urbild charakterisieren kann.

Auffällig ist die Organisation des obersten Reichsgerichts. Nach Art. 139 des Kremsierer Entwurfs sollten der Präsident und die eine Hälfte der Räte vom Kaiser ernannt und der Vizepräsident und die andere Hälfte der Räte von der Länderkammer gewählt werden (Art. 139 Satz 1). Der Zweck dieser Regelung lag darin, den „Kompromiss zwischen politischen Kräften bei der Ernennung der Richter“ zu versuchen⁸⁷. Mit Rücksicht auf die politische Bedeutung der obigen Rechtsstreitigkeiten bedurfte das oberste Reichsgericht wohl dieses Kompromisses, um eine höhere Akzeptanz seiner Entscheidungen bei allen politischen Kräften zu erreichen.

In diesem Zusammenhang ist wichtig, dass es dem Reichsgericht verwehrt war, in mehreren Senaten zu fungieren (Art. 139 Satz 2). „Damit nicht alle vom Kaiser ernannten Reichsgerichtsräte in einen Senat gesteckt werden“⁸⁸, musste das Reichsgericht also stets im Plenum entscheiden. Dieses Plenumsprinzip, durch das der Anteil der wichtigsten politischen Kräfte bei der Besetzung des Gerichts in allen Fällen gleichmäßig gewahrt war, wirkte sich vorbildlich auf die weitere Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit aus, auch wenn es später nicht wieder in die österreichische Verfassung aufgenommen wurde⁸⁹.

(2) Die Errichtung des Reichsgerichtes wurde mit dem „Staatsgrundgesetz vom 21. XII. 1867, RGBL. Nr. 143, über die Einsetzung eines Reichsgerichtes“ erstmals verwirklicht. Seine Organisation wurde im Art. 5 dieses Gesetzes geregelt. Danach bestand das Reichsgericht aus einem Präsidenten, dessen Stellvertreter, 12 Mitgliedern und 4 Ersatzmännern. Alle Richter waren vom Kaiser auf Lebenszeit zu ernennen. Dabei musste er 6 Mitglieder und 2 Ersatzmänner aus den vom Abgeordnetenhaus vorgeschlagenen Personen und die übrigen Mitglieder und Ersatzmänner aus den vom Herrenhaus vorgeschlagenen Personen auswählen. Der Vorschlag hatte in der Weise zu erfolgen, dass für jede der zu besetzenden Stellen drei sachkundige Männer bezeichnet werden mussten.

Mit dieser Organisationsregel zielte man darauf ab, „eine richterliche, unpartei-

⁸⁶ Vgl. *Adamovich*, ZöfFR 6 (1927), 561 (568 ff.).

⁸⁷ *Walter*, in: FS für Hellbling, 1971, S. 731 (735).

⁸⁸ Diese Problematik wurde in den Beratungen des Verfassungsausschusses von *Emil Vocano* pointiert dargestellt. Vgl. *Walter*, a.a.O., S. 734.

⁸⁹ Ebenda, S. 736.

sche Instanz⁹⁰ einzurichten. Der damalige Verfassungsausschuss hat in seinem Bericht betont, dass die unparteiische Entscheidung von Kompetenzkonflikten sichergestellt werden und ein Organ geschaffen werden soll, „das unabhängig von fremden Einflüssen, nach freier Überzeugung das Recht gerade dort zur Geltung bringt, wo es durch die Übermacht administrativer Einflüsse und staatlicher Nützlichkeitsrücksichten in seiner Durchführung bedroht erscheint“⁹¹. Dafür wurde es als erforderlich angesehen, dass nicht nur der Kaiser, sondern auch die beiden Häuser des Reichstages auf die Besetzung des Reichsgerichts Einfluss nahmen. Hierzu führte der Bericht des Verfassungsausschusses aus:

„Bei der hohen politischen Bedeutung des Reichsgerichtes ist es daher eine wesentliche Bedingung seines Wertes, daß die Volksvertretung auf die Wahl seiner Mitglieder und dadurch auf die Unabhängigkeit seiner Aussprüche einen entscheidenden Einfluß übt; daß dieselbe nicht ausschließend der Exekutivgewalt überlassen bleibe, vielmehr beide Gewalten im Staate schon in der Art der Ernennung die nötige Garantie für jene Interessen finden, welche ihrer Wahrung anvertraut sind.“⁹²

(3) Aufgrund des Gesetzes vom 25. 1. 1919, StGBI. Nr. 48 (ergänzt durch Gesetz vom 3. 4. 1919, StGBI. Nr. 212) trat der deutschösterreichische Verfassungsgerichtshof an die Stelle des Reichsgerichtes. Er bestand aus dem Präsidenten, seinem Stellvertreter, 12 Mitgliedern und 6 Ersatzmännern, die alle vom Präsidenten der Nationalversammlung auf Vorschlag der Staatsregierung ernannt wurden. Jeder offizielle parlamentarische Einfluss war ausgeschlossen⁹³.

(4) Mit dem Bundes-Verfassungsgesetz vom 1. 10. 1920 wurde Österreich als demokratische Republik und als Bundesstaat eingerichtet. In Bezug auf die Organisation des Verfassungsgerichtshofes hat das B-VG 1920 die Zahl der Mitglieder und Ersatzmitglieder des Verfassungsgerichtshofes offen gelassen und in Art. 147 bestimmt, dass Präsident und Vizepräsident sowie die Hälfte der Mitglieder und Ersatzmitglieder vom Nationalrat, die andere Hälfte der Mitglieder und Ersatzmitglieder vom Bundesrat auf Lebenszeit gewählt werden sollen. Damit kehrte man zu dem vor der deutschösterreichischen Zeit eingeführten Prinzip zurück. Bei der Erarbeitung des Entwurfes des Verfassungsgesetzes bestand eine weitgehende Meinungsübereinstimmung in diesem Punkt⁹⁴. Die folgende Ausführung von *Hans Kelsen*

⁹⁰ Ebenda, S. 739 f.

⁹¹ Vgl. ebenda, S. 740.

⁹² Zitiert nach *Walter*, a.a.O., S. 742.

⁹³ Vgl. *Kelsen/Froehlich/Merkl*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920, S. 248.

⁹⁴ *Walter*, a.a.O., S. 763.

mag die tieferen Gründe für diese Entscheidung illustrieren:

„So wünschenswert es wäre, alle parteipolitischen Einflüsse von der Judikatur des Verfassungsgerichtes fernzuhalten, so schwierig ist gerade die Verwirklichung dieses Postulates. Man kann sich der Tatsache nicht verschließen, daß auch Fachleute – bewußt oder unbewußt – von politischen Erwägungen motiviert werden. Ist diese Gefahr besonders groß, dann ist es beinahe besser, an Stelle eines inoffiziellen und unkontrollierbaren parteipolitischen Einflusses die legitime Beteiligung der politischen Parteien bei der Bildung des Gerichtes zu akzeptieren. Etwa in der Weise, daß ein Teil der Stellen durch Wahl seitens des Parlamentes besetzt wird, und daß bei dieser Wahl die verhältnismäßige Stärke der Parteien zu berücksichtigen ist. Werden die anderen Stellen mit Fachleuten besetzt, können diese den rein fachlichen Erwägungen viel ungehinderter Raum geben, da dann ihr politisches Gewissen durch die Mitwirkung der zur Wahrung der politischen Interessen Berufenen entlastet wird.“⁹⁵

Kelsen ging im Grunde davon aus, dass für die Bildung des Verfassungsgerichts keine wesentlich anderen Prinzipien in Betracht kämen als für die Organisation der gewöhnlichen Gerichte, weil die Funktion des Verfassungsgerichts Rechtsanwendung sei und es in diesem Punkt der Funktion der Gerichte gleiche⁹⁶. Er war der Meinung, dass die Aufnahme hervorragender Fachleute der Stärkung der Autorität des Verfassungsgerichts dienen könnte und dass Mitglieder des Parlamentes oder der Regierung dem Verfassungsgericht nicht angehören sollten⁹⁷, weil deren Akte zum Gegenstand der Kontrolle des Gerichts werden könnten (sog. Prinzip der „Inkompatibilität“)⁹⁸. Allerdings glaubte er, dass die politischen Kräfte in jedem Fall danach streben würden, die Judikatur des Verfassungsgerichts irgendwie zu beeinflussen. Daher wäre es seiner Ansicht nach besser, bei der Zusammensetzung des Gerichtes die legitime Beteiligung der politischen Parteien mehr oder weniger anzuerkennen, als sie einen inoffiziellen und unkontrollierbaren Einfluss nehmen zu lassen. Etwaige Bedenken, dass Entscheidungen des Verfassungsgerichts in der Tat heimlich von einseitigen politischen Erwägungen motiviert würden, könnten vermindert werden, wenn an den von einer politischen Partei nicht erwünschten Entscheidungen die von ihr selbst Berufenen mitwirken würden. Unter diesen Umständen könnten sich die Fachleute, die an den Entscheidungen mit beteiligt wären, ihrerseits restlos auf die rein fachlichen Erwägungen konzentrieren, was *Kelsen* wohl gemeint hat.

⁹⁵ *Kelsen*, VVDStRL 5 (1929), 30 (56 f.).

⁹⁶ Ebenda, 56 f.

⁹⁷ Ebenda, 56 f.

⁹⁸ Dieses Prinzip wurde im § 1 Abs. 2 des Verfassungsgerichtshofgesetzes vom 13. 7. 1921, welcher zur Verfassungsbestimmung erklärt wurde, teilweise verwirklicht. Vgl. *Kelsen/Froehlich/Merkl*, a.a.O., S. 282.

(5) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die besondere Organisation des Verfassungsgerichts in Österreich mit der äußerst großen politischen Bedeutung der verfassungsrechtlichen Streitigkeiten zusammenhängt. Entsprechend der politischen Empfindlichkeit dieser Streitigkeiten hat man ein Gericht mit einer besonderen Zusammensetzung erdacht. In der monarchischen Zeit wollte man eine unparteiische und unabhängige richterliche Instanz dadurch schaffen, dass man die Besetzung des Verfassungsgerichts nicht allein der Exekutivgewalt überlassen, sondern auch das Parlament einbezogen hat. Auch nach dem Übergang von der Monarchie zur Republik hat man die legitime Beteiligung der parlamentarischen Körperschaft bei der Bildung des Verfassungsgerichtes weiterhin akzeptiert, um die inoffiziellen Einflüsse der politischen Parteien auf die Zusammensetzung des Verfassungsgerichts zu vermindern und um die Gefahr der heimlichen sowie möglicherweise einseitigen politischen Erwägungen durch Fachmänner auszugleichen. Das Plenums- und das Inkompatibilitätsprinzip waren dabei ein wichtiges Mittel, die Neutralität des Gerichts zu gewährleisten. Diese Organisationsregelungen könnten teilweise dazu beigetragen haben, die Akzeptanz der Entscheidungen des Verfassungsgerichts bei sämtlichen staatlichen sowie gesellschaftlichen Akteuren zu erhöhen⁹⁹.

cc) Schließlich stellt sich die Frage, warum das Normenkontrollverfahren dem Verfassungsgericht zugeteilt werden sollte. Diesbezüglich sollte man wiederum daran denken, dass die politische Empfindlichkeit bestimmter Rechtsstreitigkeiten ein wichtiger Grund für die Errichtung eines Gerichts mit besonderer Organisation war, durch die die Akzeptanz seiner Entscheidungen bei sämtlichen politischen Kräften erhöht werden konnte. In die Kategorie dieser Rechtsstreitigkeiten ist insbesondere die Normenkontrolle einzuordnen. Dies gilt gerade deshalb, weil ein von der politisch wichtigsten Staatsmacht, d.h. vom Parlament, erlassenes Gesetz gegebenenfalls durch die gerichtliche Entscheidung kassiert werden kann.

Darüber hinaus verbleibt die grundlegende Frage, ob es keine Überlegung gab, das Verfassungsgericht und das höchste Rechtsmittelgericht zu vereinigen. Dies ist von Relevanz, zumal die Verfassungsmäßigkeit der im konkreten Fall anzuwendenden gesetzlichen Norm unter Umständen bei der Entscheidung des Rechtsmittelgerichts eine wichtige Rechtsfrage bilden kann. Allerdings berücksichtigte der Verfassungsgeber des B-VG 1920, der damals das Bedürfnis nach der Gesetzeskontrolle hauptsächlich im Problembereich des Verhältnisses zwischen Bundes- und Landesgesetzgebung verspürte, diese Problematik anscheinend nicht. Da über diese Frage beim Erlass des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland eine aufschlussrei-

⁹⁹ Vgl. *Wieser*, Vergleichendes Verfassungsrecht, S. 127.

che Diskussion geführt wurde, ist es für die weiteren Überlegungen sinnvoll, diese Vorgänge näher zu betrachten.

c) Die Verselbständigung des Normenkontrollgerichts in Deutschland

aa) Die Beratungen im Verfassungskonvent von Herrenchiemsee

Zur Vorbereitung eines Entwurfs des Grundgesetzes tagte vom 10. bis 23. August 1948 ein Verfassungskonvent auf der Insel Herrenchiemsee, der aus Ministern und Ministerialbeamten der Länder der Westzone bestand. Aufgrund der Erfahrungen in der Weimarer Republik und im NS-Regime wollten die Mitglieder des Herrenchiemseer Konvents die Institution des Bundesverfassungsgerichts in den Verfassungsentwurf aufnehmen und dieses Gericht zum „Hüter der Verfassung in wahrhaftem Sinn“¹⁰⁰ machen. Das heißt, das Gericht sollte „als oberste Instanz in Fragen des Bundesstaatsrechts“¹⁰¹ im Vergleich zum Staatsgerichtshof der Weimarer Verfassung erweiterte Zuständigkeiten einschließlich derjenigen für die Normenkontrolle erhalten. Nach dem Herrenchiemsee-Entwurf (HChE) sollten seine Entscheidungen für alle Gerichte und sonstigen Behörden bindend sein (Art. 99 Abs. 1 HChE) und Gesetzeskraft haben, soweit sie die Nichtigkeit eines Gesetzes feststellen (Art. 99 Abs. 2 HChE).

Im Herrenchiemseer Konvent gab es Meinungsverschiedenheiten darüber, ob ein einziges oberstes Bundesgericht für sämtliche Sachgebiete des Bundesrechts zu schaffen sei oder ob verschiedene oberste Bundesgerichte errichtet werden sollten. Diese Diskussion bezieht sich wiederum darauf, ob die Verfassungsgerichtsbarkeit von einem einheitlichen obersten Bundesgericht ausgeübt oder ob für Verfassungsfragen ein besonderes selbständiges Verfassungsgericht geschaffen werden sollte. Die Befürworter eines einzigen obersten Bundesgerichts – wie *Otto Küster*, *Paul Zürcher* und *Carlo Schmid* – wollten, dass die Justiz gegenüber dem Volk eindrucksvoll verkörpert wird, und schlugen vor, jederart oberste Bundesgerichtsbarkeit in einem einzigen Gerichtshof zusammenzufassen. Damit zielten sie nicht nur auf die „Hebung der Dritten Gewalt“ ab, sondern auch auf die Einheitlichkeit der Rechtsprechung¹⁰². Dagegen hat *Claus Leusser* die Errichtung mehrerer oberster Gerichte der Einrichtung eines „Mammutgerichts“ vorgezogen. Würden diese Gerichte auf verschiedene Länder verteilt, würde seiner Ansicht nach die „Bundesfreudig-

¹⁰⁰ Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, S. 45 (veröff. in: PR, Akten und Protokolle II, S. 554).

¹⁰¹ Ebenda.

¹⁰² HCh, Unterausschuss III: Organisationsfragen, Prot. der 4. Sitzung vom 16. Aug. 1948, S. 63 f. (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 14 f.).

keit“ gefördert¹⁰³. *Hermann Brill* wies darauf hin, dass der aus nur 9 Richtern bestehende US *Supreme Court* und das deutsche Reichsgericht, welches damals etwa 70 Reichsgerichtsräte hatte, in ihren Funktionen ganz anders sind, was gerade diese unterschiedliche Zahl anzeige. Daher käme man zu einem „Mammutgericht“ mit 150-200 obersten Richtern, wenn man in Deutschland ein einziges oberstes Gericht einrichten wolle. Angesichts dieses Umstandes war er sehr skeptisch, dass durch die Errichtung eines einzigen obersten Gerichts die Einheitlichkeit der Rechtsprechung leicht erreicht werden könnte¹⁰⁴. Da über diese Frage keine Einigung erzielt werden konnte, wurde Art. 97 Abs. 1 S. 1 HChE dahingehend alternativ gefasst: „Bundesverfassungsgericht ist das oberste Bundesgericht oder eines der obersten Bundesgerichte.“

Unbeschadet des Offenlassens dieser Frage sah der Herrenchiemsee-Entwurf im Art. 100 für das Verfassungsgericht oder den Verfassungsgerichtssenat die folgende besondere Zusammensetzung vor: Die Richter sollen gleichmäßig durch den Bundestag und den Bundesrat gewählt werden (Abs. 1 S. 1), wobei die Hälfte davon Richter der obersten Bundesgerichte und höchsten Gerichtshöfe der Länder sein müssen (Abs. 4). Die Senate des Verfassungsgerichts sind mit den vom Bundestag und Bundesrat gewählten Richtern gleichmäßig zu besetzen (Abs. 2) und im Art. 100 Abs. 3 HChE findet sich das sog. Inkompatibilitätsprinzip. Ferner ist den Beratungen die Tatsache zu entnehmen, dass die Ernennung von Laienrichtern beim Verfassungsgericht akzeptiert wurde. Für eine gute verfassungsgerichtliche Rechtsprechung wurde es als erforderlich angesehen, neben Berufsrichtern auch „politische Persönlichkeiten“¹⁰⁵ oder „Menschen, die ein qualifiziertes politisches Vertrauen genießen“¹⁰⁶, oder mindestens Juristen, die „politische Erfahrung“ besitzen¹⁰⁷, mit einzubeziehen¹⁰⁸.

¹⁰³ Ebenda, S. 64 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 15).

¹⁰⁴ Ebenda, S. 65 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 16).

¹⁰⁵ *Josef Beyerle*, in: HCh, Plenum, Prot. der 11. Sitzung vom 23. Aug. 1948, S. 41 f. (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/2, S. 638).

¹⁰⁶ *Carlo Schmid*, in: HCh, Unterausschuss III: Organisationsfragen, Prot. der 4. Sitzung vom 16. Aug. 1948, S. 65 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 16).

¹⁰⁷ *Hans Berger*, in: HCh, Plenum, Prot. der 11. Sitzung vom 23. Aug. 1948, S. 40 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/2, S. 637).

¹⁰⁸ Diesbezüglich führte *Carlo Schmid* aus: „Es ist ein großer Vorteil, wenn Menschen, die sich ein ganzes Leben lang in die harte Zucht des Richters genommen haben, darüber entscheiden, was wahr und was opportun und nicht opportun ist. Aber es gibt auch auf diesem Gebiet das, was die Franzosen *déformation professionnelle* nennen, also etwas wie eine Berufskrankheit. [...] Ich habe dort feststellen können, wie höchst ehrenwerte, sehr kluge Männer im Laufe ihres Daseins dieser *déformation professionnelle* unterlegen sind, die unter Umständen auch darin bestehen kann, Dinge für Rechtsfragen zu halten, die in Wirklichkeit politische Fragen sind, und darin, zu glauben, daß die Argumente, die man anwendet, juristische Argumente sind, während es im wesentlichen unbewußt politische Argumente sind. [...] Da scheint es mir doch richtiger, zweckmäßiger und wahrer zu sein, dieser Wirklichkeit dadurch Rechnung zu tragen, daß wir sagen: In ein Bundesverfassungsgericht gehören neben

bb) Die Verhandlungen im Parlamentarischen Rat

(1) Das Konzept einer obersten Rechtsmittelinstanz mit Normenkontrollkompetenz

Im Herrenchiemseer Konvent wurde die Institution des Verfassungsgerichts, wie oben gesehen, *als oberste Instanz in Fragen des Bundesstaatsrechts* konzipiert. Zu seinen wesentlichen Zuständigkeiten gehörte die Normenkontrolle. Obwohl ein Teil der Mitglieder des Konvents befürwortete, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit von einem einheitlichen obersten Bundesgericht ausgeübt werden sollte, dürften auch sie damit nicht gemeint haben, dass die oberste Rechtsmittelinstanz zugleich die Normenkontrollinstanz sein soll. Dies ergibt sich nicht nur daraus, dass der HChE im Art. 98 Ziffer 4 und 5 vorgesehen hat, Gesetze nur *prinzipaliter* zu prüfen, sondern auch daraus, dass das hierfür zuständige Gericht (oder der Verfassungssenat) sowie so der von den anderen Senaten verschiedenen Zusammensetzungweise, wie sie im Art. 100 HChE bestimmt worden ist, folgen musste. Rechtsmittel- und Normenkontrollinstanz wurden folglich nach dem HChE organisatorisch getrennt.

Allerdings hat sich der Parlamentarische Rat in seinen ersten Beratungen zunächst von dieser Trennung abgewandt. Die Beratungen waren vor allem von den Vorschlägen von *Walter Strauß* geprägt. In seiner im Rechtspflegeausschuss verteilten Denkschrift „Die Oberste Bundesgerichtsbarkeit“ vertrat er die Meinung, dass die Vorfrage, ob ein bei einem rechtshängigen Rechtsstreit anzuwendendes Gesetz verfassungsgemäß ist, „im normalen richterlichen Verfahren“ entschieden werden sollte¹⁰⁹. Zur Begründung führte er aus: Diese Fragen seien „reine Rechtsfragen“¹¹⁰ und sie sollten nicht einer politischen Instanz übertragen werden. Dass in manchen Ländern die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Gesetze zwar nicht dem Gesetzgeber selbst als Richter in eigener Sache übertragen wird, aber doch an einen Verfassungsgerichtshof, der hinsichtlich seiner Zusammensetzung mehr oder weniger von dem Gesetzgeber abhängig ist, verwiesen wird, schien ihm wie eine „auf halbem Wege

den kühlen Technikern des Rechts, sagen wir einmal neben denen, die sich bewußt Scheuklappen an die Augen binden – bewußt und in ehrenwerter Absicht –, auch die, die das bewußt nicht tun. Diese sollen die Fragen, von denen man sagt, sie seien rein rechtlicher Natur, mit dem Willen angehen, unter Wahrung des Rechts bei der Entscheidung einen gestaltenden Akt vorzunehmen. [...] Diese [politische Stellungnahme, eig. Anm.] darf aber nicht willkürlich erfolgen, sondern nur im Rahmen der Verfassung, d.h. unter Bejahung und gegebenenfalls unter Fortentwicklung ihrer Grundelemente. Insoweit könnte einer guten Rechtsprechung des Verfassungsgerichts die Beimischung solcher politischer Menschen nur förderlich sein. Nichts schließt aus, daß diese Leute auch Juristen sind, meinetwegen auch Gerichtsassessoren; aber es sollten in erster Linie politische Menschen sein.“ Vgl. HCh, Plenum, Prot. der 11. Sitzung vom 23. Aug. 1948, S. 43 f. (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/2, S. 639 f.).

¹⁰⁹ *Strauß*, Die Oberste Bundesgerichtsbarkeit, veröff. bei Schneider, S. 31.

¹¹⁰ Ebenda, S. 31.

stehengebliebene Entwicklung“¹¹¹. Die Prüfung eines Gesetzes auf seine Rechtsbeständigkeit sei ein Teil der normalen Tätigkeit von Richtern. Nur einen Teilabschnitt der Rechtsbeständigkeitsfragen, d.h. die Frage, ob ein Gesetz im Hinblick auf seine Verfassungsmäßigkeit rechtsbeständig ist, aus der richterlichen Prüfung herauszunehmen, erscheine willkürlich und unorganisch¹¹². Wenn man trotzdem diese Frage dem ordentlichen Richter entziehe, schwäche man das Ansehen der rechtsprechenden Gewalt¹¹³.

Als Spitze der Rechtsmittelinstanzen, die auch mit der Normenkontrollkompetenz versehen werden sollten, hat *Strauß* „das Oberste Bundesgericht“ konzipiert¹¹⁴. Seiner Ansicht nach sollte dieses Gericht die Wahrung der territorialen sowie fachlichen Rechtseinheit als wichtigste Aufgabe wahrnehmen. Stand die Notwendigkeit der territorialen Rechtseinheit für ihn unzweifelhaft fest, so fühlte er im Gegensatz dazu in Bezug auf die Aufgabe der fachlichen Rechtseinheit das Bedürfnis nach näherer Begründung und verwies auf zwei Arten von Fällen: Die eine Art Fälle beziehe sich auf die unterschiedlichen Interpretationen eines einfachen Gesetzes durch mehrere Fachgerichte. Ein Beispiel hierfür sei die unterschiedliche Auslegung steuerrechtlicher Vorschriften durch den Reichsfinanzhof und das Reichsgericht¹¹⁵. Die andere Art Fälle betreffe die Möglichkeit der unterschiedlichen Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes, was insbesondere deshalb zum Thema gemacht wurde, weil Mitte der zwanziger Jahre des 20. Jahrhunderts sich sowohl Reichsfinanzhof wie Reichsgericht für die Zulässigkeit der Nachprüfung der Verfassungsmäßigkeit des Aufwertungsgesetzes aussprachen¹¹⁶.

Zur Erreichung der fachlichen Rechtseinheit rückte *Strauß* die „Einheitlichkeit des Obersten Bundesgerichts“ in den Vordergrund¹¹⁷. Das heißt, dieses Gericht sollte zum einen nicht in eine Reihe von getrennten Senaten aufgesplittert werden, sondern einheitlich alle Fachgebiete umfassen.

Zum anderen sollte die Zahl der obersten Bundesrichter klein sein, damit „ein wirklich einheitliches Arbeiten des obersten Gerichtshofes unter ständiger Fühlungnahme der Mitglieder miteinander möglich ist“¹¹⁸. Von der Beschränkung der Mitgliederzahl leitete *Strauß* wiederum die Notwendigkeit ab, die Rechtsmittel so zu gestalten, dass nur eine beschränkte, von diesen Mitgliedern zu bewältigende Anzahl

¹¹¹ Ebenda, S. 32.

¹¹² Ebenda, S. 33 f.

¹¹³ Ebenda, S. 35.

¹¹⁴ Ebenda, S. 37 f.

¹¹⁵ PR, Rechtspflegeausschuss, StenProt. der 2. Sitzung vom 20. Okt. 1948, S. 7 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 42 f.).

¹¹⁶ Ebenda, S. 7 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 43 f.).

¹¹⁷ *Strauß*, a.a.O., S. 17.

¹¹⁸ Ebenda, S. 18.

an Fällen an das Oberste Gericht gelangen kann. Dazu sollte bestimmt werden, dass das Rechtsmittel an den Obersten Gerichtshof nur statthaft ist, wenn der „*iudex a quo*“ (Richter der Vorinstanz) die Zulassung einer Rechtsrüge wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung gestattet hat¹¹⁹. Außerdem müsse das Oberste Bundesgericht seinerseits die Rechtsrüge durch Beschluss verwerfen können, wenn es die Voraussetzung für ihre Zulässigkeit verneint¹²⁰.

(2) Die Debatte über den Gerichtsaufbau

(a) Die Stellung des Obersten Bundesgerichts, wie es von *Strauß* vorgeschlagen wurde, und seine Aufgaben konnten keineswegs vollkommen getrennt von der Frage des Gerichtsaufbaus insgesamt betrachtet werden. Daher hat *Strauß* in seiner Denkschrift ganz bewusst dem Vorschlag bezüglich des Obersten Bundesgerichts seine Vorstellungen über den Gerichtsaufbau hinzugefügt.

Erstens war *Strauß* der Meinung, dass neben dem Obersten Bundesgericht ein selbständiges Verfassungsgericht errichtet werden sollte. Er hat dies mit den folgenden Argumenten begründet: Das deutsche öffentliche Bewusstsein habe sich seinerzeit noch nicht hinreichend daran gewöhnt, Verfassungsstreitigkeiten als Streitigkeiten anzusehen, die durch eine rein sachliche Gerichtsentscheidung geschlichtet werden können. Der Versuch, das Oberste Gericht auch mit der Entscheidung von den Bereich des Politischen berührenden Fragen zu befassen, würde die Gefahr bergen, dass die öffentliche Meinung die Entscheidung des Obersten Gerichts als eine politische auffassen und werten könnte. Damit wäre das Oberste Bundesgericht in politische Meinungsverschiedenheiten hineingezogen, in seinem Ansehen gefährdet und möglicherweise Angriffen gegen seine Unabhängigkeit ausgesetzt. Es sei daher notwendig, für Verfassungsstreitigkeiten noch ein besonderes Verfassungsgericht vorzusehen, welches durch die Beteiligung politischer Persönlichkeiten eine für die öffentliche Meinung akzeptablere Lösung biete, und das, wenn es angegriffen wird, nicht von vornherein das Oberste Bundesgericht als solches in Mitleidenschaft zieht¹²¹.

Allerdings seien die Zuständigkeiten des Verfassungsgerichts auf Fragen „mit politischem Wertakzent“ zu beschränken, weil sie eine an sich prinzipwidrige Abweichung vom Grundsatz der Einheitlichkeit der Obersten Gerichtsbarkeit darstellen würden¹²². Hierfür kämen die folgenden „Fragegruppen“ in Betracht: 1. Anklagen gegen den Bundespräsidenten, 2. öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen dem

¹¹⁹ Ebenda, S. 23.

¹²⁰ Ebenda, S. 26.

¹²¹ Ebenda, S. 28 f.

¹²² Ebenda, S. 30.

Bund und den Ländern oder zwischen den Ländern untereinander, 3. Streitigkeiten zwischen den Parteien und Bundesorganen, insbesondere über die Verfassungswidrigkeit einer Partei, 4. Beschwerden über parlamentarische Untersuchungsausschüsse durch Parteien oder betroffene Einzelne, 5. Nachprüfungen der Wahlen zur Volkskammer und Länderkammer¹²³. Hingegen gehöre, wie oben gesehen, die „Nachprüfung des Gesetzes durch den Richter“ nicht in den Kreis der Entscheidungen mit politischem Wertakzent¹²⁴.

Zweitens sollten die übrigen Gerichte alle dem Obersten Bundesgericht untergeordnet sein. Insbesondere die letzten höchsten Gerichte würden an Bedeutung gewinnen, weil der Rechtszug nach Auffassung von *Strauß* in der Mehrzahl der Fälle bei ihnen enden sollte. Bei der Aufzählung der zweitletzten Instanzgerichte hat *Strauß* aber zwei Kategorien von Rechtsgebieten unterschieden. Die eine umfasst „die alten, mehr statischen Rechtsgebiete“, insbesondere das Straf- und Zivilrecht¹²⁵. Da die meisten Streitfragen auf diesen Gebieten aufgrund langer Entwicklung bereits ausgetragen seien, genüge es bei ihnen, die Oberlandesgerichte der Länder als zweitletzte Instanz vorzusehen. Damit würde etwa das Bundesfachgericht für Straf- und Zivilrechtssachen wie das ehemalige Reichsgericht keinen Bestand mehr haben. Demgegenüber seien „die sich neu entwickelnden, mehr dynamischen Rechtsgebiete“ der anderen Kategorie – z.B. das Sozialrecht und das Finanzrecht – dadurch charakterisiert, dass sie „infolge der Natur der Sache und der unruhigeren Gesetzgebung stärker in Bewegung sind“. Bei diesen Rechtsgebieten sei es für das Zusammenhalten der Entwicklung erforderlich, einen nicht unerheblichen Teil der Streitigkeiten zunächst in einer einheitlichen Oberinstanz des Bundes für solche Spezialfragen zusammenlaufen zu lassen. Ein solches Bundesfachgericht sollte demnach für die Fragen, welche wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung an das Oberste Bundesgericht gelangen, sozusagen als „Vorfilter“ wirken¹²⁶.

(b) Die *Strauß*'schen Vorschläge veranlassten jedoch den Vorsitzenden des Rechtspflegeausschusses, *Georg August Zinn*, dazu, einen anderen Weg zu suchen. Dem Grundgedanken der Rechtseinheit zustimmend, vertrat *Zinn* gleichwohl die Überzeugung, dass man nicht zu Lösungen kommen dürfe, die den Gesetzgeber in irgendeiner Weise an einen bestimmten Gerichts Aufbau und einen bestimmten Rechtsmittelweg binden. Infolgedessen werde man zunächst mit verschiedenen obersten Bundesgerichtshöfen rechnen müssen. Um der sich daraus ergebenden

¹²³ Ebenda, S. 30.

¹²⁴ Ebenda, S. 31.

¹²⁵ Ebenda, S. 13.

¹²⁶ Ebenda, S. 13.

Gefahr der Aufsplitterung zu begegnen, schlug er vor, provisorisch – d.h. solange der Gesetzgeber nicht später zu einem einzigen obersten Gericht gelangt, – über allen Bundesgerichtshöfen ein „Supergericht“ vorzusehen¹²⁷.

Zinn wollte das Bundesverfassungsgericht als „Supergericht“ fungieren lassen¹²⁸. Seiner Meinung nach hatte es sich vornehmlich mit Verfassungsstreitigkeiten zu befassen, sollte aber in bestimmten Fällen auch dann entscheiden, wenn oberste Bundesgerichte voneinander abweichen oder wenn es sich um eine Rechtsfrage von besonderer Bedeutung handelt¹²⁹. Allerdings sollte das „Supergericht“ nicht Rechtsmittelgericht im herkömmlichen Sinne sein. Die Revisionsinstanz im traditionellen Sinne sollte z.B. bei der ordentlichen Gerichtsbarkeit ein Bundesgerichtshof wie das ehemalige Reichsgericht bleiben. Das „Supergericht“ trage nicht dem Bedürfnis der Prozessbeteiligten nach einem weiteren Rechtsmittel Rechnung, sondern diene allein dazu, zwischen den verschiedenen Gerichten ausgleichend zu wirken. Voraussetzung sei, dass der *iudex a quo* oder ein Generalanwalt grundsätzliche Rechtsfragen an das „Supergericht“ heranbringen würden. Dabei sollte die Entscheidung des „Supergerichts“ über diese Rechtsfragen die Gerichte für die Zukunft binden, jedoch die Rechtskraft der Entscheidung des konkreten Prozesses nicht berühren. In diesem Sinne sollte sich das Supergericht auf eine „reine Normenkontrolle“ beschränken¹³⁰.

(c) Nach der 3. Sitzung des Rechtspflegeausschusses versuchten *Zinn* und *Strauß*, zu einem Kompromiss zu gelangen. Im Ergebnis waren sie sich darüber einig, dass ein oberstes Bundesgericht errichtet werden sollte, das einerseits die Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts übernehmen und andererseits oberstes Rechtsmittelgericht sein sollte, um die territoriale und fachliche Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung zu sichern. Ferner einigten sie sich auch darauf, vorläufig an der bisherigen Gerichtsverfassung und an dem bisherigen Rechtsmittelzug nichts zu ändern, jedoch gleichzeitig die Möglichkeit offen zu lassen, dass das oberste Bundesgericht in bestimmten Fällen den Rechtsstreit anstelle des zweitrangigen Gerichts – d.h. anstelle der Bundesgerichtshöfe – entscheidet¹³¹.

¹²⁷ PR, Rechtspflegeausschuss, StenProt. der 2. Sitzung vom 20. Okt. 1948, S. 18 f. (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 50 f.).

¹²⁸ Vgl. v. *Doemming/Füsslein/Matz*, JöR n.F. 1 (1951), 692 f.

¹²⁹ PR, Rechtspflegeausschuss, StenProt. der 2. Sitzung vom 20. Okt. 1948, S. 19 u. 38 f. (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 51 u. 63).

¹³⁰ PR, Rechtspflegeausschuss, StenProt. der 3. Sitzung vom 22. Okt. 1948, S. 4 ff. (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 71 ff.).

¹³¹ PR, Rechtspflegeausschuss, StenProt. der 4. Sitzung vom 27. Okt. 1948, 11 ff. (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 104 ff.).

Damit wurden *Zinns* Gedanken, dass keine scharfe Trennung zwischen Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und oberster Bundesgerichtsbarkeit nötig sei und dass man zunächst die Gerichtsverfassung und den Rechtsmittelzug der ordentlichen Gerichtsbarkeit unberührt lassen solle, in dem Kompromissentwurf durchgesetzt. Indes ist *Zinn* insofern von seinen ursprünglichen Vorschlägen abgewichen, als er die Ansicht, dass sich das „Supergericht“ auf aus einem konkreten Rechtsstreit herausgelöste, abstrakte Rechtsfragen beschränken solle, nicht mehr aufrechterhalten hat. Dadurch würde das Rechtsmittel an das oberste Bundesgericht in der Form und auch in der Wirkung in hohem Grade der alten Revision ähneln. Außerdem haben die beiden Abgeordneten zwar das bisherige Rechtsmittel nicht beschnitten, wollten jedoch bei grundsätzlichen Rechtsfragen die Möglichkeit der „Instanzenverschiebung“ eröffnen, um tunlichst eine vierte Instanz zu vermeiden und nur drei Instanzen zu haben¹³².

(d) Die Vorschläge, die *Strauß* anfangs allein und dann mit *Zinn* gemeinsam erarbeitet hat, stimmten in den folgenden Punkten überein: 1. Das Oberste Bundesgericht oder „Supergericht“ sollte das höchste Instanzgericht sein und gleichzeitig auch die Normenkontrollkompetenz haben. 2. Es sollte aus einer kleinen Zahl an Mitgliedern bestehen. 3. Die Anrufung des Obersten Bundesgerichts insbesondere durch Prozessbeteiligte sollte stark beschränkt sein.

In Bezug auf die Normenkontrolle hätte das Oberste Bundesgericht damit wenigstens den strukturellen sowie prozessualen Bedingungen genügen können, wie sie von *Cappelletti* gefordert wurden. Die Beanstandungen unter den Mitgliedern des Rechtspflegeausschusses richteten sich dann auch mehr gegen seine unbefriedigende Funktion als höchstes Instanzgericht. Manche Abgeordneten äußerten die Befürchtung, dass die Rechtseinheit wegen des knappen Personalbestandes des Obersten Bundesgerichts und aufgrund der zu stark eingeschränkten Anrufungsmöglichkeit gefährdet werden könnte¹³³. Diese Bedenken bezogen sich in erster Linie auf das Gebiet des Zivil- und Strafrechts, weil nach dem ursprünglichen Vorschlag von *Strauß* die Zivil- und Strafsachen in Zukunft nicht mehr durch ein Bundesfachgericht wie das ehemalige Reichsgericht behandelt werden könnten, sondern in der Mehrheit bei den Oberlandesgerichten der Länder enden würden. Der Abgeordnete *Max Becker* hat zu diesen Befürchtungen ausgeführt:

¹³² Ebenda, S. 12 ff., 26 u. 43 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 104 ff., 112 u. 123).

¹³³ *Becker*, in: PR, Rechtspflegeausschuss, StenProt. der 2. Sitzung vom 20. Okt. 1948, S. 17 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 79); *Wagner*, in: ebenda, S. 23 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 81 f.); *Greve*, in: PR, Rechtspflegeausschuss, StenProt. der 5. Sitzung vom 10. Nov. 1948, S. 34 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 171).

„Die Einheit der Rechtsprechung kann nur dann gewahrt werden, wenn die Rechtsprechung in Zivil- und Strafsachen, das Reichsverwaltungsgericht, der Reichsfinanzhof, die höchste Gerichtsbarkeit in Disziplinarsachen und in Sozialsachen in einer Stelle zusammengefasst werden, die auf allen diesen Gebieten die höchste Rechtsprechung darstellt. Wird jetzt die Möglichkeit dieser einheitlichen Rechtsprechung dadurch, daß man die Möglichkeit, daß sie zum Zuge kommt, außerordentlich einengt, selten, so wird das Ziel der Einheit der Rechtsprechung nur in wenigen Punkten erreicht werden können, und die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, die dann die höchste Instanz für ihre Länder und Länderchen sind, wird von so großem Gewicht in den betreffenden Ländern werden, daß die Einheit der Rechtsprechung im Bundesgebiet in Gefahr kommen kann.“¹³⁴

Neben der Gefahr der territorialen „Rechtszersplitterung“ oder „Buntscheckigkeit der Rechtsprechung“¹³⁵ wurde auch befürchtet, dass die Rechtssicherheit sehr darunter leiden wird, dass den Prozessbeteiligten der Zugang zur höchstrichterlichen Rechtsprechung in aller Regel verwehrt wird. Nach Ansicht der Abgeordneten *Elisabeth Selbert* war die Güte der Urteile der Oberlandesgerichte nicht so, wie man es von einem höchstrichterlichen Gericht erwarten würde. Da die Oberlandesgerichte als zweite Tatsacheninstanz tätig sein sollten¹³⁶, sei absehbar, dass ihre Urteile unter der Fülle der Fälle zu leiden hätten. Deshalb sei es auch im Interesse der Rechtssicherheit notwendig, den Prozessparteien die Möglichkeit der rechtlichen Nachprüfung des Einzelfalles – d.h. das Recht auf Einlegung der Revision – einzuräumen¹³⁷.

Die Kritik richtete sich auch gegen den Umstand, dass eine Mitgliedschaft am Obersten Bundesgericht eine allumfassende Fachkenntnis voraussetzen würde. Der Abgeordnete *Greve* fragte skeptisch, wo all die Richter für das Oberste Bundesgericht, die zur gleichen Zeit in Zivilsachen, in Strafsachen, in Verwaltungssachen sowie in Angelegenheiten der Sozialversicherung entscheiden sollten, hergenommen werden könnten. Er glaubte nicht, dass man genügend Richter finden werde, die zu gleicher Zeit auf allen diesen Gebieten beschlagen sind¹³⁸. Ähnlicher Meinung war die Abgeordnete *Selbert*:

„Wenn wir uns die Vielfältigkeit des Rechts ansehen, möchte ich solch einen Wunder-

¹³⁴ *Becker*, in: PR, Rechtspflegeausschuss, StenProt. der 5. Sitzung vom 10. Nov. 1948, S. 26 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 166 f.).

¹³⁵ *Wagner*, in: PR, Rechtspflegeausschuss, StenProt. der 2. Sitzung vom 20. Okt. 1948, S. 23 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 53).

¹³⁶ Manche Abgeordnete des Rechtspflegeausschusses hielten die zweite Tatsacheninstanz für notwendig. Vgl. *Selbert*, in: PR, Rechtspflegeausschuss, StenProt. der 3. Sitzung vom 22. Okt. 1948, S. 19 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 80); *Wagner*, in: ebenda, S. 28 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 84); *de Chapeaurouge*, in: ebenda, S. 32 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 86 f.).

¹³⁷ PR, Rechtspflegeausschuss, StenProt. der 5. Sitzung vom 10. Nov. 1948, S. 23 u. 25 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 165 f.).

¹³⁸ PR, Rechtspflegeausschuss, StenProt. der 4. Sitzung vom 27. Okt. 1948, S. 23 f. (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 111).

knaben einmal sehen, der Spezialist auf allen Rechtsgebieten ist, so daß er in einem Senat gleichzeitig über öffentliches Recht, Arbeitsrecht, Sozialrecht usw. eine salomonische Ansicht vertreten kann. Je differenzierter unser Leben wird, desto differenzierter wird auch das Rechtsleben. Ich glaube, wir würden nicht darum herumkommen, hier doch, wenn auch mit einer beschränkten Zahl von Senaten und von Richtern, Spezialsenate zu bilden.“¹³⁹

Festzuhalten ist, dass alle diese Kritikpunkte immer dann vorgebracht wurden, wenn von der Beschneidung der Rechtsmittel gesprochen wurde. Die Kritiker wollten insbesondere die Vorteile bewahren, welche mit der bisherigen Revisionsinstanz und der überlieferten Gerichtsverfassung, also dem System mit mehreren obersten Fachgerichten, verbunden waren. Gerade in diesem Punkt bot sich aber auch die Chance, einen Mittelweg zu finden. Die einzige Vermittlungslösung, die von *Zinn* vorgeschlagen und von den meisten das Oberste Bundesgericht kritisch betrachtenden Abgeordneten gebilligt wurde, bestand darin, unter dem Obersten Bundesgericht verschiedene Bundesfachgerichte als Revisionsinstanz im traditionellen Sinne bestehen zu lassen. Dann würden diese Bundesfachgerichte an Stelle des Obersten Bundesgerichts die territoriale Rechtseinheit und die Rechtssicherheit gewährleisten können. Ferner wäre mit ihrer Hilfe auch die fachliche Rechtsentwicklung vereinheitlicht, was *Strauß* nicht völlig abgelehnt hat. All dies würde für das Oberste Bundesgericht bedeuten, als höchstes Rechtsmittelgericht nur eine geringe Rolle spielen zu dürfen.

Nach der Vermittlungslösung würden dem Obersten Bundesgericht von seiner eigentlichen Hauptaufgabe, der Wahrung der Rechtseinheit, die folgenden Zuständigkeiten verbleiben: einerseits etwaige Auseinandersetzungen zwischen Fachgerichten zu schlichten und andererseits Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. Die Isolierung dieser Rechtsfragen von konkreten Rechtsstreitigkeiten und die Herauslösung des betroffenen Verfahrens aus den normalen Instanzenzügen könnten den Eindruck vermitteln, dass es sich bei der Tätigkeit des Obersten Bundesgerichts eher um eine Art Sondergerichtsbarkeit handelt als um das höchste Rechtsmittelgericht. In diesem Sinne war es von Bedeutung, dass die Mehrheit der Abgeordneten in der 4. Sitzung des Rechtspflegeausschusses die Meinung vertrat, dass sich das Oberste Bundesgericht nicht auf abstrakte Rechtsfragen beschränken, sondern „im konkreten Fall über den gesamten Tatbestand“ urteilen solle¹⁴⁰. Und zwar solle es „anstelle des letzten höchsten Gerichts“ „in der Form, die an sich die übliche ist“, also „als Revi-

¹³⁹ PR, Rechtspflegeausschuss, StenProt. der 5. Sitzung vom 10. Nov. 1948, S. 24 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 165).

¹⁴⁰ PR, Rechtspflegeausschuss, StenProt. der 4. Sitzung vom 27. Okt. 1948, S. 62 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 138).

sions- oder Rechtsbeschwerde- oder Rekursinstanz“¹⁴¹, entscheiden.

(3) Die Rückkehr zur Trennung zwischen Rechtsmittel- und Normenkontrollgericht

(a) Nach seiner 4. Sitzung hat der Rechtspflegeausschuss eine kleine Unterkommission gebildet und sie beauftragt, in Anlehnung an die bisherigen Beschlüsse des Ausschusses die Details der Organisation bzw. des Kompetenzbereichs des Obersten Bundesgerichts zu formulieren¹⁴². Die Unterkommission bestand aus den Abgeordneten *Greve, Laforet, Strauß* und *Zinn*. Bezüglich der Zusammensetzung des Obersten Bundesgerichts gab es in der Unterkommission den folgenden Gedanken: In den Fällen, in denen das Oberste Bundesgericht als Bundesverfassungsgericht tätig wird, sollte es etwa aus fünf ihm angehörigern Richtern und sechs vom Bundestag oder Bundesrat zu wählenden Mitgliedern bestehen¹⁴³. Also seien je nach Eigenschaft der Fälle – d.h. je nachdem, ob es sich bei einer Rechtsstreitigkeit um eine verfassungsrechtliche Frage handelt – unterschiedliche Zusammensetzungsweisen vorzusehen.

Dieser Gedanke zeigte sich deutlicher im Vorschlag des Abgeordneten *Zinn* vom 3. 11. 1948. Ihm zufolge sollte das Oberste Bundesgericht oder „Deutsche Bundesgericht“ entweder in der Besetzung mit sechs „Bundesrichtern“ („Kleiner Bundessenat“) oder mit vier Bundesrichtern und fünf vom Bundestag zu wählenden „Bundeschöffen“ („Großer Bundessenat“) entscheiden¹⁴⁴. Der Kleine Bundessenat sollte

¹⁴¹ Ebenda, S. 60 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 136).

¹⁴² Vgl. ebenda, S. 70 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 143).

¹⁴³ Vgl. PR, Rechtspflegeausschuss, StenProt. der 5. Sitzung vom 10. Nov. 1948, S. 2 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 152).

¹⁴⁴ Nach dem Vorschlag des Abgeordneten *Zinn* vom 3. 11. 1948 (Drs. 243) sollten die Regelungen über die Zusammensetzung des obersten Bundesgerichts wie folgt formuliert werden (vgl. GG, Dokumentation XXIII/1, S. 150; v. *Doemming/Füsslein/Matz*, JöR n.F. 1 (1951), 683):

„Artikel H

(1) Das Deutsche Bundesgericht besteht aus den Bundesgerichtshöfen.

(2) Bundesgerichtshöfe können als höchste Gerichte für Rechtsfragen, die nicht landesgesetzlich geregelt sind, eingesetzt werden.

(3) [...]“

„Artikel y

(1) Die Mitglieder des Bundesgerichtshofs (Bundesrichter) müssen das 55. Lebensjahr vollendet und die Befähigung zum Richteramt erworben haben (Anmerkung: Durch Übergangsvorschrift kann für eine Übergangszeit die Befähigung zum höheren Verwaltungsdienst für ausreichend erklärt werden).

(2) Die Bundesrichter werden abwechselnd auf Grund der Wahl durch das Deutsche Bundesgericht und durch den Bundesrat (Senat) vom Bundesjustizministerium ernannt. Vor der Ernennung ist der Bundestag zu hören; sie unterbleibt, wenn der Bundestag innerhalb von drei Monaten mit Mehrheit seiner gesetzlichen Mitgliederzahl widerspricht.“

„Artikel k

(1) Das Deutsche Bundesgericht entscheidet in der Besetzung mit sechs Bundesrichtern (Kleiner Bundessenat) oder mit vier Bundesrichtern und fünf Bundeschöffen (Großer Bundessenat).

dafür zuständig sein, die Meinungsverschiedenheiten zwischen den Bundesgerichtshöfen auszugleichen¹⁴⁵. Demgegenüber sollten verfassungsrechtliche Rechtsstreitigkeiten dem Großen Bundessenat obliegen¹⁴⁶. Auffällig ist hier der Vorschlag, dass die Gesetzesprüfung auf den Großen Bundessenat konzentriert werden sollte. Dies bedeutet nichts anderes als den vollkommenen Ausschluss der Normenkontrollinstanz von den normalen Rechtsmittelzügen. Auch der Kleine Bundessenat selbst, welcher tatsächlich als höchstes Rechtsmittelgericht fungieren würde, wäre demnach von der Gesetzesprüfung ausgeschlossen. Folglich hat *Zinn* mit seinem Vorschlag vom 3. 11. 1948 bereits die Weichen für eine Rückkehr zur Trennung zwischen Rechtsmittel- und Normenkontrollinstanz gestellt.

Wahrscheinlich war *Strauß* jedoch anderer Auffassung, selbst wenn er zu diesem Zeitpunkt mit *Zinn* darin übereinstimmte, dass die Nachprüfung, ob eine Rechtsvorschrift mit dem Grundgesetz vereinbar ist, ausschließlich dem Obersten Bundesge-

(2) Die Bundesrichter bestimmt das aus den Präsidenten und Senatspräsidenten des Deutschen Bundesgerichts gebildete Präsidium jeweils für drei Jahre im voraus nach seiner Geschäftsordnung.

(3) Die Bundeschöffen wählt der Bundestag auf Vorschlag des Bundesrats (Senats). Nach Ablauf von je drei Jahren scheidet der dritte Teil der Bundesschöffen aus und ist neu zu wählen.“

¹⁴⁵ Vgl. Art. O des Vorschlags des Abgeordneten *Zinn* vom 3. 11. 1948, Drs. 243, der wie folgt lautete (vgl. v. *Doemming/Füsslein/Matz*, JöR n.F. 1 (1951), 696):

„Artikel O

(1) Das Deutsche Bundesgericht (Kleiner Bundessenat) kann gegen die sonst nicht mehr anfechtbare Entscheidung eines Gerichtes angerufen werden, wenn die Rechtsfrage, insbesondere für die Rechtseinheit, von grundsätzlicher Bedeutung ist, oder wenn Bundesgerichtshöfe zu einander widersprechenden Erkenntnissen kommen.

(2) [...]“.

¹⁴⁶ Vgl. Art. L bis N des Vorschlags des Abgeordneten *Zinn* vom 3. 11. 1948, Drs. 243, die wie folgt lauteten (vgl. v. *Doemming/Füsslein/Matz*, JöR n.F. 1 (1951), 735; GG, Dokumentation XXIII/1, S. 150):

„Artikel L

(1) Nur das Deutsche Bundesgericht (Großer Bundessenat) entscheidet darüber, ob eine Rechtsvorschrift mit diesem Grundgesetz vereinbar ist.

(2) Hegt ein anderes Gericht Bedenken, ob eine Rechtsvorschrift, auf deren Gültigkeit es für die Erkenntnis ankommt, mit diesem Grundgesetz vereinbar ist, so hat es durch Vorlage der Akten die Entscheidung des Deutschen Bundesgerichtes herbeizuführen.

(3) Das Deutsche Bundesgericht regelt das Verfahren. Seine Entscheidung hat Gesetzeskraft.“

„Artikel M

(1) Das Deutsche Bundesgericht (Großer Bundessenat) entscheidet über Streitigkeiten aus diesem Grundgesetz, über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen Deutschland und den Ländern oder zwischen den Ländern, über Anklagen wegen Verletzung dieses Grundgesetzes gegen ein Mitglied der Bundesregierung oder gegen einen Richter und über die Zulässigkeit einer politischen Partei.

(2) [...]“.

„Artikel N

(1) Das Deutsche Bundesgericht (Großer Bundessenat) kann wegen Verletzung eines Grundrechts angerufen werden, wenn die Bedeutung der Sache über den Einzelfall hinausgeht, insbesondere mit einer Wiederholung zu rechnen ist, und daher eine allgemeine Regelung erforderlich erscheint.

(2) Das Deutsche Bundesgericht regelt das Verfahren. Seine Entscheidung hat Gesetzeskraft.“

richt zustehen sollte¹⁴⁷. Blickt man auf die Vorgänge der anschließenden Beratungen im Parlamentarischen Rat zurück, kann man vermuten, dass *Strauß* nach wie vor die politischen Elemente von der Normenkontrolle tunlichst ausschließen wollte. Für ihn ist die Gesetzesprüfung eine „reine Rechtsfrage“¹⁴⁸, welche dem nur aus Berufsrichtern bestehenden¹⁴⁹ höchsten Gericht überantwortet werden sollte. Das höchste Rechtsmittelgericht muss nach seiner Ansicht stets in der Lage sein, ein im konkreten Fall anzuwendendes Gesetz auf die Verfassungsmäßigkeit zu prüfen.

(b) In der 5. Sitzung des Rechtspflegeausschusses vom 10. 11. 1948 wurde eine bedeutsame Wende zur institutionellen Trennung von Oberstem Bundesgericht und Bundesverfassungsgericht eingeleitet. Der Präsident des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone, Dr. *Wolff*, äußerte als Sachverständiger in dieser Sitzung starke Bedenken gegen die Vereinigung der beiden Gerichte. Die Vorbehalte beruhten einmal auf dem Ernennungsverfahren der Richter des Bundesverfassungsgerichts. Seiner Meinung nach könnten politische Gesichtspunkte bei ihrer Ernennung mitspielen, wenn sie vom Bundestag und vom Bundesrat gewählt werden. Ferner seien die Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts im Wesentlichen politischer Natur oder hätten zumindest einen sehr starken politischen Einschlag, so dass dieses zwangsläufig in den politischen Streit einbezogen werde. Verquicke man derartige Aufgaben mit den eigentlich juristischen Aufgaben, könnte die Unzufriedenheit, die unvermeidlich von der unterlegenen Partei auf das Bundesverfassungsgericht übertragen werde, das Oberste Bundesgericht in seiner Gesamtheit tangieren. Deshalb sollte man im Interesse des Obersten Bundesgerichtes und dessen Neutralität an der Trennung zwischen ihm und dem Bundesverfassungsgericht festhalten¹⁵⁰.

Diese Anregung, die beiden Gerichte institutionell zu trennen, fand im Rechtspflegeausschuss breite Zustimmung. Der Abgeordnete *Greve* vertrat sogar die Meinung, dass man das Oberste Bundesgericht nicht nur institutionell, sondern auch personell vom Verfassungsgerichtshof trennen sollte. Seiner Ansicht nach sollte man mit größter Sorgfalt eine Person, die sowohl im Hinblick auf ihre juristische als auch auf

¹⁴⁷ Die Neuformulierung des Art. 137 Abs. 1 HCHe durch *Strauß* vom 8. 11. 1948 lautete (vgl. GG, Dokumentation XXIII/1, S. 428): „Die Nachprüfung, ob eine als Gesetz oder Verordnung verkündete Rechtsvorschrift mit der Verfassung eines Landes oder mit diesem Grundgesetz vereinbar oder unvereinbar ist, steht ausschließlich dem Verfassungsgericht des Landes zu, wenn es sich um die Vereinbarkeit mit der Verfassung eines Landes handelt, ausschließlich dem Obersten Bundesgericht, wenn es sich um die Vereinbarkeit mit diesem Grundgesetz handelt.“

¹⁴⁸ PR, Rechtspflegeausschuss, StenProt. der 7. Sitzung vom 6. Dez. 1948, S. 44 f. (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 485 f.).

¹⁴⁹ PR, Rechtspflegeausschuss, StenProt. der 5. Sitzung vom 10. Nov. 1948, S. 49 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 181).

¹⁵⁰ Ebenda, S. 44 ff. (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 178 f.).

ihre politische Qualifikation geeignet ist, als Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts auswählen. Beim Präsidenten des Obersten Bundesgerichts müsse das Hauptgewicht hingegen immer im Juristischen und nicht im Politischen liegen. „Auf Grund seiner Unabhängigkeit in der Jurisprudenz“ würde ein hoch qualifizierter Rechtsanwalt viel eher geeignet sein, Präsident des Verfassungsgerichts zu sein, als Präsident des Obersten Bundesgerichts¹⁵¹.

(c) Sobald die Trennung der beiden Gerichte beschlossen war, hat sich die Frage der Besetzungsweise der Senate im Obersten Bundesgericht zur Frage der Kompetenzaufteilung zwischen dem Obersten Bundesgericht und dem Bundesverfassungsgericht gewandelt. Im Rahmen der Problemstellung, welchem der beiden Gerichte die Normenkontrollkompetenz zugewiesen werden sollte, kam es – vorhersehbarerweise – zu einer scharfen Auseinandersetzung zwischen *Strauß* und *Zinn*.

In den Beratungen des Parlamentarischen Rates bestand *Strauß* stets darauf, dass die Frage der Vereinbarkeit von Bundesrecht und Landesrecht mit dem Grundgesetz so überwiegend eine reine Rechtsfrage ist, dass deren Prüfung dem Obersten Bundesgericht als Wahrer der Rechtseinheit des Bundesrechts überantwortet werden sollte. Es schien ihm dem Wesen der reinen obersten Bundesgerichtsbarkeit zu widersprechen, wenn man solche Fragen einem Kollegium entzieht, das nur aus Richtern zusammengesetzt ist, und einem Kollegium überweist, das gemischt zusammengesetzt ist. Er befürchtete, dass eine wesentliche Aufgabe des Obersten Bundesgerichts wegfallen wird, wenn diesem derartige Fragen nicht übertragen werden¹⁵².

Den *Strauß*'schen Gedanken widersprach *Zinn*¹⁵³. Seiner Ansicht nach hatten diese Streitfälle eine ganz besondere politische Bedeutung, so dass man ohne Mitwirkung von Beisitzern, die gerade die politische Bedeutung einer Entscheidung zu ermessen vermögen, nicht auskommen könne. Dies sei durch die Erfahrungen in der Weimarer Republik erwiesen. Er berief sich dabei auf die Ausführungen des ehemaligen Reichsgerichtspräsidenten Dr. *Simon* im Jahre 1926, nach welchen die Normenkontrolle, wie sie im Art. 13 WRV vorgesehen war, dem Staatsgerichtshof übertragen werden sollte und es nicht Sache eines Gerichtshofs wie des Reichsgerichts

¹⁵¹ Ebenda, S. 53 ff. (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 183 f.).

¹⁵² PR, Rechtspflegeausschuss, StenProt. der 7. Sitzung vom 6. Dez. 1948, S. 44 f. (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 485 f.); PR, Hauptausschuss, Stenprot. der 23. Sitzung vom 8. Dez. 1948, S. 274 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 511 f.).

¹⁵³ PR, Rechtspflegeausschuss, StenProt. der 7. Sitzung vom 6. Dez. 1948, S. 45 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 486); PR, Hauptausschuss, Stenprot. der 23. Sitzung vom 8. Dez. 1948, S. 274 f. (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 513); PR, Hauptausschuss, Stenprot. der 37. Sitzung vom 13. Januar 1949, S. 463 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 545 f.).

sei, Entscheidungen mit allgemeiner Gesetzeskraft zu treffen¹⁵⁴.

Diese *Zinn*'schen Auffassungen setzten sich schließlich im Parlamentarischen Rat durch. Damit verlor das Oberste Bundesgericht die Stellung als Normenkontrollgericht.

cc) Würdigung

Der *Strauß*'sche Gedanke, das Oberste Bundesgericht als letztinstanzlichen und gleichzeitig Normkontrollkompetenz besitzenden Wähler der einheitlichen Rechtsprechung zu errichten, enthielt verschiedene praktische Probleme, die im Laufe der Zeit in mehreren Phasen erkannt wurden und die Umsetzung des Plans scheitern ließen.

In der ersten Phase wurde festgestellt, dass das oberste Rechtsmittelgericht zwangsläufig auf einen wichtigen Teil seiner eigentlichen Aufgaben – d.h. auf die Aufgabe der Wahrung der territorialen Rechtseinheit – verzichten muss, wenn es die für die Wahrung der fachlichen Rechtseinheit erforderlichen strukturellen sowie prozessualen Bedingungen erfüllen will. Die Gerichtsstruktur und das Rechtsmittel, welche für die Wahrung der fachlichen Rechtseinheit angemessen sind, wurden für die Verfolgung der übrigen Ziele – nicht nur für die Wahrung der territorialen Rechtseinheit, sondern u.a. auch für die Gewährleistung der Rechtssicherheit und das Zusammenhalten der fachlichen Rechtsentwicklung – als unzulänglich angesehen. Deshalb mussten diese Aufgaben meistens den unter dem Obersten Bundesgericht zu errichtenden Bundesfachgerichten überlassen werden. Insofern hat sich der Tätigkeitsbereich des Obersten Bundesgerichts als höchstes Rechtsmittelgericht erheblich verkleinert. Bereits in dieser Phase befand es sich am ersten Scheideweg zwischen dem Bestand als Rechtsmittelinstanz und der Umwandlung zur reinen Normenkontrollinstanz.

In der zweiten Phase fing man an, die konkrete Zusammensetzung des Obersten Bundesgerichts zu thematisieren. Hier tauchte die Frage auf, ob das Oberste Bundesgericht bei der Gesetzesprüfung eine andere Art Besetzung braucht als bei der Vereinheitlichung der Interpretation von einfachen Bundesgesetzen. Mit Rücksicht auf die besonderen politischen Auswirkungen der Normenkontrolle wurde in Erwägung gezogen, das Gericht hierbei nicht nur mit Berufsrichtern zu besetzen, sondern auch mit sonstigen, von der parlamentarischen Körperschaft ausgewählten Mitgliedern. Wegen der Tendenz, die Entscheidungen über die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze mit Gesetzeskraft auszustatten, wurde dabei umso mehr Gewicht auf diese

¹⁵⁴ Vgl. *Simons*, Diskuss., in: Verhandlungen des 34. DJT, Bd. II, S. 264 (265).

Lösung gelegt. Im Gegensatz dazu wurde die Beteiligung dieser mit politischem Vertrauen ausgestatteten Mitglieder bei der Aufgabe, die gleichmäßige Anwendung von Bundesgesetzen durchzusetzen, für unnötig gehalten. Da hierbei der Ausgleich von Meinungsverschiedenheiten zwischen den Bundesfachgerichten im Mittelpunkt stand und das Oberste Bundesgericht Entscheidungen lediglich *inter partes* fällen sollte, wurde nicht der Fähigkeit, den etwaigen politischen Auswirkungen Rechnung zu tragen, großer Wert beigemessen, sondern der umfassenden Sachkundigkeit.

In der dritten Phase fragte man sich, ob die Verquickung von Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit innerhalb eines Gerichts eine Erhöhung der Autorität der rechtsprechenden Gewalt mit sich bringen würde. Diese Frage wurde zunächst im Interesse des öffentlichen Ansehens des höchsten Rechtsmittelgerichts hervorgehoben. Für die Neutralität des Obersten Bundesgerichts durfte die Wahl von dessen Richtern nach Ansicht des Sachverständigen Dr. *Wolff* von den politischen Kräften nicht sehr beeinflusst werden und die politischen Rechtsstreitigkeiten sollten einem verselbständigten Verfassungsgericht überlassen werden, damit die „Reinheit der Rechtssphäre“ des Obersten Bundesgerichts nicht durch die Behandlung solcher Rechtsstreitigkeiten gefährdet wird¹⁵⁵. Unabhängig davon, ob diese strenge Gegenüberstellung von Recht und Politik dogmatisch zutrifft, überzeugten wohl der Abscheu und die innere Distanz, welche der Vertreter der hohen Richter gegenüber politisch sehr empfindlichen Rechtsstreitigkeiten gezeigt hat, die meisten Abgeordneten im Rechtspflegeausschuss von der Notwendigkeit einer Trennung des Bundesverfassungsgerichts vom Obersten Bundesgericht¹⁵⁶. Nachdem diese Trennung beschlossen worden war, kam es nicht mehr darauf an, ob sich das Ansehen des Obersten Bundesgerichts, etwa durch die Zuweisung der Normenkontrollkompetenz, erhöhen würde oder nicht, sondern vielmehr darauf, welches der beiden Gerichte für die Normenkontrolle geeigneter ist. Dabei wurde wiederum in Erwägung gezogen, neben juristisch geschulten Richtern auch Laienrichter über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen mitentscheiden zu lassen. Entgegen der eigentlichen Absicht der Befürworter der Trennung der beiden Gerichte wurde im Parlamentarischen Rat im Ergebnis mehrheitlich beschlossen, die Normenkontrollkompetenz dem gemischt besetzten Bundesverfassungsgericht zuzuweisen.

Dies bedeutete aber für das Oberste Bundesgericht, um mit *Strauß* zu sprechen,

¹⁵⁵ PR, Rechtspflegeausschuss, StenProt. der 5. Sitzung vom 10. Nov. 1948, S. 3 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 152 f.).

¹⁵⁶ Die Tatsache, dass die hohen Richter nicht den Mut hatten, die Verantwortung auch für Entscheidungen in „politischen Streitigkeiten“ zu tragen, hat auch *Zinn* veranlasst, seine bisherige Position gegen die Trennung der beiden Gerichte zu ändern. Vgl. PR, Rechtspflegeausschuss, StenProt. der 7. Sitzung vom 6. Dez. 1948, S. 8 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 198).

dass seine wesentliche Aufgabe „herausgebrochen“¹⁵⁷ wurde. Die Zuweisung der Normenkontrollkompetenz an das Bundesverfassungsgericht stellte sogar die Errichtung des Obersten Bundesgerichts an sich in Frage. Die nunmehr einzige übrig gebliebene Aufgabe des Obersten Bundesgerichts, der Ausgleich von Meinungsverschiedenheiten zwischen den Bundesfachgerichten, hatte nämlich von vornherein kein solches Gewicht, dass sie die Einrichtung eines institutionell eigenständigen Obersten Bundesgerichts unbedingt nötig machen könnte. In den Beratungen des Parlamentarischen Rats wurde bereits mehrmals hervorgehoben, dass man als Alternative eine Art „vereinigter Senat“ vorsehen könnte¹⁵⁸. Außerdem betrug die Zahl der Fälle, in denen das Oberste Bundesgericht von 1949 bis 1968 möglicherweise Divergenzen der Rechtsprechung zu koordinieren gehabt hätte, nur 29¹⁵⁹. Dies zeigte nachvollziehbar die „Gefahr des Funktionsmangels“¹⁶⁰ beim Obersten Bundesgericht. Daher ist es kein Wunder, dass der Errichtung des Obersten Bundesgerichtes schließlich mit dem 16. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 18. 6. 1968 die rechtliche Grundlage entzogen wurde und stattdessen einem „Gemeinsamen Senat“ der höchsten Bundesfachgerichte die Aufgabe, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu wahren, überlassen wurde (Art. 95 Abs. 3 GG).

Selbst wenn das Vorhaben der Errichtung eines Obersten Bundesgerichts nicht in die Tat umgesetzt wurde, ist nicht zu übersehen, dass die *Strauß*'schen Vorschläge für die Diskussionen über die Ausgestaltung der deutschen Gerichtsbarkeit eine wichtige Rolle spielten. Die von *Strauß* angeregte Justizreform war für den damaligen deutschen Gerichtsaufbau zweifelsfrei ein Novum. Sie hat sich überwiegend an dem amerikanischen Vorbild orientiert. Durch seine Zielsetzung, das Oberste Bundesgericht zum höchsten Rechtsmittelgericht mit Normenkontrollkompetenz zu machen, hatten die Väter des Grundgesetzes die Gelegenheit, zu überlegen, ob sie vom Einheitsmodell ausgehen könnten und wie gut dieses Modell den praktischen Belangen in Deutschland entsprechen würde.

Betrachtet man die gesamten Vorgänge, vom Vorschlag des Obersten Bundesgerichts bis zur Schaffung eines Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe, lie-

¹⁵⁷ PR, Hauptausschuss, Prot. der 23. Sitzung vom 8. Dez. 1948, veröff. in: Verhandlungen des Hauptausschusses/Parlamentarischer Rat, S. 274.

¹⁵⁸ *Becker*, in: PR, Rechtspflegeausschuss, StenProt. der 5. Sitzung vom 10. Nov. 1948, S. 27 f. (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 167 f.); PR, Antrag der FDP-Fraktion zu Abschnitt VIII (in der Fassung des Allgemeinen Redaktionsausschusses), 8. Jan. 1949, Drs. 470 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/2, S. 870 f.); PR, Antrag der FDP-Fraktion zu Abschnitt „VIII Die Gerichtsbarkeit und die Rechtspflege“, 9. Feb. 1949, Drs. 596 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/2, S. 909 f.); *Dehler*, in: PR, Hauptausschuss, StenProt. der 50. Sitzung vom 10. Feb. 1949, S. 665 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 286 f.); *ders.* in: PR, Plenum, StenBer. der 9. Sitzung vom 6. Mai 1949, S. 185 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 208 f.).

¹⁵⁹ Vgl. *Hering*, DÖV 1967, 153 (154); *Maetzel*, MDR 1968, 797 (798); BT-Drs. 5/1449.

¹⁶⁰ *Fuchs*, JZ 1953, 592 (593).

gen die folgenden Folgerungen nahe: Das Einheitsmodell wurde in Deutschland bewusst abgelehnt, um den je nach Art der Rechtseinheit entgegenlaufenden organisatorischen bzw. prozessualen Bedürfnissen zu begegnen. Ein entscheidender Faktor bei der Trennung der Fachgerichtsbarkeit von der Verfassungsgerichtsbarkeit war wohl der gegen das Oberste Bundesgericht gerichtete Einwand, dass die Wahrung der territorialen Rechtseinheit sowie die fachliche Rechtsentwicklung unter seiner geringen personellen Ausstattung und der damit verbundenen verengten Anrufungsmöglichkeit leiden könnten. Dieser Einwand würde möglicherweise auch für das heutige BVerfG gelten, wenn es die Tätigkeiten des Revisionsgerichts für alle Fachgebiete übernehmen wollte. Umgekehrt wären die fünf obersten Gerichtshöfe aus den gegenteiligen gerichtsstrukturellen und prozessualen Gründen nicht geeignet, an die Stelle des BVerfG als Wahrer der einheitlichen Rechtsprechung auf der verfassungsrechtlichen Ebene zu treten.

Zwar ist der ehemals scharfe Unterschied in der Zusammensetzungsweise zwischen dem BVerfG einerseits und dem Obersten Bundesgericht und den heutigen obersten Gerichtshöfen andererseits relativiert. Wollte der Parlamentarische Rat noch zulassen, dass auch Nichtjuristen als Mitglieder des BVerfG ernannt werden, hat § 3 Abs. 2 BVerfGG dessen Zusammensetzung dahingehend konkretisiert, dass alle Mitglieder des Verfassungsgerichts die „Befähigung zum Richteramt“ haben müssen. In diesem Sinne ist das BVerfG ebenso wie die anderen Bundesgerichte ein „reines Juristengericht“¹⁶¹. Auf der anderen Seite gilt der politische Wahlmodus nicht ausschließlich für die Richter des BVerfG. Gemäß Art. 95 Abs. 3, Art. 96 Abs. 2 GG a.F. und Art. 95 Abs. 2 GG wurden die politischen Elemente – wenn auch in beschränktem Umfang – ebenso bei der Berufung der Richter der anderen Bundesgerichte eingeführt, und zwar in der folgenden Form: Über die Berufung dieser Richter darf die Exekutive, d.h. der sachlich zuständige Bundesminister, nicht mehr allein, sondern nur gemeinsam mit dem Richterwahlausschuss entscheiden, welchem die sachlich zuständigen Landesminister und eine gleiche Anzahl vom Bundestag gewählter Mitglieder angehören. Allerdings verliert die Differenzierung zwischen den verfassungsgerichtlichen und den fachgerichtlichen Organisationsprinzipien nicht völlig ihre Bedeutung. Beim BVerfG wird der Möglichkeit, „Richter zu wählen, die über ihre juristische Grundqualifikation hinaus über praktische Erfahrungen in der Politik oder in anderen Bereichen verfügen“¹⁶², noch großer Wert beigemessen. Diese Option ist nur zu verwirklichen, wenn ein Teil der Verfassungsrichter aus der Gruppe der Nichtberufsrichter, also etwa aus dem Kreis der Rechtsanwälte oder Professoren der Rechtswissenschaft, gewählt werden kann. Für Fachgerichte hingegen wird es als weniger problematisch angesehen, dass hier Berufsrichter dominie-

¹⁶¹ *Heinrichsmeier*, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, § 3 Rn. 7.

¹⁶² Ebenda, Rn. 8.

ren. Es scheint auch nicht den praktischen Belangen zu widersprechen, dass der Ausgleich der unter den obersten Gerichtshöfen divergenten einfachgesetzlichen Interpretationen nicht dem BVerfG obliegt, sondern dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe, der nur aus Berufsrichtern besteht.

Jedenfalls deutet sich am Beispiel Deutschlands an, dass die institutionelle Trennung von Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit unter Umständen auch hinsichtlich der einfachgesetzlichen Rechtsentwicklung sowie der Rechtseinheit zweckmäßiger sein kann als die Vereinigung der beiden Gerichtsbarkeiten. Behält man die Vorgänge im Auge, in denen sich die Abgeordneten des Parlamentarischen Rats gerade aus diesem Gesichtspunkt nach und nach vom Einheitsmodell distanziert haben, kann man die Errichtung des verselbständigten Verfassungsgerichts in Deutschland nicht so beschreiben, als wäre sie bloß ein sich zwingend aus irgendeinem schicksalhaften systematischen Mangel des ordentlichen höchsten Gerichts ergebendes Resultat. In diesem Zusammenhang ist auch davor zu warnen, dass man den großen Personalbestand der traditionellen kontinentaleuropäischen obersten Gerichtshöfe und den relativ weiten Zugang zu ihnen nur einseitig aus der Perspektive der Normenkontrolle beurteilt.

d) Der Zusammenhang zwischen der *Civil-Law-Tradition* und der Zuteilung der Normenkontrollkompetenz an das Verfassungsgericht

aa) Probleme hinsichtlich der Mentalität von Berufsrichtern?

(1) Die Bedenken gegenüber der *Cappelletti*'schen These

Ein Argument *Cappellettis* für die Errichtung des Verfassungsgerichts besagt, dass die Berufsrichter im *Civil-Law*-Rechtskreis psychologisch fast unfähig seien, über die Verfassungsmäßigkeit eines anzuwendenden Gesetzes eine wertorientierte Entscheidung zu treffen. Wegen ihrer Mentalitätsprobleme beim Umgang mit Verfassungsrecht sei die Normenkontrolle nicht dem ordentlichen obersten Gericht, sondern dem verselbständigten Verfassungsgericht überlassen worden. Derartige Erklärungsversuche werden in der Literatur ständig reproduziert¹⁶³. Allerdings kann man gegen diese die folgenden Bedenken äußern:

(a) Zunächst trifft dieses Argument auf die Entstehung des österreichischen Mo-

¹⁶³ Vgl. *Lech Garlicki*, 5 Int'l J. Const. L. 44 (45); *Merryman/Pérez-Perdomo*, The Civil Law Tradition, S. 140; *Schwartz*, The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe, S. 22 f.; *Tumanov*, Diskuss., in: *Frowein/Marauhn* (Hrsg.), Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, S. 557 (558); *Tushnet*, in: *Reimann/Zimmermann* (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, S. 1225 (1245).

dells nicht zu. Die Berufsrichter in Österreich haben sich zwar mit der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zurückgehalten, aber dies ist nicht auf ihre *psychologische Unfähigkeit* zurückzuführen, sondern auf die *positiv-verfassungsrechtliche bzw. dogmatische Grundlage*. Die österreichische Verfassung hat den Gerichten niemals erlaubt, über die Gültigkeit gehörig kundgemachter Gesetze zu entscheiden. Der Verfassungsgeber der Dezemberverfassung von 1867 vertrat die Auffassung, dass den dem Gesetz unterworfenen rechtsprechenden Organen nicht das Recht eingeräumt werden dürfe, darüber zu entscheiden, ob die Gesetze nach ihrem Inhalt und ihrer Entstehung verfassungsmäßig sind, denn dieses Entscheidungsrecht würde „den Richter über das Gesetz stellen und die Rechtsanwendung verwirren; es würde dem Richter eine nur den legislativen Faktoren zustehende Befugnis einräumen und hiermit die richterliche Gewalt mit der gesetzgebenden vermengen“¹⁶⁴.

Interessanterweise hat diese verfassungsrechtliche bzw. dogmatische Grundlage keine große Änderung erfahren, auch nachdem das Institut der gerichtlichen Gesetzeskontrolle im B-VG 1920 verankert wurde. Ersichtlich mussten die traditionellen Begriffe der Parlamentssouveränität sowie des Gewaltentrennungsprinzips dabei dem Gedanken weichen, verfassungswidrige Gesetze justiziabel zu machen¹⁶⁵. Allerdings beschränkte sich dies auf die notwendigste Modifizierung, indem die Kompetenz zur Normenkontrolle nur dem Verfassungsgerichtshof eingeräumt wurde. Bemerkenswert ist, dass der Verfassungsgeber beim Erlass des B-VG 1920 von dem Verfassungsgerichtshof kaum erwartet hat, dass er etwa eine vage grundrechtliche Vorschrift nach seinem wertorientierten Ermessen konkretisieren wird. Dies wurde damals, um mit *Kelsen* zu sprechen, als eine „von der Verfassung gewiß nicht intendierte und politisch höchst unangebrachte Machtverschiebung“ vom Parlament zum Verfassungsgericht angesehen¹⁶⁶. Seine Aufgabe lag vielmehr darin, aufgrund präziser Bestimmungen, die die Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den Ländern regelten, ihre gegenseitige Kompetenzausübung zu überwachen.

Im Laufe der Zeit wurde zwar allmählich angenommen, dass die Judikatur Gesetze auch auf die Einhaltung grundrechtlicher Bestimmungen prüfen sollte¹⁶⁷, und im Jahre 1929 wurde das Antragsrecht auf Gesetzesprüfung sogar den beiden höchsten Gerichten, dem Obersten Gerichtshof und dem Verwaltungsgerichtshof, eingeräumt. Allerdings fand die Ausübung der Normenkontrolle durch die normalen Gerichte

¹⁶⁴ Vgl. Bericht des Verfassungsausschusses betreffend den Art. 7 des „Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt“ (Fn. 30).

¹⁶⁵ Vgl. *Kelsen*, VVDStRL 5 (1929), 30 (53 ff.).

¹⁶⁶ Ebenda, 70.

¹⁶⁷ Der österreichische Verfassungsgerichtshof kam 1928 erstmals in die Lage, ein Gesetz auf seine Vereinbarkeit mit dem Gleichheitsgrundsatz zu prüfen (VfSlg 1123). Vgl. *Walter*, in: *Vogel* (Red.), Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle, S. 1 (15).

nach wie vor positivrechtlich keine Unterstützung.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Grund für die Zuteilung der Gesetzesprüfung an das verselbständigte Verfassungsgericht in Österreich nicht in der vermeintlichen psychologischen Unfähigkeit von Berufsrichtern liegt. Eine solche Unfähigkeit war niemals positiv erwiesen; den Gerichten wurde die Gesetzesprüfung stets aus positiv-verfassungsrechtlichen sowie dogmatischen Gründen verwehrt. Anscheinend hatte die Zuweisung der Normenkontrollkompetenz an den Verfassungsgerichtshof vielmehr den Charakter eines Kompromisses zwischen der damals herrschenden traditionellen Souveränität des Parlamentes und dem neu zu beachtenden Vorrang der Verfassung. Somit konnten die traditionellen Dogmen für die anderen Gerichte weiterhin ihre Geltung behalten.

(b) Bei den Ländern, welche negative Erfahrungen mit der fachgerichtlichen Normenkontrolle gemacht haben, könnte die *Cappelletti*'sche These mehr oder weniger zutreffen. *Cappelletti* weist darauf hin, dass etwa das Reichsgericht unter der Weimarer Verfassung, das Kassationsgericht in Italien von 1948 bis 1956, die skandinavischen Obersten Gerichtshöfe und der japanische Oberste Gerichtshof bei der Gesetzesprüfung tatsächlich Zurückhaltung gezeigt haben.

Es kann jedoch auch hier bezweifelt werden, dass dies immer auf die psychologische Unfähigkeit der *Civil-Law*-Richter zurückzuführen ist, ohne dass den anderen Faktoren wie dem besonderen politischen oder positiv-verfassungsrechtlichen Hintergrund eines einzelnen Landes Rechnung getragen wird. Darüber hinaus bleibt kritisch zu hinterfragen, ob eine solche Zurückhaltung überhaupt als eine wesentliche Eigenschaft der *Civil-Law*-Richter bezeichnet werden kann:

(i) Zunächst bildet die politische bzw. soziale Situation eines einzelnen Landes einen wichtigen Hintergrund für die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit. Wenn man auf die neuere Geschichte zurückblickt, lässt sich leicht erkennen, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit unter einer diktatorischen Herrschaft entweder nicht praktiziert wurde oder äußerst eingeschränkt war¹⁶⁸. Hingegen stellte die gegenüber der gerichtlichen Normenkontrolle freundliche Atmosphäre, die in der Regel bei der Wende von einem totalitären oder autoritären Regime zu einer demokratischen Re-

¹⁶⁸ Zum Beispiel gab es in der NS-Zeit keinen Raum für das richterliche Prüfungsrecht. Zum einen waren den Reichsgesetzen keine Verfassungsschranken mehr gezogen; altes Verfassungsrecht konnte mit dem einfachen Reichsgesetz durchbrochen werden. Zum anderen wurde jedes Reichsgesetz als eine Umsetzung des Willens des Führers angesehen, der auch für die Justiz verbindlich war. Vgl. *E. R. Huber*, Das Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, S. 282.

gierung geschaffen wurde¹⁶⁹, oft den entscheidenden Punkt für die Einführung der aktiven Gesetzesprüfung dar. Dabei mag das politische bzw. soziale Misstrauen gegen die alte Richterschaft zur Errichtung eines verselbständigten Verfassungsgerichts mitunter beigetragen haben¹⁷⁰. Daraus ist jedoch nicht ohne Weiteres zu folgern, dass die *Civil-law*-Richter bei derartigen politischen Umbrüchen unfähig gewesen wären, Gesetze wertorientiert zu prüfen.

(ii) Zu kritisieren ist auch die unpräzise Formulierungsweise der *Cappelletti*'schen These. Das Wort „Mentalität“ soll inhaltlich zahlreiche objektive Faktoren umfassen, die diese Mentalität angeblich geprägt haben, z.B. die Souveränität des Parlamentes, der Rechtspositivismus, die juristische Ausbildung, die Berufungsweise von Richtern usw.¹⁷¹ Jedoch bleibt bei der Aussage, die Zurückhaltung der *Civil-Law*-Gerichte bei der Gesetzesprüfung sei auf die mangelhafte Mentalität ihrer Richter zurückzuführen, unklar, welcher dieser Faktoren sich auf diese Zurückhaltung auswirkte und auf welche Weise er das tat und weiterhin tun wird.

(iii) Wenn man ansonsten annimmt, dass mit „Mentalität“ oder „psychologischer Unfähigkeit“ bloß ein rein subjektives Element, das mit den objektiven Faktoren in keinem Zusammenhang steht, gemeint ist, kann daraus keine verallgemeinerbare These abgeleitet werden. Denn die Eigenschaft der Mentalität in diesem engen Sinne erscheint zu zufällig und zu flexibel, als dass man ohne Vorbehalte behaupten könnte, dass sich jeder Richter im *Civil-Law*-Rechtskreis in allen Fällen immer in gleicher Weise verhalten wird.

Ein weiteres Problem besteht darin, wie objektiv man den rein subjektiven Zustand beurteilen kann. Die folgenden zwei Beispiele zeigen bereits, wie gerade aus dieser Perspektive die *Cappelletti*'sche Auffassung zur Mentalität der *Civil-Law*-Richter in Zweifel gezogen werden kann:

- Es dauerte in den USA 54 Jahre, bis der *Supreme Court* nach der Entscheidung *Marbury versus Madison* von 1803 zum zweiten Mal ein Gesetz für verfassungswidrig erklärte¹⁷². Das heißt, dass die Verwurzelung der *judicial review* auch im *Common-Law*-Rechtskreis

¹⁶⁹ Zu einer tabellarischen Darstellung der gerichtlichen Normenkontrolle in der „third wave of democracy“ vgl. *Ginsburg*, *Judicial Review in New Democracies*, S. 7 f.

¹⁷⁰ Vgl. *Ginsburg*, 3 *Theoretical Inquiries* L. 49 (58): “The judiciary typically was trained, selected and promoted under the previous regime. [...] There is significant popular distrust of the judiciary in new democracies.”

¹⁷¹ Vgl. *Merryman/Pérez-Perdomo*, *The Civil Law Tradition*, S. 140; *Utter/Lundsgaard*, 54 *Ohio St.L.J.* 559 (564); v. *Mehren/Gordley*, *The Civil Law System*, S. 1139 u. 1145 ff.

¹⁷² *Dred Scott v. Stanford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (449 ff.). In dieser berühmten Entscheidung hat der *US Supreme Court* die Verfassungswidrigkeit des Verbots der Sklaverei erklärt.

einen langwierigen Prozess darstellte. Vom heutigen Standpunkt aus gibt es keinen Zweifel daran, dass es eine vorschnelle Einschätzung gewesen wäre, wenn man in dieser Zeitspanne die Mentalität der Richter des US *Supreme Courts* als für die Normenkontrolle ungeeignet beurteilt hätte.

- Als weiteres Beispiel kann man das richterliche Prüfungsrecht in der Weimarer Republik anführen. Damals gab es in der Verfassung keine Vorschrift, welche dem einzelnen Richter ausdrücklich die Kompetenz zur Prüfung von Reichsgesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit einräumte¹⁷³. Trotzdem zeigte die Praxis der Gerichte in der Weimarer Republik von Anfang an die Tendenz, das richterliche Prüfungsrecht zu bejahen. Im Jahre 1924 hielt das Reichsversorgungsgericht erstmals ein Reichsgesetz für verfassungswidrig und ließ es außer Anwendung¹⁷⁴. Insbesondere bedeutsam ist die Entscheidung des Reichsgerichts vom 4. 11. 1925¹⁷⁵, mit der „sich das richterliche Prüfungsrecht in der höchstrichterlichen Rechtsprechung endgültig durchgesetzt“¹⁷⁶ hat. In diesem Zusammenhang scheint es, als habe *Cappelletti* die Mentalität der Richter in der Weimarer Zeit nicht angemessen bewertet.

Aus diesen Gründen kommt man zwangsläufig zu den objektiven Faktoren, welche die psychologische Zurückhaltung der *Civil-Law*-Richter beeinflusst haben sollen. Hierbei ist zu prüfen, ob man aus den Faktoren, die der *Civil-Law*-Tradition eigentümlich sind, die Zurückhaltung der Berufsrichter bei der Gesetzesprüfung folgern kann.

(iv) Das Theorem von der Parlamentsouveränität oder der Suprematie des Parlamentes bildete eine wichtige dogmatische Grundlage für die Verwehrung der gerichtlichen Gesetzesprüfung¹⁷⁷. Eine noch fundamentalere Grundlage besteht darin, dass der Vorrang der Verfassung gegenüber Gesetzen bis in die neuere Zeit nicht festgeschrieben worden ist¹⁷⁸. Zum Beispiel konnte die deutsche Verfassung sowohl im Konstitutionalismus als auch in der Weimarer Zeit mit qualifizierter Mehrheit¹⁷⁹ im Wege der Gesetzgebung verändert werden. Da damals die Unterscheidung „zwi-

¹⁷³ Die Frage, ob ein Recht zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Reichsgesetzes durch den Staatsgerichtshof ausdrücklich in die Weimarer Reichsverfassung aufgenommen werden sollte, wurde im Verfassungsausschuss der Nationalversammlung heftig diskutiert, im Ergebnis jedoch mehrheitlich abgelehnt. Vgl. *Wendenburg*, Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik, S. 46 ff.; *Gusy*, Richterliches Prüfungsrecht, S. 77.

¹⁷⁴ RGV 4, 168.

¹⁷⁵ RGZ 111, 320.

¹⁷⁶ *Wendenburg*, a.a.O., S. 52.

¹⁷⁷ Vgl. *Wahl*, Verfassungsstaatlichkeit im Konstitutionalismus und in der Weimarer Zeit, in: *ders.*, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, S. 320 (336).

¹⁷⁸ Vgl. *Scheuner*, in: FG 25 Jahre BVerfG, S. 1 (40); *Wahl*, Der Staat 20 (1981), 485 (491).

¹⁷⁹ Vgl. Art. 78 Abs. 1 der Verfassung des Deutschen Reichs vom 16. 4. 1871; Art. 76 der Weimarer Reichsverfassung.

schen der normalen und der verfassungsändernden gesetzgebenden Gewalt¹⁸⁰ noch nicht üblich war, wurde die These vertreten, dass die Verfassung nicht über der gesetzgebenden Gewalt, sondern zu ihrer Disposition stehe¹⁸¹.

Sicherlich ist das Dogma der Suprematie des Parlamentes nicht als eine Eigenheit des *Civil-Law*-Rechtskreises zu bezeichnen. Im Mutterland des *Common-Laws*, England, herrscht die „*Sovereignty of Parliament*“-Doktrin schon seit dem 17. Jahrhundert¹⁸². Da in Großbritannien kein formelles Verfassungsrecht existiert und das Parlament auch die Gesetze, die inhaltlich den Charakter einer materiellen Verfassung haben, im Wege des normalen Gesetzgebungsverfahrens erlassen kann, ist die richterliche Prüfung eines Gesetzes auf seine Verfassungsmäßigkeit schlechthin unvorstellbar¹⁸³.

Schließlich ist zu bemerken, dass dieses Dogma mittlerweile in den meisten modernen Ländern dem Prinzip des Verfassungsvorrangs gewichen ist. Unter diesem Umstand steht die Souveränität des Parlamentes denjenigen Richtern, die Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit prüfen wollen, nicht mehr im Weg.

(v) Ein wesentlicher Unterschied zwischen *Common-Law*-Tradition und *Civil-Law*-Tradition bezieht sich auf den Status der Richterschaft insbesondere bei der Normenerzeugung. Die Richter im *Common-Law*-Rechtskreis werden nach wie vor als wichtiger Normenerzeuger angesehen¹⁸⁴. Hier bildet das von Fall zu Fall entwickelte Richterrecht die Grundlage der gesamten Rechtsordnung, weil eine „tiefe Skepsis gegen jede dürre Generalisierung“¹⁸⁵ besteht. Das Gesetzesrecht hingegen übt gegenüber dem Fallrecht traditionell bloß eine Art ergänzender Funktion aus¹⁸⁶. Infolgedessen lässt sich die Beziehung des Richterrechts zum Gesetzesrecht in der *Common-Law*-Tradition nicht mit einer hierarchischen Rangordnung erklären. Im Gegensatz dazu spielt das Richterrecht im *Civil-Law*-Rechtskreis eine kleinere Rolle; hier dominiert eine Fülle von abstrakten gesetzlichen Normen. Die Gesetzgebung besitzt den Vorrang vor der richterlichen Rechtssetzung. In Bezug auf die Normenerzeugung tritt die Richterschaft somit in eine der Legislative untergeordnete Stellung.

Allerdings sollte man diesen Unterschied nicht überzeichnen, indem man behauptet,

¹⁸⁰ Wahl, a.a.O., 491.

¹⁸¹ Meyer/Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, S. 743.

¹⁸² Vgl. M. Baum, Der Schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, S. 39 ff.; Capelletti/Ritterspach, JöR n.F. 20 (1971), 66 (79 f.).

¹⁸³ Vgl. Wieser, Vergleichendes Verfassungsrecht, S. 120.

¹⁸⁴ Vgl. Cross, 15 Sup. Ct. Econ. Rev. 21 (45 u. 57 f.).

¹⁸⁵ Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 69.

¹⁸⁶ Vgl. Merryman/Pérez-Perdomo, The Civil Law Tradition, S. 34.

tet, dass die *Civil-Law*-Richter wegen des Vorrangs des Gesetzes nicht in der Lage seien, Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. Denn bei der Gesetzesprüfung geht es nicht um die Rangordnung zwischen richterlicher Rechtssetzung und Gesetzgebung, sondern um diejenige zwischen Verfassungsrecht und Gesetzen. Sofern es sich bei der richterlichen Tätigkeit bei der Normenkontrolle nicht um Erzeugung der (verfassungsrechtlichen) Normen, sondern um legitime Rechtserkenntnis handelt, kann der Vorrang des Gesetzes die gerichtliche Gesetzesprüfung nicht verhindern.

(vi) Wahrscheinlich findet sich der entscheidende Faktor, welcher die normalen Richter im *Civil-Law*-Rechtskreis so aussehen lässt, als ob sie bei der Gesetzesprüfung zur Zurückhaltung neigen würden, in ihrer Rechtsfindungsweise. Da sie bei der Rechtsanwendung überwiegend auf die deduktive Begründung angewiesen sind, haben sie weniger Gelegenheiten als ihre Kollegen im *Common-Law*-Rechtskreis, in einer Art rechtspolitischen Entscheidungsfindung zu judizieren. Die wichtigen rechtspolitischen Entscheidungen zu treffen, ist im *Civil-Law*-Rechtskreis grundsätzlich nicht die Aufgabe der Richterschaft. Solche Entscheidungen werden in der Regel im Wege der allumfassenden Kodifikation *a priori* als gegeben angesehen.

Im *Common-Law*-Rechtskreis hingegen treten die Präjudizien an die Stelle der abstrakten Gesetze des *Civil-Law*-Rechtskreises. Durch das *stare-decis*-Prinzip sind die Gerichte an die tragenden Gründe der Vorentscheidungen, also jeweils an die sog. *ratio decidendi*, gebunden¹⁸⁷. Anders als das Gesetzesrecht kann die induktiv festzustellende *ratio decidendi* aber je nach den „bewußte[n] oder unbewußte[n] Wertentscheidungen“ durch das zuständige Gericht ziemlich flexibel aufgefasst werden¹⁸⁸. Hinzu kommt, dass sich die *Common-Law*-Richter durch das „*Distinguishing*“ – d.h. dadurch, dass sie die *Vergleichbarkeit in den wesentlichen Gesichtspunkten* zwischen dem präjudiziellen Fall und dem nunmehr zu entscheidenden Fall verneinen, – von einem Präjudiz entfernen können¹⁸⁹. Anhand dieser Rechtsfindungsweise sind die *Common-Law*-Richter in der Lage, mehr oder weniger eine Art rechtspolitische Entscheidung zu treffen.

Die unterschiedlichen Rechtsfindungsarten der beiden Rechtskreise hängen auch mit den verschiedenen juristischen Ausbildungsweisen zusammen. Während der Schwerpunkt der juristischen Ausbildung im *Civil-Law*-Rechtskreis auf die dogmatische Methodenlehre und den deduktiven Gedankengang gelegt wird, neigen die amerikanischen *Law-Schools* dazu, aufgrund der *Case*-Methode den „*factual back-*

¹⁸⁷ Vgl. *Zweigert/Kötz*, a.a.O., S. 254.

¹⁸⁸ Vgl. ebenda, S. 254.

¹⁸⁹ Vgl. *Schlüchter*, *Mittlerfunktion der Präjudizien*, S. 94 ff.

ground“ der individuellen Entscheidungen zu untersuchen¹⁹⁰.

Aus diesem Unterschied ergibt sich die Behauptung, dass die *Civil-Law*-Richter, welche an die mechanische Gesetzesanwendung mithilfe der überlieferten Auslegungsmethoden gewöhnt sind, bei der Gesetzesprüfung weniger kompetent seien als ihre Kollegen im *Common-Law*-Rechtskreis. Denn die verfassungsrechtlichen Regelungen sind meistens nicht eindeutig und scheinen bisweilen miteinander zu kollidieren, so dass daraus tatbestandsmäßig nicht viel zu deduzieren ist, es sei denn, dass der Richter „unter Einbeziehung der zu ordnenden Wirklichkeit“ den Inhalt der Verfassungsnormen konkretisiert¹⁹¹ und über die herkömmlichen Methoden hinaus durch die „wertende Abwägung“ zwischen den divergierenden verfassungsrechtlich geschützten Interessen entscheidet¹⁹².

Tatsächlich unterstützen solche Behauptungen und die fehlenden Erfahrungen einer erfolgreichen Normenkontrolle in zahlreichen *Civil-Law*-Ländern deren Zuteilung an das verselbständigte Verfassungsgericht¹⁹³. Allerdings ist zu beachten, dass die These von der Inkompetenz der normalen Gerichte zur Rechtfertigung der Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit auf keinen Fall geduldet werden kann. Zum einen wäre es beinahe belanglos, dem Verfassungsgericht die Verwerfungskompetenz zuzuweisen, wenn die ordentlichen Gerichte weder wertorientiert die Verfassungsmäßigkeit eines anzuwendenden Gesetzes prüfen, noch mutig dem Verfassungsgericht das Gesetz vorlegen würden. Zum anderen müssen die Gerichte bei der Anwendung des einfachen Rechts die grundrechtliche bzw. menschenrechtliche „Wertordnung“¹⁹⁴ als Richtlinie ihrer Entscheidungen beachten. Demzufolge trainieren die *Civil-Law*-Richter heutzutage immer stärker eine wertorientierte Rechtsanwendung¹⁹⁵, so dass die obige Behauptung lediglich als provisorisch gelten kann.

(2) Die Bedeutung des politischen Wahlmodus

(a) Es scheint nicht mehr sinnvoll, die Zuteilung der Gesetzesprüfungskompetenz

¹⁹⁰ Vgl. v. Mehren/Gordley, *The Civil Law System*, S. 1139.

¹⁹¹ Vgl. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Rn. 60.

¹⁹² Vgl. Würtenberger, in: FS für Hollerbach, S. 223 (232 ff.).

¹⁹³ Vgl. Schwartz, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, S. 22 f.; Tumanov, *Diskuss.*, in: Frowein/Marauhn (Hrsg.), *Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, S. 557 (558); Ginsburg, *3 Theoretical Inquiries L.* 49 (58); Steinberger, *Models of constitutional jurisdiction*, S. 3 („Especially if a state wishes to introduce constitutional jurisdiction to its legal system, for the first time, possibly in connection with a new constitution, it appears preferable to entrust the decision of constitutional issues to a special institution, raised (to that extent) above the ordinary courts. For in this situation the judges of the ordinary courts may be neither trained nor used to dealing with constitutional matters.”).

¹⁹⁴ Vgl. BVerfGE 7, 198 (205).

¹⁹⁵ Vgl. Utter/Lundsgaard, *54 Ohio St.L.J.* 559 (571).

an das Verfassungsgericht mit der mangelhaften Mentalität der Berufsrichter zu begründen zu versuchen. Eine solche Begründung trifft nämlich weder auf die Entstehung des österreichischen Modells noch auf die gegenwärtige Tendenz zur Konstitutionalisierung sämtlicher Rechtsordnungen zu. Die These der psychologischen Unfähigkeit der *Civil-Law*-Richter hat höchstens übergangsweise bei der Wende vom Autoritarismus zur Demokratie als ein polemisches Argument für die Errichtung des Verfassungsgerichts gedient.

In diesem Zusammenhang kann man sich weiter fragen, ob die Mentalität der Verfassungsrichter tatsächlich besser ist als die der gewöhnlichen Berufsrichter. Von der Mentalität eines individuellen Richters kann keine Rede sein. Die Möglichkeit, einen Richterkandidaten mit der besten Mentalität nicht zum Verfassungsrichter, sondern zum normalen höchsten Richter zu berufen, ist nämlich ebenso gegeben wie die umgekehrte Möglichkeit. Hier geht es vielmehr darum, ob durch die besondere Zusammensetzungsweise des Verfassungsgerichts eine richtige Entscheidung über die verfassungsrechtlichen Fragen garantiert wird.

(b) Als ein allgemeines Merkmal der Organisation der bestehenden Verfassungsgerichte in der Welt kann angeführt werden, dass der Wahlmodus der Verfassungsrichter relativ politisch ist. Das heißt, dass dort, wo ein eigenständiges Verfassungsgericht eingerichtet ist, in der Regel die Beteiligung der politischen Kräfte bei der Besetzung des Verfassungsgerichts in stärkerem Maße akzeptiert wird als bei der Zusammensetzung der normalen höchsten Gerichte. Maßgeblich ist vor allem die parlamentarische Beteiligung¹⁹⁶.

Näher betrachtet gibt es mehrere Typen einer solchen Beteiligung. Bei einem davon wird die Bestellung aller Verfassungsrichter allein vom Parlament vorgenommen. Dieser Typ lässt sich etwa in Deutschland, Polen, Ungarn, Bolivien und Peru finden¹⁹⁷.

Dagegen ist es in zahlreichen anderen Ländern neben dem Parlament auch anderen Organen gestattet, sich an der Besetzung des Verfassungsgerichts zu beteiligen. Bei einer Variante werden die Verfassungsrichter zwar von der Legislative gewählt, jedoch auf Vorschlag anderer Organe: Zum Beispiel obliegt dieser Vorschlag in

¹⁹⁶ Vgl. Wieser, Vergleichendes Verfassungsrecht, S. 127.

¹⁹⁷ Vgl. Weber, in: Starck/Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, S. 37 (39 ff.); Leszek Garlicki, in: Luchterhandt/Starck/Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, S. 75 (79); Sólyom, in: ebenda, S. 237 (241); Lösing, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika, S. 243 u. 358.

Russland und Slowenien allein dem Staatspräsidenten¹⁹⁸, in Kolumbien dem Staatspräsidenten, dem Obersten Gerichtshof und dem Staatsrat¹⁹⁹ und in Ecuador neben diesen drei Staatsgewalten auch den Bürgermeistern bzw. Präfekten, den Gewerkschaften bzw. Organisationen der indianischen Bevölkerung und den Produktionskammern²⁰⁰.

Bei einer anderen Variante teilt das Parlament das Bestellungsrecht mit anderen Organen: Zum Beispiel werden in Rumänien drei Verfassungsrichter von der Abgeordnetenversammlung ernannt, drei vom Senat und drei vom Staatspräsidenten²⁰¹. In Italien, Bulgarien, Südkorea und Indonesien beteiligen sich die drei Staatsgewalten, also die Legislative, die Exekutive und die Judikative *paritätisch* an der Wahl der Verfassungsrichter²⁰². Noch mehrteiliger sind die Kurationsorgane in Guatemala und Chile gegliedert. In Guatemala wird je ein Verfassungsrichter vom Parlament, vom Präsidenten in Abstimmung mit seinen Ministern, vom Obersten Gerichtshof, vom Universitätsrat der staatlichen Universität San Carlos und von der Versammlung der Anwaltskammer gewählt²⁰³. In Chile werden drei Richter vom Obersten Gerichtshof, zwei vom Nationalen Sicherheitsrat und je einer vom Senat und vom Staatspräsidenten ernannt²⁰⁴.

Der dritten Variante kann man den österreichischen Verfassungsgerichtshof und das spanische *Tribunal Constitucional* zuordnen. Hier wird das Vorschlagsrecht unter mehreren Staatsorganen, einschließlich des Parlaments, aufgeteilt, während das Ernennungsrecht dem Staatsoberhaupt eingeräumt ist. In Österreich werden alle Verfassungsrichter vom Bundespräsidenten ernannt. Dieser ist jedoch bei der Ernennung des Präsidenten, des Vizepräsidenten, sechs weiterer Mitglieder und dreier Ersatzmitglieder des Verfassungsgerichtshofs an den Vorschlag der Bundesregierung gebunden. Die Ernennung der übrigen sechs Mitglieder und drei Ersatzmitglieder erfolgt aufgrund von Dreivorschlägen des Nationalrats (für drei Mitglieder und zwei Ersatzmitglieder) und des Bundesrats (für drei Mitglieder und ein Ersatzmit-

¹⁹⁸ Vgl. Morschtschakowa, in: Luchterhandt/Starck/Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, S. 129 (137); Šinkovec/Tratar, in: ebenda, S. 167 (171).

¹⁹⁹ Vgl. Lösing, a.a.O., S. 312.

²⁰⁰ Vgl. Lösing, a.a.O., S. 298.

²⁰¹ Vgl. Gionea/Tontsch, in: Luchterhandt/Starck/Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, S. 105 (108).

²⁰² Vgl. Luther, in: Starck/Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, S. 149 (151 f.); Tshipew, in: Luchterhandt/Starck/Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, S. 43 (45); 전효숙 [Jeon, Hyo-Sook], in: Konrad-Adenauer-Stiftung (Hrsg.), Constitutional Courts and Politics, S. 149 (150); Maruarar, in: ebenda, S. 157.

²⁰³ Vgl. Lösing, a.a.O., S. 131.

²⁰⁴ Vgl. Lösing, a.a.O., S. 279.

glied)²⁰⁵. In Spanien obliegt dem König die Ernennung aller zwölf Verfassungsrichter. Dabei werden vier Richter vom Kongress, weitere vier vom Senat, zwei von der Regierung und zwei vom „Allgemeinen Rat der Justiz“ vorgeschlagen²⁰⁶.

Schließlich gibt es auch diejenige Variante, bei der dem Parlament nur die Zustimmung zur Ernennung der Verfassungsrichter durch den Staatspräsidenten zusteht. Diese Variante ist etwa in Albanien und Tschechien verwirklicht²⁰⁷.

(c) Angesichts dieser so mannigfaltig ausgestalteten Verfassungsrichterwahlmodi erscheint es schwierig, eine einheitliche und allgemeingültige *rechtsdogmatische* Grundlage für alle Ernennungsweisen zu finden. Doch auch wenn eine derartige Grundlegung gelingen sollte, scheint es jedenfalls nicht erfolgversprechend, aus einer dogmatisierten Besetzungsweise ohne Weiteres die Legitimation der Verfassungsrechtsprechung abzuleiten.

Gerade in dieser Hinsicht ist die Lehre, welche die demokratische Legitimation der Verfassungsgerichtsbarkeit mit dem Verfahren der Verfassungsrichterwahl zu begründen versucht, ebenso kritisch zu betrachten. Diese Lehre lässt sich wie folgt skizzieren: In einer Demokratie müsse jede Staatsgewalt vom Volk hergeleitet werden; somit bedürfe auch die rechtsprechende Gewalt der demokratischen Legitimation. Da die Gerichte aber durch die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit in ihrer Tätigkeit weisungsfrei seien, müsse die demokratische Legitimation der Dritten Gewalt im Wesentlichen bei der und über die Richterbestellung erfolgen. Dabei sei eine ununterbrochene demokratische Legitimationskette erforderlich²⁰⁸. Je bedeutender und je umfassender eine Staatstätigkeit sei, desto kürzer müsse die Legitimationskette sein²⁰⁹. Die demokratische Legitimation der Verfassungsgerichtsbarkeit sei noch unerlässlicher, weil sie die Befugnis habe, Gesetze als verfassungswidrig zu verwerfen²¹⁰. Dem demokratisch-politischen Prinzip komme hier ein wesentlich größeres Gewicht zu als bei der Bestellung der staatlichen Organe, deren Einwirkung auf die Gestaltung des Verfassungslebens von geringerer Bedeutung sei. Umso stärker und direkter sei daher auch dem demokratischen Legitimationsprinzip Geltung zu verschaffen²¹¹.

²⁰⁵ Vgl. *Korinek/Martin*, in: *Starck/Weber* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, S. 67 (71).

²⁰⁶ Vgl. *Llorente*, in: ebenda, S. 165 (170 f.).

²⁰⁷ Vgl. *Stoppel*, in: *Luchterhandt/Starck/Weber* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, S. 11 (16); *Holländer/Hofmann*, in: ebenda, S. 189 (196).

²⁰⁸ *Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 71 ff.

²⁰⁹ *Kröger*, in: FG 25 Jahre BVerfG, S. 76 (79); *Pieper*, Verfassungsrichterwahlen, S. 18.

²¹⁰ *Böckenförde*, NJW 1999, 9 (15).

²¹¹ *Billing*, Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht, S. 95.

Wenn man der Logik dieser Lehre folgt, gelangt man zu folgendem Ergebnis: Soll die Verfassungsgerichtsbarkeit nur mittelbar demokratisch legitimiert werden, kann sie keineswegs eine größere demokratische Legitimation besitzen als das durch das Volk unmittelbar legitimierte Staatsorgan, also das Parlament. Somit leidet die Verfassungsgerichtsbarkeit bei der Ausübung ihrer Normenverwerfungskompetenz unter einem Defizit demokratischer Legitimation. Um dies zu vermeiden, sollte die Legitimationskette für die Verfassungsgerichtsbarkeit weder schwächer noch länger sein als die für die Legislative. Das heißt, dass die Besetzung des Verfassungsgerichts etwa durch unmittelbare Volkswahl erfolgen müsste, um es mit einer für die Normenkontrolle ausreichenden demokratischen Legitimation auszustatten.

Allerdings ist dieses Postulat realitätsfern. In keinem Land gibt es eine solche Volkswahl für die Besetzung des Verfassungsgerichts. Nun versteht es sich von selbst, dass die Normenverwerfungskompetenz des Verfassungsgerichts allein mit dem vorliegenden Bestellungsverfahren nicht hinreichend legitimierbar ist. In dieser Hinsicht ist das Verfassungsgericht kein Staatsorgan, dessen Entscheidungen durch die „Mechanismen der repräsentativen Demokratie oder durch eine pluralistische Zusammensetzung des Gerichts legitimiert werden könnten“²¹².

Der Versuch hingegen, die Verfassungsgerichtsbarkeit *nur* mit dem positiven Recht zu rechtfertigen²¹³, dürfte das Paradox der demokratischen Legitimation – das heißt, dass das in der demokratischen Legitimationskette nachrangige Gericht die Normen, welche das in der Legitimationskette vorrangige Parlament erlassen hat, verwerfen kann – anhand der institutionellen Legitimität umgehen. Allerdings bleibt hier zu fragen, ob jenseits der institutionalisierten Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit die konkret judizierte verfassungsgerichtliche Rechtsprechung auch legitim ist. Eine derartige Legitimität wird wohl von mehreren Faktoren bestimmt. Dazu zählen unter anderem die möglichst weitreichende gesellschaftliche Konsensfähigkeit der Entscheidungen, ihre „Responsivität“ auf die Wünsche und Hoffnungen der Bevölkerung, deren Bezugspunkt durchaus in den in die Verfassung aufgenommenen Wert- und Gerechtigkeitsvorstellungen zu finden ist, der Prozess der Auseinandersetzung mit dem öffentlichen Diskurs zur akzeptablen Entscheidung sowie die Kontinuität und die Verlässlichkeit der verfassungsrechtlichen Judika-

²¹² *Würtenberger*, in: *Guggenberger/Würtenberger* (Hrsg.), *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik?*, S. 57 (72).

²¹³ *Roellecke*, in: *Isensee/Kirchhof*, *HdbStR III*, § 67 Rn. 26. Allerdings kann man hiergegen die Bedenken hegen, ob für die Legitimation der richterlichen Gesetzesprüfung die positivrechtliche Grundlage überhaupt unentbehrlich ist, zumal die amerikanische Judikatur – vor allem in der Entscheidung *Marbury versus Madison* – die gerichtliche Gesetzesprüfung ohne ausdrückliche positivrechtliche Grundlage anerkannt hat. Meines Erachtens sollte nicht nur die demokratische Legitimation als ein verfassungsrechtliches Postulat gelten, sondern auf alle Fälle auch die Tatsache, dass der Vorrang der Verfassung sowie die Gewährleistung der Grundrechte durchgesetzt werden sollte.

tur²¹⁴.

Die Auswirkungen des als politisch zu charakterisierenden Wahlmodus auf die Legitimität der Verfassungsrechtsprechung sind aber stets zwiespältig und durch die konkrete politische Wirklichkeit bedingt: Zwar könnte der politische Wahlmodus dazu beitragen, die Akzeptanz der Entscheidungen bei den politischen Kräften in einem gewissen Maß zu erhöhen. Dies würde aber nur dann zu einer gesteigerten Akzeptanz in der Bevölkerung führen, wenn die als Wahlorgan berufenen politischen Kräfte ihrerseits in stärkerem Maße gesellschaftlich konsensfähig wären. Nur in einer stabilen, aber zugleich für den Regierungswechsel offenen, demokratisch wohlgeordneten Gesellschaft würde gesichert sein, dass die durch die politischen Kräfte als Verfassungsrichter Berufenen auch der Kontinuität der verfassungsrechtlichen Judikatur große Bedeutung beimessen. Also stellt die Demokratie, die durch die Verfassungsgerichtsbarkeit gesichert werden soll, zugleich eine Grundlage für die richtige Entwicklung der Verfassungsrechtsprechung dar. Responsivität und eine akzeptable Auseinandersetzung mit dem öffentlichen Diskurs wären nur zu erwarten, wenn das Wahlorgan die dazu fähigen, richtigen Kandidaten als Verfassungsrichter ernennen würde, ohne ihre politische Orientierung zu berücksichtigen. Seit langem wird jedoch befürchtet, dass eher parteipolitische Gefälligkeit als fachliche Qualifikation für die Bestellung zum Verfassungsrichter ausschlaggebend ist²¹⁵. Diese Befürchtung gilt nicht etwa nur für einige politisch instabile Länder Lateinamerikas, sondern auch für demokratisch wohlgeordnete Länder wie Deutschland²¹⁶. Alles in allem garantiert der politische Wahlmodus nicht ohne Weiteres die Gewährleistung legitimer Entscheidungen.

Freilich ist zu beachten, dass Verfassungsrichterwahlen zwangsläufig politisch sind. Es wäre illusorisch zu glauben, dass sie entpolitisiert werden könnten²¹⁷. Wahrscheinlich gibt es momentan keine bessere Alternative, als an Stelle des inoffiziellen und unkontrollierbaren Einflusses der politischen Kräfte ihre legitime Beteiligung bei der Verfassungsrichterberufung zu akzeptieren und zu institutionalisieren²¹⁸. Jedenfalls ist die „politisch ausgewogene Besetzung“²¹⁹ des Verfassungsgerichts für seine „politische Neutralisierung durch die relative Politisierung“²²⁰ un-

²¹⁴ Vgl. *Würtenberger*, a.a.O., S. 57 (70 ff.); Zur Konzeption der „Responsivität“ vgl. *ders.*, *Zeitgeist und Recht*, S. 202 ff.

²¹⁵ Vgl. *Trautwein*, *Bestellung und Ablehnung von Bundesverfassungsrichtern*, S. 19.

²¹⁶ Vgl. *Billing*, *Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht*, S. 222 f.; *Kröger*, in: *FG 25 Jahre BVerfG*, S. 76 (86 f.); *Lösing*, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika*, S. 423.

²¹⁷ Vgl. *Gusy*, in: *Schneider/Zeh* (Hrsg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, S. 1619 (1631).

²¹⁸ Vgl. *Kelsen*, *VVDStRL 5* (1929), 30 (56 f.); *Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, S. 357.

²¹⁹ *Lösing*, a.a.O., S. 423; *Gusy*, a.a.O., S. 1636.

²²⁰ *Roellecke*, a.a.O., Rn. 29.

verzichtbar.

bb) Der spezialisierte Gerichtsaufbau als *Civil-Law*-Tradition

(1) Die Zuteilung der Normenkontrollkompetenz als reine Effizienzfrage

Auch wenn die Zuteilung der Normenkontrollkompetenz an das verselbständigte Verfassungsgericht weder durch die angeblich mangelhafte Mentalität der Richter in der Fachgerichtsbarkeit noch durch die vermeintlich bessere Qualifikation der Verfassungsrichter zu erklären ist, scheint sie dennoch einen guten Grund zu haben. Nicht zu übersehen ist der Aspekt, dass die Trennung zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit und der Fachgerichtsbarkeit unter Umständen der richtigen Entwicklung der gesamten Rechtsprechung dienen könnte. Es geht dann nicht mehr um den Vergleich zwischen der Mentalität der gewöhnlichen Richter einerseits und der der Verfassungsrichter andererseits, sondern um die rechtspolitische Entscheidung für ein effizientes Justizsystem. *Spezialisierung* ist hier als ein wichtiges Stichwort hervorzuheben. Dabei handelt es sich um zweierlei Arten der Spezialisierung, und zwar um die Spezialisierung auf Seiten der Fachgerichtsbarkeit und um diejenige auf Seiten der Verfassungsgerichtsbarkeit. Gerade um diese Spezialisierungen kümmerte sich der deutsche Verfassungsgeber beim Erlass des Grundgesetzes mit großer Sorgfalt. Dass die Regelungen als geglückt bezeichnet werden können, lässt sich anhand der folgenden Gegenbeispiele deutlich erkennen.

(a) Das Beispiel des amerikanischen *Supreme Courts*

Bekanntlich sind die Verfassungsgerichtsbarkeit und die Fachgerichtsbarkeit in den USA nicht getrennt. Der US *Supreme Court* übernimmt die Aufgabe des höchsten Gerichts für alle Rechtsbereiche, soweit die Bundesgerichtsbarkeit reicht. Seine Arbeitsbelastung ist schon an den umfangreichen Zuständigkeitsbereichen abzulesen. Die Zahl der neuen Eingänge, mit denen die dem *Supreme Court* angehörenden neun Richter jährlich konfrontiert sind, beträgt mittlerweile 8.000 bis 9.000²²¹. Mit Rücksicht auf das Gewicht seiner – wegen der *Common-Law*-Tradition umso wesentlicheren – Aufgabe, für alle unteren Gerichte bindende Präjudizien zu schaffen, ist es für den *Supreme Court* jedoch unmöglich, diese ungeheure Zahl an Fällen nacheinander gleichmäßig zu behandeln.

Hinzu kommt, dass von einem Richter des *Supreme Courts* verlangt wird, bezüglich der zu entscheidenden Fälle auf allen Rechtsgebieten bis ins letzte Detail sach-

²²¹ Vgl. *Epstein/Segal/Spaeth/Walker*, *The Supreme Court Compendium*, Table 2-2 (The Supreme Court's Caseload, 1880-2001 Terms), S. 58-63.

kundig zu sein. Dies gilt umso mehr, als der *Supreme Court* kein Gericht ist, dessen Mitglieder je nach Fachbereich in mehrere Senate aufgeteilt werden. Der *Supreme Court* befindet sich darüber hinaus in einer ganz anderen Position als etwa das deutsche Bundesverfassungsgericht, welchem die detaillierten Fachkenntnisse von den jeweiligen Fachgerichten vermittelt werden können. Demnach muss jeder Richter des *Supreme Courts* selbst zum Spezialisten für alle Rechtsgebiete werden. Dieses Postulat kann jedoch zweifellos nur schwerlich erfüllt werden.

Diese Umstände führen dazu, dass der US *Supreme Court* mithilfe des Instituts des „*writ of certiorari*“ seine Überprüfung auf eine äußerst geringe Zahl von nach seinem Ermessen ausgewählten Fällen beschränkt²²², wobei das Gericht die Tendenz zeigt, den Schwerpunkt eher auf verfassungsrechtliche Fragen zu legen und demgegenüber viele einfachrechtliche Fragen in der Regel allzu leicht unbeachtet zu lassen²²³. Dadurch könnte die Rechtseinheit auf der einfachrechtlichen Ebene gefährdet sein.

(b) Das Beispiel des japanischen Obersten Gerichtshofs

(i) Ein umgekehrtes Problem zeigt sich am Beispiel des japanischen Obersten Gerichtshofs. Zwar hat dieses Gericht gemäß Art. 81 der japanischen Verfassung (JV) die Befugnis, über die Verfassungsmäßigkeit aller Gesetze zu entscheiden²²⁴. Allerdings ist es sehr zurückhaltend bei der Ausübung dieser Befugnis. Dies ist zunächst zahlenmäßig daran erkennbar, dass es von 1947 bis zur Entscheidung vom 11. 9. 2002 nur 6 Fälle gab, in denen der Oberste Gerichtshof gesetzliche Normen für verfassungswidrig erklärt hat. Seine Entscheidungen werden in der Literatur allerdings „hinsichtlich der juristischen Argumentation und der logischen Gedankengänge“ beanstandet²²⁵. Kritisiert werden dabei vor allem „nicht ausreichende Begründungen, ungenaue Bezugnahmen auf frühere Entscheidungen [und] Schlüsse ohne

²²² Vgl. *Kau*, United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht, S. 88 u. 423 ff.

²²³ Vgl. *Kau*, a.a.O., S. 88 f.: „Im Jahre 1995 wurden beispielsweise insgesamt 7.656 Fälle vom *Supreme Court* behandelt, wovon jedoch bereits 6.501 ohne nähere Befassung abgewiesen wurden (= 85%). Von den übrig gebliebenen Fällen wurden nur 105 zur Überprüfung angenommen (petition granted review), was letztlich einer Quote von 1,3 % entspricht. Während dies für individuelle verfassungsgerichtliche Verfahren keine ungewöhnliche Annahmequote darstellen würde, darf im Fall des U.S. *Supreme Court* nicht außer Acht gelassen werden, dass regelmäßig nur etwa die Hälfte der entschiedenen Fälle verfassungsrechtlicher Natur sind und die übrige Hälfte aus letztinstanzlichen Entscheidungen zu einfachrechtlichen Fragen besteht.“

²²⁴ Art. 81 JV lautet: „Der Oberste Gerichtshof ist das letztinstanzliche Gericht mit der Befugnis, über die Verfassungsmäßigkeit aller Gesetze, Verordnungen und Bestimmungen, Anweisungen sowie Hoheitsakte zu entscheiden.“

²²⁵ Vgl. *Koji Tonami*, in: *Starck* (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt, Teil I, S. 15 (15 f. u. 22); *Motoi Miyaji*, in: *Starck* (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt, Teil II, S. 85 (87).

Berücksichtigung des Verfassungsmäßigkeitskriteriums“²²⁶. Der Wille des Parlaments werde demnach mit der Argumentation des „gesetzgeberischen Ermessens“ übermäßig respektiert. Gleichzeitig berufe sich das Gericht zu sehr auf Präzedenzfälle, egal wie fragwürdig sie seien. Dabei werde eine Auslegungsmethode, die den Grundrechtsschutz weiterentwickeln würde, kaum in Anspruch genommen²²⁷.

(ii) Die folgenden Ursachen werden in der Literatur für die ungenügend entwickelte Verfassungsrechtsprechung in Japan genannt:

- In Japan wird der Begriff „Rechtsprechung“ äußerst streng aufgefasst. Unter ihm versteht die herrschende Meinung „die rechtsverbindliche Lösung einer konkreten Rechtsstreitigkeit durch die Anwendung von Rechtsnormen durch eine unabhängige Instanz“²²⁸. Die konkrete Rechtsstreitigkeit stellt demnach für den Begriff ein „wesenskonstituierendes Moment“²²⁹ dar. Jedoch wird im Vergleich mit den USA, wo der Justiz die Verfahrensgestaltung großzügig gestattet ist, das Vorhandensein einer konkreten Rechtsstreitigkeit in Japan zum einen wegen der bis ins Detail kodifizierten Verfahrensarten und zum anderen durch die enge Auslegung der Prozessvoraussetzungen wie derjenigen des „Rechtsschutzbedürfnisses“ in geringerem Umfang anerkannt²³⁰. Somit kann der japanische Oberste Gerichtshof sich in vergleichbaren Fallkonstellationen viel öfter auf den Mangel der konkreten Rechtsstreitigkeit berufen als der US *Supreme Court*, um die akzessorische Überprüfung der Verfassungsrechtsfragen zu vermeiden²³¹.

- Viel Kritik erregt darüber hinaus die Besetzungsweise des Obersten Gerichtshofs. Nach Art. 6 Abs. 2 JV wird der Präsident des Obersten Gerichtshofs vom Kabinett designiert und vom Kaiser (dem sog. *Tenno*) ernannt. Die übrigen höchsten Richter werden gemäß Art. 79 Abs. 1 JV ausschließlich vom Kabinett ernannt. Also konzentriert sich die Befugnis der Richterwahl materiell auf die Regierung. Dadurch ist weder die Beteiligung der parlamentarischen Minderheit an der Richterwahl noch eine öffentliche Prüfung der Qualifikation der Kandidaten gewährleistet²³². Daraus ergibt sich die Gefahr, dass das Kabinett nur Personen zu Richtern bestellt, die seiner Politik freundlich gesonnen sind. Was diese Situation noch verschärft, ist der sehr seltene Regierungswechsel. Von 1955 bis 1993 gab es in Japan keinen Regierungswechsel, wobei die konservativen Parteien gleichzeitig fast immer die Mehrheit im Parlament inne hatten. Die starke Zurückhaltung der japanischen

²²⁶ Vgl. *Koji Tonami*, a.a.O., S. 16.

²²⁷ Vgl. *Koji Tonami*, a.a.O., S. 22.

²²⁸ Vgl. *Hisao Kuriki*, Schlußworte, in: *Starck* (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt, Teil I, S. 239 (243).

²²⁹ Vgl. ebenda, S. 243.

²³⁰ Vgl. *Motoi Miyaji*, a.a.O., S. 91 f.; *Toshihiko Nonaka*, in: *Starck* (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt, Teil II, S. 187 (195).

²³¹ Vgl. *Koji Tonami*, a.a.O., S. 19; *Kim/Nishihara*, Vom paternalistischen zum partnerschaftlichen Rechtsstaat, S. 97.

²³² Vgl. *Koji Tonami*, a.a.O., S. 27; *Tatsuro Kudo*, in: *Starck* (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt, Teil I, S. 225 (229).

Verfassungsgerichtsbarkeit lässt sich zu einem Großteil auf diese Situation zurückführen²³³.

- Der scharfe politische Gegensatz bei einigen verfassungsrechtlichen Streitpunkten bildet einen weiteren Grund für die Passivität des Obersten Gerichtshofs²³⁴. Ein wichtiger Streitpunkt bezog sich auf die Verfassungsmäßigkeit der sog. „Selbstverteidigungskräfte“. Da Art. 9 Abs. 2 JV bestimmt, dass Japan keine Streitkräfte unterhalten darf, führte die Gründung der Selbstverteidigungskräfte im Jahre 1955 zu einem großen Disput. Dabei steht die damit eng zusammenhängende Frage, ob die bestehende Verfassung geändert und die Wiederaufrüstung Japans in der zukünftigen Verfassung aufgenommen werden soll, immer im Mittelpunkt des politischen Spannungsfelds. Die frühere regierende Partei zeigt eine Präferenz für eine derartige Verfassungsänderung, während sich die Oppositionspartei und die fortschrittliche Gruppe diesbezüglich sehr kritisch zeigen. In dieser politischen Lage wurde die Verfassung zum Gegenstand kontroverser Diskussionen, was ihre Bedeutung als Symbol des gesellschaftlichen Konsenses geschwächt hat²³⁵. Gerade vor diesem Hintergrund entstand beim Obersten Gerichtshof die Neigung, Verfassungsstreitigkeiten als eine rein politische Frage anzusehen und ihre juristische Behandlung möglichst zu vermeiden²³⁶.

(iii) Meines Erachtens beruht die Zurückhaltung des Obersten Gerichtshofs bei der Normenkontrolle nicht zuletzt auf dem japanischen Justizsystem als solchem. Hierfür lassen sich die folgenden Gründe anführen:

Verglichen mit seinem Vorläufer, dem Höchsten Gerichtshof („*Daishinin*“), hat der Oberste Gerichtshof („*Saikosaibansho*“) sehr umfangreiche Zuständigkeiten. Der *Daishinin* war nur für Zivil- und Strafsachen zuständig. Die Verwaltungssachen hingegen standen gemäß Art. 61 der sog. *Meiji*-Verfassung von 1889 dem Verwaltungsgericht zu²³⁷, das aber kein Gericht im eigentlichen Sinne war, sondern eine Art Aufsichtsorgan innerhalb der Verwaltung²³⁸. Im Gegensatz dazu erstreckt sich die Zuständigkeit des Obersten Gerichtshofs nicht nur auf die ordentliche Gerichts-

²³³ Vgl. *Motoi Miyaji*, a.a.O., S. 92; *Tatsuro Kudo*, a.a.O., S. 229; *Kim/Nishihara*, a.a.O., S. 99 f.

²³⁴ *Koji Tonami*, a.a.O., S. 23 f.

²³⁵ Noch wesentlich weniger Zustimmung fand die japanische Verfassung bei den konservativen politischen Kräften, die das *Tenno*-Regime aus der Zeit vor dem Zweiten Weltkrieg beibehalten wollten und dem *Tenno* jetzt seine ehemaligen Machtbefugnisse wie etwa den Oberbefehl über die Streitkräfte – diese Befugnis ist aber im Moment wegen des Art. 9 Abs. 2 JV gegenstandslos – zurückgeben möchten. Vgl. *Koji Tonami*, a.a.O., S. 23; *Noll*, Internationale Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 118.

²³⁶ *Koji Tonami*, a.a.O., S. 23 f.

²³⁷ Art. 61 der kaiserlichen Verfassung von 1889 lautete: „Kein Rechtsstreit über angebliche Rechtsverletzungen durch rechtswidrige Maßnahmen der Verwaltungsbehörden soll vor einem ordentlichen Gericht verhandelt werden, sondern vielmehr in die Zuständigkeit des besonders durch Gesetz eingerichteten Verwaltungsgerichts fallen.“

²³⁸ Vgl. *Masasuke Ishibe*, in: *Coing/Hirano/Kitagawa* u.a. (Hrsg.), Die Japanisierung des westlichen Rechts, S. 63 (68).

barkeit, sondern auch auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Darüber hinaus ist seinem Aufgabenbereich heutzutage auch die Verfassungsgerichtsbarkeit hinzugefügt. Sein Personalbestand hat sich jedoch verkleinert. Während der *Daishinin* aus 31 Richtern bestand²³⁹, beträgt die Zahl der Richter beim Obersten Gerichtshof nur 15. Aufgrund dieser Asymmetrie zwischen der bedeutenden Ausdehnung der Zuständigkeit und der Halbierung der Richterzahl hätte das japanische letztinstanzliche Gericht eventuell seine bisherige Funktion ändern und den US *Supreme Courts* nachahmen müssen²⁴⁰. Allerdings hat sich die Praxis in eine andere Richtung entwickelt. Der Oberste Gerichtshof hält sich im Grunde an den Arbeitsstil seines Vorläufers, der sich seinerseits die europäischen obersten Gerichtshöfe zum Vorbild genommen hatte. Eine freie Auswahl der zu überprüfenden Fälle, wie sie beim US *Supreme Court* erfolgt, trifft der japanische Oberste Gerichtshof nicht. Infolgedessen beträgt die Zahl der Fälle, die er jährlich zu erledigen hat, mehr als 4.000²⁴¹. Die damit verbundene Überlastung erklärt schon zum großen Teil, warum der Oberste Gerichtshof die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht so erfolgreich ausüben kann²⁴².

Ein noch dramatischeres Bild zeigt sich jedoch, wenn man darlegt, wie sich die Regelung der inneren Aufteilung der vor dem Obersten Gericht anhängigen Fälle auf seine Passivität auswirkt. Um die Überlastung zu lindern, ist der Oberste Gerichtshof in drei Senate eingeteilt, die jeweils aus 5 Richtern bestehen. Alle an den Obersten Gerichtshof herangetragenen Fälle müssen zunächst von einem dieser drei Senate behandelt werden. Sodann trifft der zuständige Senat selbst die Entscheidungen oder legt dem Plenum die fraglichen Fälle vor²⁴³. In den folgenden Fällen kann jedoch kein Senat entscheiden, sondern nur das Plenum (§ 10 des Gerichtsgesetzes):

„1. Wenn der Oberste Gerichtshof auf den Einwand einer Prozesspartei über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes, einer Rechtsverordnung oder einer Verfügung zu entscheiden hat. (Allerdings gilt dies nicht für den Fall, dass die frühere Entscheidung durch das Plenum, die dessen oder deren Verfassungsmäßigkeit festgestellt hat, wiederum bestätigt wird.)

2. Wenn der Oberste Gerichtshof von Amts wegen über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes, einer Rechtsverordnung oder einer Verfügung entscheiden will.

²³⁹ Diese Anzahl ergab sich aus der Kaiserlichen Verordnung vom 2. 8. 1890, vgl. *Masasuke Ishibe*, a.a.O., S. 69.

²⁴⁰ Zum Zeitpunkt des 16. 9. 1954 vertrat der Oberste Gerichtshof tatsächlich die Ansicht, dass seine Zuständigkeit auf die Fälle beschränkt werden müsse, in denen es um eine Verletzung der Verfassung oder um einen Verstoß gegen für wesentlich erachtete Rechtsnormen gehe, und dass zugleich die Richterzahl auf 9 oder 11 reduziert werden solle. Vgl. *Shirō Kiyomiya*, in: *Mosler* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, S. 326 (336).

²⁴¹ Vgl. *Tatsuro Kudo*, a.a.O., S. 227.

²⁴² *Hsu, Tzong-li*, in: *Starck* (Hrsg.), *Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt*, Teil I, S. 101 (112).

²⁴³ Vgl. *Noll*, a.a.O., S. 104 f.

3. Wenn der Oberste Gerichtshof bezüglich der Auslegung bzw. Anwendung der Verfassung oder der anderen Rechtsnormen von seiner früheren Entscheidung abweichen will.“

Damit ist gesichert, dass die Verfassungswidrigerklärung eines Staatsaktes oder eine Änderung der Rechtsprechung immer durch das Plenum vorgenommen werden. Aber auf der anderen Seite könnte die Vermehrung der Plenumsentscheidungen die Überlastung des Gerichts verschärfen. Diese Befürchtung scheint ziemlich substantiell, zumal die Anrufung des Obersten Gerichtshofs stets statthaft ist, soweit eine Fehlinterpretation der Verfassung oder ein sonstiger Verfassungsverstoß gerügt wird²⁴⁴. Tatsächlich ist die Anzahl der Verfahren, in denen die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen oder sonstigen Staatsakten behauptet wird, sehr groß²⁴⁵. Gleichwohl sind Entscheidungen durch das Plenum sehr selten. Deren Zahl betrug in den letzten Jahren nur 1 oder 2 pro Jahr²⁴⁶. Auch wenn man dem übermäßigen Respekt des Obersten Gerichtshofs vor der Legislative bzw. der Exekutive Rechnung trägt, ist diese Zahl zu gering. Dies bedeutet, dass eine ernst zu nehmende Verfassungsmäßigkeitsüberprüfung als solche – sei es auf den Einwand einer Prozesspartei hin oder von Amts wegen – kaum erfolgt, geschweige denn eine Änderung der alten Rechtsprechung. Dadurch entsteht der Eindruck, dass sich der Oberste Gerichtshof nicht nur mit der Verfassungswidrigerklärung zurückhält, sondern vielmehr mit der Bearbeitung der Verfassungsfragen im Plenum an sich. Dies hängt vermutlich mit der oben erwähnten Überlastung des Gerichts eng zusammen. Der Oberste Gerichtshof bevorzugt zu seiner Entlastung anscheinend die Form der Senatsentscheidung, in der aber die Beurteilung von Verfassungsfragen nicht möglich ist. Die „Stagnation der Verfassungsgerichtsbarkeit“²⁴⁷ ist in Japan demnach gewissermaßen auf das Problem seines Justizsystems zurückzuführen.

(iv) In den 1990er Jahren wurde unter den japanischen Staatsrechtlern vehement diskutiert, ob die verselbständigte Verfassungsgerichtsbarkeit auch in Japan eingerichtet werden soll. Nennenswert ist insbesondere der Vorschlag des aus der Zunft der Verfassungsrechtler stammenden, ehemaligen Richters *Masami Ito*. Zum einen beeinflusst davon, dass im Nachbarstaat Korea die Verfassungsgerichtsbarkeit seit der Gründung des Verfassungsgerichts im Jahre 1988 zu einem wichtigen Faktor im Justizsystem wurde, und zum anderen beruhend auf seinen Erfahrungen während der

²⁴⁴ Eine Fehlinterpretation der Verfassung oder sonstige Verfassungsverstöße bilden nicht nur Revisionsgründe (§ 394 ZPO, § 405 StPO), sondern auch Sonderrevisionsgründe (§ 409a ZPO, § 405 StPO), falls das Oberlandesgericht als Revisionsinstanz fungiert hat, oder Sonderbeschwerdegründe (§ 419a ZPO, § 433 i.V.m. § 405 StPO). Vgl. *Hillach*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit Japans, S. 23 f.; *Shirô Kiyomiya*, a.a.O., S. 329.

²⁴⁵ Vgl. *Koji Tonami*, a.a.O., S. 21.

²⁴⁶ Vgl. *Tatsuro Kudo*, a.a.O., S. 227.

²⁴⁷ *Koji Tonami*, a.a.O., S. 26.

Amtszeit beim Obersten Gerichtshof hat er in seinem 1993 erschienenen Buch „裁判官と學者の間“ [Zwischen Richter und Staatsrechtslehrer] vorgeschlagen, in Japan das System eines eigenständigen Verfassungsgerichts einzuführen²⁴⁸. Um das richterliche Prüfungssystem in Japan effektiver zu gestalten, solle man diesem Gericht die Verfassungsrechtsprechung anvertrauen und die sonstigen letztinstanzlichen Entscheidungen über einfachrechtliche Fragen dem Obersten Gerichtshof überlassen²⁴⁹.

Sein Vorschlag hatte genügend Überzeugungskraft, um in der Staatsrechtslehre Anlass zu einer lebhaften Diskussion über eine Reform der Verfassungsgerichtsbarkeit zu geben. Allerdings reagierte die herrschende Lehre diesbezüglich sehr kritisch. Dabei wurde vornehmlich argumentiert, dass das geltende inzidente Prüfungssystem, bei dem die auf konkreten Rechtsstreitigkeiten basierende Gesetzesprüfung von jedem einzelnen Gericht vorgenommen wird, für die effiziente Gewährleistung der Grundrechte geeigneter sei als das abstrakte und konzentrierte Prüfungssystem. Darüber hinaus könne in der gegenwärtigen Situation der Justiz in Japan die Einführung des konzentrierten Prüfungssystems zur Folge haben, dass das richterliche Prüfungsrecht den unteren Gerichten, die bisher dieses Recht relativ umfassend ausgeübt haben, entzogen wird und damit die Konservativität der höchstgerichtlichen Rechtsprechung noch verstärkt wird²⁵⁰. Ein noch wesentlicherer Grund für die Zurückhaltung der Lehre lag allerdings wohl darin, dass die Einführung eines verselbständigten Verfassungsgerichts eine Verfassungsänderung voraussetzen würde. Die herrschende Meinung in Japan befürchtet nämlich, dass bei einer Verfassungsänderung auch die anderen politisch empfindlichen Streitpunkte berührt werden könnten²⁵¹.

Vor diesem Hintergrund wird neuerdings von einem Teil der Literatur vorgeschlagen, innerhalb des bestehenden Obersten Gerichtshofs einen weiteren Fachsenat für

²⁴⁸ Vgl. *Koji Tonami*, a.a.O., S. 26; *Tsuyoshi Hatajiri*, JöR n.F. 51 (2003), 711 (712).

²⁴⁹ *Misami Ito*, 裁判官と學者の間 [Zwischen Richter und Staatsrechtslehrer], S. 136 (zitiert nach *Tsuyoshi Hatajiri*, a.a.O., 715). Als Ursachen für die Zurückhaltung des Obersten Gerichtshofs bei der Gesetzesprüfung hat *Ito* angeführt, dass einmal die zu lange Dauer der höchstgerichtlichen Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes den Obersten Gerichtshof veranlasse, angesichts der inzwischen unter der Geltung des Gesetzes geschaffenen Tatsachen tunlichst die Verfassungswidrigkeit zu vermeiden, und dass andererseits die Gleichförmigkeit und die „Individualitätslosigkeit“, die von einem Berufsrichter verlangt werden, auch zur Passivität der Justiz führen. Vgl. *Tsuyoshi Hatajiri*, a.a.O., 714 f.

²⁵⁰ Zur Darstellung der Argumente gegen die Einführung der konzentrierten Verfassungsgerichtsbarkeit vgl. *Tsuyoshi Hatajiri*, a.a.O., 716 ff.; *Koji Tonami*, a.a.O., S. 27.

²⁵¹ Vgl. *Koji Tonami*, a.a.O., S. 27. In Wirklichkeit hat der Privatentwurf der Verfassungsänderung, die 1994 von der YOMIURI-Zeitung vorgeschlagen wurde, bei vielen Staatsrechtlern starke Kritik hervorgerufen, weil er nicht nur die Einführung des Verfassungsgerichts, sondern auch die Änderung des Art. 9 JV (der Verzicht auf den Krieg) enthielt. Vgl. *Tsuyoshi Hatajiri*, a.a.O., 712 f.

Verfassungsfragen einzurichten²⁵². Dieser Verfassungssenat soll dann dafür zuständig sein, auf Vorlage eines unteren Gerichts oder eines anderen Senats des Obersten Gerichtshofs über die Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Norm zu entscheiden. Hierfür bräuchte man keine Verfassungsänderung, weswegen dieser Reformvorschlag sogar als „der realistischste“²⁵³ angesehen wird. Dessen Befürworter glauben jedoch nicht, dass durch eine derartige Reform alle Probleme der japanischen Verfassungsgerichtsbarkeit auf einmal gelöst werden könnten. Betont wird dabei auch die Erforderlichkeit, die Sensibilität der Richter für Verfassungsfragen zu erhöhen und den bisherigen Richterwahlmodus zu verbessern²⁵⁴. Außerdem darf man nicht übersehen, dass eine solche Reform andere, neue Probleme mit sich bringen könnte. Zum Beispiel bleibt zu überlegen, ob sie nicht zu einem Spannungsverhältnis zwischen dem Verfassungssenat und den anderen Senaten führen würde. Gleichwohl wäre die Verwirklichung dieser Reform als ein großer Schritt hin zur Entwicklung einer Verfassungsgerichtsbarkeit in Japan zu werten. Schließlich könnte sie zumindest die Probleme des gegenwärtigen Justizsystems korrigieren und dadurch den Stellenwert der Verfassungsrechtsprechung in starkem Maße erhöhen.

(2) Die Vorteile bzw. Nachteile der Errichtung eines eigenständigen Normenkontrollgerichts

(a) Vorteile

(i) Die obigen zwei Beispiele zeigen, dass beim Einheitsmodell entweder die Verfassungsgerichtsbarkeit oder die Fachgerichtsbarkeit dazu tendiert, in eine Schiefelage zu geraten. In diesem Zusammenhang überzeugt die Einsicht des deutschen Verfassungsgebers, dass je nach Art der Rechtseinheit unterschiedliche Gerichtsstrukturen erforderlich sind: Die Rechtseinheit auf der einfachrechtlichen Ebene bedarf demzufolge eines relativ großen Personalbestandes und einer breiten Anrufungsmöglichkeit, die Rechtseinheit auf der verfassungsrechtlichen Ebene kann hingegen von einem personell kleinen Gericht gewahrt werden.

Gerade hierin liegt ein Vorteil der Errichtung eines verselbständigten Verfassungsgerichts. Dadurch, dass neben dem normalen höchsten Instanzgericht ein Verfassungsgericht besteht und beide Gerichte in ihrem eigenen, speziellen Tätigkeitsbereich Erfahrungen mit präzise erarbeiteten Falllösungen sammeln, können die beiden Arten der Rechtseinheit gleichmäßig verwirklicht werden.

²⁵² Koji Tonami, a.a.O., S. 31 f.; Tsuyoshi Hatajiri, a.a.O., 720; Motoi Miyaji, in: Starck (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt, Teil II, S. 85 (96).

²⁵³ Motoi Miyaji, a.a.O., S. 96.

²⁵⁴ Tsuyoshi Hatajiri, a.a.O., 722; Koji Tonami, a.a.O., S. 32; Motoi Miyaji, a.a.O., S. 96.

(ii) Nicht nur aus strukturellen, sondern auch aus funktionellen Gründen erscheint die Verselbständigung der Verfassungsgerichtsbarkeit vorteilhaft. So wäre es für ein einheitliches oberstes Gericht schwierig, bei der Handhabung von Gesetzen einerseits als ein an Gesetze gebundenes Organ zu handeln und andererseits zugleich als Gesetzeskontrolleur zu fungieren. Die Zuteilung der Normenkontrollkompetenz an das Verfassungsgericht bedeutet daher für die Fachgerichte, dass sie sich vornehmlich auf einfachrechtliche Fragen konzentrieren können und insofern von den Rechtsstreitigkeiten, die wegen ihrer politischen Brisanz mit größter Vorsicht behandelt werden müssen, entlastet werden.

Auf der anderen Seite wäre es für den Gesetzeskontrolleur wünschenswert, genügend Abstand von der Alltagsanwendung des Gesetzes zu haben. Dies gilt nicht nur deswegen, weil er erst dadurch die für sorgfältige Überprüfungen erforderliche Zeit zur Verfügung hätte, sondern auch wegen der Gefahr, dass ein Richter bei der Alltagsanwendung von Gesetzen einem seiner Urteile versehentlich ein verfassungswidriges Gesetz zugrunde gelegt haben könnte und er dadurch ein Interesse an der Vermeidung der jetzigen Verfassungswidrigerklärung des Gesetzes haben könnte. Gerade in diesem Sinne wäre das außerhalb des gewöhnlichen Instanzenzugs stehende Verfassungsgericht als fairer Gesetzeskontrolleur geeignet. Es wird nämlich nur dann angerufen, wenn die Frage der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes als ein unverkennbarer Streitpunkt auftritt. Seine Funktion als objektives Forum würde noch gesteigert, wenn es sich nicht nur aus Berufsrichtern, sondern auch aus einer Zahl von Nichtberufsrichtern wie Rechtsanwälten oder Professoren der Rechtswissenschaft, die von der alltäglichen Gerichtspraxis relativ unabhängig sind, zusammensetzen würde.

(b) Nachteile

(i) Diese organisatorischen bzw. funktionellen Vorteile bei der Errichtung eines verselbständigten Verfassungsgerichts basieren auf der Spezialisierung. Allerdings können sich auch viele Probleme aus ihr ergeben, da Verfassungsrecht und einfaches Recht in Wahrheit „keine jeweils autonomen Rechtsgebiete“²⁵⁵ sind. In der Regel beeinflussen sie sich wechselseitig bei ihrer Auslegung sowie Konkretisierung und verweben sich bei der Falllösung. Infolgedessen entsteht eine Überlappung zwischen der Verfassungs- und der Gesetzesauslegungsfrage. Die Aufteilung dieser miteinander verbundenen Fragen auf zwei Gerichtsbarkeiten erscheint deshalb äußerst künstlich. Das Trennungsmodell birgt damit zwangsläufig die Gefahr in sich, dass das

²⁵⁵ Ipsen, in: Starck (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt, Teil I, S. 193 (202).

Verfassungsgericht und die Fachgerichte über dieselbe Rechtsfrage unterschiedlich entscheiden und so zwischen ihnen ein Kompetenzkonflikt entsteht²⁵⁶.

(ii) Auch könnte die Aufteilung der Rechtsprechungsfunktion zwischen Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit dazu führen, dass die Fachgerichte gegenüber verfassungsrechtlichen Fragen unsensibel bleiben und dass das Verfassungsgericht die auslegungsbedürftigen Vorschriften von der spezifischen Fallkonstellation abkoppelt und ihre Verfassungsmäßigkeit nur abstrakt festzustellen versucht. Dadurch würde sich zwar kein Konflikt zwischen den beiden Gerichtsbarkeiten ergeben, allerdings könnte die normative Kraft der Verfassung insofern geschwächt werden.

(3) Die Vertrautheit der *Civil-Law*-Länder mit dem spezialisierten Gerichtsaufbau

(a) Das Trennungs- und das Einheitsmodell haben jeweils unterschiedliche Vor- und Nachteile. Es ist deshalb unmöglich, eine absolute Überlegenheit eines Modells gegenüber dem anderen anzunehmen. Abgesehen davon ist es aber durchaus möglich, von der relativen Angemessenheit eines Modells vor dem Hintergrund einer bestimmten Rechtskultur zu sprechen.

Hierbei bietet die Unterscheidung zwischen der *Civil-Law*-Tradition und der *Common-Law*-Tradition wiederum einen guten Ansatzpunkt, weil die beiden Rechtskreise die verschiedenen Gerichtssysteme entwickelt haben. In den *Civil-Law*-Ländern ist es üblich, dass das Justizsystem in mehrere Gerichtszweige untergliedert ist und/oder das höchste Gericht aus mehreren Senaten besteht. Ein derartiger Gerichtsaufbau ist jedoch den *Common-Law*-Ländern fremd²⁵⁷. Dieser Unterschied ist maßgeblich für die Gestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit. Denn dort, wo die Rechtspflege auf mehrere Gerichtszweige verteilt ist, ist die Schaffung eines einzigen speziellen Spruchgerichts zur einheitlichen Verfassungsrechtsprechung unumgänglich.

(b) Anscheinend spiegeln die Gerichtssysteme der beiden Rechtskreise die unterschiedlichen Rechtsverständnisse wider. In *Common-Law*-Ländern wird angenommen, dass die Richterschaft Rechtsnormen nicht nur anwendet, sondern in der Form des Fallrechts auch erzeugt. Ein großer Teil der wichtigen rechtsfortbildenden Entscheidungen wird als das Werk der Richter angesehen, weswegen gerade ihrer Per-

²⁵⁶ Ginsburg, 3 Theoretical Inquiries L. 49 (59).

²⁵⁷ McWhinney, Constitutional Review in the Commonwealth, in: Mosler (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, S. 75 (79 f.).

sönlichkeit große Bedeutung beigemessen wird. Die einzelnen Richter des Obersten Gerichtshofs erscheinen folglich als untereinander nicht austauschbar. Außerdem steht die besondere Bindungswirkung, welche den höchstrichterlichen Entscheidungen durch das *stare-decisis*-Prinzip eingeräumt wird, seiner Aufteilung in mehrere Senate entgegen; ansonsten müsste man gegebenenfalls hinnehmen, dass entweder die Abweichung eines Senats von der Entscheidung eines anderen Senats ungeheure Rechtsunsicherheit verursacht oder dass die Entscheidung eines Senats der Entscheidung eines anderen Senats gewissermaßen übergeordnet wird. Soweit der Oberste Gerichtshof jedoch als wichtiger Normenerzeuger fungiert, ist es undenkbar, dass mehrere Senate im Obersten Gerichtshof errichtet werden und sie sich jeweils nur auf ein spezifisches Fachgebiet spezialisieren. Da die einheitliche Rechtsordnung zum größten Teil von ihm selbst geschaffen werden muss, sollte er außerdem bei der Gestaltung des Fallrechts die Bezugnahme nicht lediglich auf einen Fachbereich beschränken, sondern auf sämtliche Fachgebiete Rücksicht nehmen.

Hingegen zeigt sich in den *Civil-Law*-Ländern ein ganz anderes Bild. Zwar ist der Gedanke, dass der Richter bloß „*la bouche de la loi*“ sei, mittlerweile weitgehend relativiert, allerdings übt das Parlament bei der Rechtssetzung noch in größerem Umfang die „Prärogative“²⁵⁸ aus. Die Kodifikation und die von Rechtswissenschaftlern entwickelte Rechtsdogmatik dienen der Neutralisierung der Persönlichkeit der Richter in einem solchen Maß, dass man gegenüber der Frage, welche Richter im konkreten Fall entscheiden werden, eher indifferent ist. Hinzu kommt, dass die Entscheidungen der normalen Gerichte im Grunde keine *erga-omnes*-Wirkung haben. Somit sind die Gerichte zumindest theoretisch an die früheren Entscheidungen – seien es ihre eigenen oder die der übergeordneten Gerichte – nicht gebunden. Für die Widerspruchslosigkeit der gesamten Rechtsordnung zu sorgen, ist in erster Linie die Aufgabe des Gesetzgebers. Daher kann sich die Richterschaft meistens nach dem gesetzgeberischen Konzept einfach auf den ihr zugewiesenen Fachbereich spezialisieren. All dies macht es möglich, dass je nach Rechtsgebiet mehrere höchste Gerichte bestehen und/oder ein höchstes Gericht in mehrere Senate untergliedert wird.

(c) Die unterschiedlichen Strukturen der höchsten Gerichte in den beiden Rechtskreisen hängen nicht nur mit dem Bedürfnis nach der Errichtung eines Verfassungsgerichts zusammen, sondern auch mit deren differenzierter Hauptfunktion innerhalb der Fachgerichtsbarkeit. Durch die Aufteilung der Rechtsstreitigkeiten auf Senate oder auf oberste Fachgerichtshöfe können die letztinstanzlichen Gerichte im *Civil-Law*-Rechtskreis einem breiteren Kreis von Rechtssuchenden einen großzügigen

²⁵⁸ Kriete, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 60 ff., der sich für den Begriff „Rechtsetzungsprärogative“ und gegen den Begriff „Rechtsetzungsmonopol“ ausspricht.

Zugang zu ihnen eröffnen. Dabei reicht die höchstrichterliche Rechtseinheitswahrung im Grunde bis zu jeder detaillierten Rechtsfrage. Eine Schwächung dieser Funktion lehnte beispielsweise der deutsche Verfassungsgeber bewusst ab, wenn er auch glaubte, dass das *one-bench*-System für die Wahrung der fachlichen Rechtseinheit oder der einheitlichen Verfassungsrechtsprechung effektiver ist.

Im Gegensatz dazu ist etwa der US *Supreme Court* wegen seiner einheitlichen und kleinen Gerichtsstruktur kaum in der Lage, die Anliegen der zahlreichen Rechtssuchenden zu hören, so dass der Zugang zu ihm in starkem Maße eingeschränkt werden muss. Dabei legt er den Schwerpunkt seiner Tätigkeit hauptsächlich auf prinzipielle Rechtsfragen, welche sich zum größten Teil auf die US-Bundesverfassung beziehen. Hier besteht die Gefahr, dass bezüglich sonstiger Rechtsfragen die Rechtsprechung der unteren Gerichte, welche ihrerseits überlastet sind, unkorrigiert bzw. divergierend bleibt. In diesem Zusammenhang sind zwei Tendenzen bedeutsam: Zum einen verstärkt sich heutzutage im *Common-Law*-Rechtskreis die Angewiesenheit auf Kodifikationen. Diese Tendenz ist wohl nicht zuletzt deshalb zu unterstützen, weil die näheren Regelungen bzw. die weiteren Kodifikationen den unnötigen Rechtsstreitigkeiten und der Divergenz der Justiz erheblich abhelfen können. Zum anderen spricht man in den USA immer mehr von der Schaffung sog. „*specialized courts*“,²⁵⁹ allerdings *unter* dem US *Supreme Court*. Die Hauptargumente für die Errichtung der spezialisierten Gerichte sind, dass die Effizienz sowie die Qualität der Entscheidungen ohne gegenseitige Verdrängung gefördert würden und dass die Uniformität der Rechtsprechung in den jeweiligen Fachgebieten zunächst von den überregionalen Spezialgerichten besorgt werden könnte.²⁶⁰ Diesen Tendenzen gelang bis heute noch keine wesentliche Veränderung der *Common-Law*-Tradition, sie zeigen jedoch die Konvergenzmöglichkeit zwischen dem *Civil-Law*- und dem *Common-Law*-Justizsystem.

4. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Prototypen der gerichtlichen Normenkontrolle, im Ganzen genommen, jeweils mit der *Common-Law*- sowie der *Civil-Law*-Tradition zusammenhängen. Soweit *Cappelletti* auf dieses Ergebnis hingewiesen hat, erscheint seine Auffassung akzeptabel. Allerdings ergeben sich Beanstandungen in Bezug auf seine konkreten Begründungen. Wie oben erörtert, führte er die Entstehung der konzentrierten Normenkontrolle auf das Fehlen des *stare-decisis*-Prinzips zurück. Diese Diagnose verkennt jedoch, dass es in *Civil-Law*-

²⁵⁹ Vgl. *Posner*, 56 S.Cal.L.Rev. 761; *Revez*, 138 U.Pa.L.Rev. 1111; *Williams*, 37 Wm.&Mary L.Rev. 535 (598 ff.); *Damle*, 91 Va.L.Rev. 1267; *L. Baum*, 58 Duke L.J. 1667.

²⁶⁰ Vgl. *Revez*, a.a.O., 1116; *Damle*, a.a.O., 1275 ff.

Ländern einen dem *stare-decisis*-Prinzip entsprechenden, faktischen bzw. institutionalisierten Mechanismus gibt, durch den die höchstrichterliche Entscheidung gegenüber den unteren Gerichten eine (Quasi-)Bindungswirkung erhält, und dass es sich folglich bei dem Fehlen des Prinzips um keinen wesentlichen Unterschied der beiden Rechtskreise handelt, welcher zwangsläufig zu den verschiedenen Gestaltungen der Normenkontrolle führt. Es liegt vielmehr daran, dass sich das Rechtsverständnis im *Civil-Law*-Rechtskreis so stark an kodifiziertem Recht orientiert. Gerade daraus ergibt sich, dass die kassatorische Entscheidung umso dringlicher eingeführt werden muss, um die gerichtliche und letztverbindliche Verfassungswidrigerklärung eines Gesetzes nicht nur innerhalb der Gerichtsbarkeit, sondern auch für alle Behörden und alle Einzelnen maßgebend zu machen. Die Kompetenz zur kassatorischen Entscheidung ist notwendigerweise auf ein einziges Gericht zu konzentrieren. Allerdings bedeutet das nicht ohne Weiteres, dass die anderen Gerichte von jeder Normenprüfung bzw. Normenverwerfung, welche nur eine *inter-partes*-Wirkung hat, ausgeschlossen werden müssen. Hiermit in unmittelbarem Zusammenhang stehen anscheinend rechtspolitische Gedanken wie etwa die Prozessökonomie oder die gründliche Beseitigung von Rechtsunsicherheit.

Um die Verselbständigung des Verfassungsgerichts zu erklären, stellte *Cappelletti* die These auf, dass die traditionellen höchsten Gerichtshöfe im *Civil-Law*-Rechtskreis für die Normenkontrolle untauglich seien. Hierbei ist insbesondere von der zurückhaltenden Mentalität der *Civil-Law*-Richter bei der Gesetzesprüfung, der personell zu großen Gerichtsstruktur und dem Mangel an gerichtlichem Ermessensspielraum bei der Einschränkung der Revision die Rede. Freilich sind seine Erläuterungen zur Mentalität der *Civil-Law*-Richter zu oberflächlich, als dass man zur Überzeugung gelangen könnte, dass ihr zurückhaltendes Verhalten bei der Gesetzesprüfung, als eine angebliche Eigentümlichkeit der *Civil-Law*-Tradition, trotz aller Änderungen der politischen, gesellschaftlichen, positiv-rechtlichen sowie rechtsdogmatischen Hintergründe unbeeinflusst fortbestehen würde. Die mit seiner These angedeutete Schlussfolgerung, dass die Mentalität der normalen Richter für die Normenkontrolle nicht so geeignet sei wie die der Verfassungsrichter, erscheint ebenfalls zu polemisch. Eine solche Vermutung kann höchstens als ein provisorisches Argument fungieren. Daran ändert auch der politische Wahlmodus der Verfassungsrichter nichts, weil er nicht bedingungslos die richtige Entscheidung bei der Verfassungsauslegung garantieren kann.

Seine Beurteilung hingegen, dass die Zuteilung der Normenkontrollkompetenz an die traditionellen höchsten Gerichtshöfen im *Civil-Law*-Rechtskreis an ihrer verhältnismäßig großen Struktur und an der damit verbundenen breiten Anrufungsmöglichkeit gescheitert sein muss, verdient nähere Beachtung. Diese Auffassung wird zum großen Teil durch die musterhafte Diskussion im Parlamentarischen Rat bestätigt.

Interessanterweise sahen die Väter des Grundgesetzes eine solche traditionelle Gerichtsstruktur nicht als mangelhaft, sondern als bewahrenswert an und hielten bewusst daran fest, während die Aussage *Cappellettis* ihr gegenüber ausschließlich einen negativen Eindruck hervorruft. Für den deutschen Verfassungsgeber handelte es sich bei der Errichtung des verselbständigten Verfassungsgerichts um die Gestaltung eines effektiven Justizsystems, welche nicht nur der Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit gerecht werden sollte, sondern auch dazu diente, die überlieferte Funktion der Revisionsgerichte unbeschädigt beizubehalten. Jenseits derartiger positiver Aspekte ist jedoch nicht zu übersehen, dass das Trennungsmodell die Schwierigkeit mit sich bringt, bei der Überlappung der verfassungsrechtlichen und der einfachrechtlichen Fragen die Kompetenzbereiche der beiden Gerichtsbarkeiten sorgfältig voneinander abzugrenzen.

Die gesamte Untersuchung deutet jedoch keinesfalls auf eine Art Kulturalismus hin. Zwar ist nicht zu leugnen, dass es auf der Erde verschiedene Rechtskulturen gibt und der rechtskulturelle Hintergrund bei der Gestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit einen wichtigen Ausgangspunkt bilden kann. Die Betrachtung des Zusammenhangs zwischen den Prototypen der gerichtlichen Normenkontrolle einerseits und der *Common-Law*-Tradition sowie der *Civil-Law*-Tradition andererseits ist daher naheliegend, sollte jedoch keineswegs in einen Kulturfatalismus ausarten. Es besteht keine feste Regel, die besagt, dass *Civil-Law*-Länder unbedingt dem österreichischen Modell folgen sollten und *Common-Law*-Länder umgekehrt dem US-amerikanischen. Eine solche Regel konnte und kann sich nie ausnahmslos durchsetzen. Die in dieser Arbeit versuchte Auseinandersetzung mit der *Cappelletti*'schen These, genauer gesagt hauptsächlich mit seinen Begründungen für die Verselbständigung der Verfassungsgerichtsbarkeit im *Civil-Law*-Rechtskreis, zielte nicht zuletzt darauf ab, zu beweisen, dass die Errichtung des Verfassungsgerichts nicht nur aus rechtskulturellen Gegebenheiten resultierte, sondern auch aus vielerlei voluntativen Entscheidungen. Die ihnen zugrunde liegenden rechtspolitischen Gedanken zu erkennen und sie sorgfältig abzuwägen wäre, abgesehen davon, dass nicht alle Rechtskulturen einfach nur in die oben erörterten zwei Rechtskreise eingegliedert werden können, eben für die von den anderen Rechtstraditionen geprägten Länder bei der (Re-)Konstruktion der Verfassungsgerichtsbarkeit oder zur Vermeidung ihrer Fehlentwicklung durchaus sinnvoll.

B. Die Zuteilung der Normenkontrollkompetenz in Korea

In diesem Kapitel geht es darum, ob und inwiefern das, was oben im Allgemeinen erörtert worden ist, der spezifischen koreanischen Rechtslage angepasst werden kann. Diese ergänzende Betrachtung erscheint zum einen deswegen notwendig, weil die koreanische Rechtskultur im Westen weitgehend unbekannt ist. Zum anderen ist es hinsichtlich der aktuellen Debatte in Korea über die Umgestaltung der Gerichtsorganisation erforderlich, sie gerade unter Bezugnahme auf die spezifische koreanische Rechtslage darzulegen und zu würdigen. In diesem Zusammenhang wird versucht herauszufinden, ob und warum das heutige KVerfG auch in Zukunft beibehalten werden sollte.

I. Der koreanische rechtskulturelle Hintergrund

1. Der Konfuzianismus als traditionelle koreanische Rechtskultur

Die traditionelle koreanische Rechtskultur wurde vom Konfuzianismus geprägt. Vor allem die letzte Dynastie Koreas, „조선“ [Cho-sun]²⁶¹, hob ihn als Staatsideologie überaus stark hervor. Die Einhaltung der konfuzianischen Prinzipien stellte seinerzeit eine wichtige Legitimierungsbasis für jede Ausübung der Staatsgewalt dar. Darauf erfolgte die starke „Konfuzianisierung des eigenen koreanischen Rechts“²⁶². Was der Konfuzianismus ist, stellt aber keine leicht zu beantwortende Frage dar, weil er eine Art Oberbegriff für alle geistigen Strömungen ist, die auf der gemeinsamen Grundlage der Lehre von 孔子 [Konfuzius]²⁶³ Tausende von Jahren lang

²⁶¹ Die Chosun-Dynastie wurde im Jahre 1392 von 이성계 [Yi, Sung-kye] (1335-1408 n.Ch.) gegründet, so dass sie auch als „Yi-Dynastie“ bezeichnet wird.

²⁶² 최병조 [Choe, Byoung-jo], in: Behrends (Hrsg.), Jherings Rechtsdenken, S. 32 (41).

²⁶³ „Konfuzius“ ist die von Jesuiten eingeführte, lateinische Bezeichnung von „孔夫子“ [Kong-fuzi] oder „孔子“ [Kong-zi]. Hierbei ist „孔“ [Kong] der Familienname und „夫子“ [Fuzi] oder „子“ [Zi] die höfliche Anrede, welche Meister oder Lehrer bedeutet. Konfuzius, dessen chinesischer Name „孔丘“ [Kong, Qiu] lautet, lebte von 551 bis 479 v. Chr. Er war Erforscher des chinesischen Altertums, politischer Denker, welcher das überlieferte Gedankengut im China seiner Zeit präziserte und vertiefte, sowie Gründer der Gelehrtenschule, deren Lehren im Westen als Konfuzianismus bekannt sind. Die Gedanken sowie Aussprüche des Konfuzius wurden zunächst von seinen Schülern in vielfältigen Manuskripten niedergeschrieben, begannen jedoch anscheinend ab dem 2. Jahrhundert vor Christus in einem einheitlichen Werk namens „論語“ [Lun-yu] zusammengestellt zu werden. Vgl. Gu, Xuewu, Konfuzius zur Einführung, S. 9-12, 24 u. 32-36; Zotz, Konfuzius für den Westen, S. 73 u. 82-88; van Ess, Nachwort, in: Wilhelm, Gespräche, S. 191 ff.

vielfältig gestaltet worden sind und werden²⁶⁴. Hier wird er nur insofern skizziert, als es für die Erklärung seiner Auswirkungen auf die traditionellen koreanischen Rechtsgedanken notwendig ist.

a) Die klassische konfuzianische Lehre

Die politische Idee des Konfuzianismus zielte auf die Herbeiführung einer friedlichen und wohlgeordneten idealen Gesellschaft ab. Seine Vorstellung über die utopische Gesellschaft, welche seiner Lehre nach angeblich im chinesischen Altertum einmal existierte, wird in einem klassischen Buch, „禮記“ [Li-ji]²⁶⁵, wie folgt dargestellt:

„Zu der Zeit, als die große Gesellschaftsordnung herrschte, war die Welt gemeinsamer Besitz. Man wählte die Tüchtigsten und Fähigsten zu Führern; man hatte Vertrauen zueinander und pflegte die Eintracht. Darum liebten die Menschen nicht nur ihre eigenen Eltern und versorgten nicht nur ihre eigenen Kinder. Die Alten konnten in Ruhe ihrem Ende entgegengehen; die kräftigen Männer hatten ihre Arbeit; die Witwer und Witwen, die Waisen und Kinderlosen und die Kranken hatten alle ihre Pflege; die Männer hatten ihre Stellung und die Frauen ihr Heim. Die Güter wollte man nicht ungenützt verloren gehen lassen; aber man suchte sie nicht unter allen Umständen für sich selbst anzuhäufen. Die eigene Kraft wollte man nicht untätig lassen; aber man arbeitete nicht um des eigenen Vorteils willen. Mit allen Listen und Ränken war es zu Ende; man brauchte sie nicht. Diebe und Räuber, Mörder und Totschläger gab es nicht. Darum hatte man zwar draußen Tore; aber man schloss sie nicht ab. Das war die Zeit der großen Gemeinsamkeit, 大同 [Da-tong].“²⁶⁶

Allerdings sei diese großartige Gesellschaftsordnung im Laufe der Zeit verschwunden und nunmehr herrsche die Eigennützigkeit anstelle der Gemeinsamkeit in der Welt: „Jeder liebt zunächst seine Eltern, jeder ist besorgt für seine Kinder. Die Güter und die Arbeit dienen nur dem eigenen Nutzen. Herrscher halten es für Sitte, ihre Macht auf Söhne zu vererben. [...] Es kamen Listen und Pläne infolge davon auf und Waffen erhoben sich deshalb.“²⁶⁷ Unter diesen Umständen sollten die Sittlichkeit und die Gerechtigkeit als Ansatzpunkt der Disziplin dienen, um zumindest die Herbeiführung eines „kleinen Wohlstands“ namens „小康“ [Xiao-kang]²⁶⁸ zu

²⁶⁴ Vgl. 이은정 [Lee, Eun-jeung], Konfuzius interkulturell gelesen, S. 98; Stumpf, in: *Krieger/Trauzettel* (Hrsg.), Konfuzianismus und die Modernisierung Chinas, S. 29 (36).

²⁶⁵ Das Buch „禮記“ [Li-ji] gehört zu den fünf großen klassischen Büchern des alten China. Es ist kein Werk von Konfuzius, soll jedoch im Wesentlichen die konfuzianischen Ideen enthalten haben. Zu den Vorgängen der Kompilation dieses Buches bis zur heutigen Form vgl. Wilhelm, Li Gi, S. 16 ff.

²⁶⁶ 禮記 [Li-ji], Kap. 禮運 [Li-yun], 1. Abschnitt (übers. in: Wilhelm, Li Gi, S. 56 f.; 이은정 [Lee, Eun-jeung], a.a.O., S. 54 f.).

²⁶⁷ Ebenda, 2. Abschnitt (übers. in: Wilhelm, Li Gi, S. 57).

²⁶⁸ Ebenda.

sichern, wobei es sich um den nächstidealen Gesellschaftszustand handelte.

In Bezug auf die politische Ordnung ging die Lehre *Konfuzius'* im Grunde von der Monarchie aus; das alte China kannte bis zu seiner Zeit keine andere Staatsform²⁶⁹. Nach dem traditionellen chinesischen Denken wurde ein Herrscher als Träger des *himmlischen Mandats* betrachtet. Jedoch wollten *Konfuzius* und seine Anhänger verhindern, dass sich diese monarchische Herrschaft in eine Despotie verwandelt. Konfuzianer verfochten die Lehre, dass das himmlische Mandat dann als zurückgenommen anzusehen sei, wenn es der Herrscher nicht richtig erfüllt²⁷⁰. Demzufolge sei beispielsweise die Ermordung eines Tyrannen, der sich seine Herrscherwürde verscherzt hat, nach Ansicht von 孟子 [Menzius]²⁷¹ nicht als Mord an einem „Fürst“ zu bezeichnen, sondern als Mord an einem „gemeinen Kerl“²⁷². Es müsse als Auftrag des Himmels aufgefasst werden, in erster Linie den „kleinen Wohlstand“ zu verwirklichen, d.h. für „ein materiell abgesichertes, friedvolles und kultiviertes Zusammenleben der Menschen in einer arbeitsteilig organisierten, hierarchischen Gesellschaft“²⁷³ zu sorgen. Der Begriff des Herrschers im konfuzianischen Sinne war folglich nicht schlechthin mit jedem realen Machthaber gleichzusetzen, sondern stellte meistens eine idealisierte Position dar, welcher die höchste Verantwortung für diese Aufgabe zugewiesen ist.

Von einer politischen Teilnahme des Volkes war freilich kaum die Rede. Tatsächlich erwartete *Konfuzius* von ihm nicht, von selbst den rechten Weg zu finden²⁷⁴. Er vertrat sogar die Auffassung, die Masse des Volkes könne zwar dazu gebracht werden, dem Rechten zu folgen, aber nicht dazu, dieses zu verstehen²⁷⁵. Nach Ansicht *Konfuzius'* sollten nur edle Leute, welche durch Bildung hohe Tugenden erworben haben, unabhängig von Herkunft und Stand zu den Staatsämtern aufsteigen und in

²⁶⁹ Beachtenswert ist, dass *Konfuzius* die Tradition äußerst hoch achtete. In seinen Worten: „Ich überliefere, aber ich schaffe nichts Neues. Ich vertraue dem Alten und liebe es.“ Vgl. 論語 [Lun-yu], Kap. 述而 [Shu-er], 1. Abschnitt (übers. in: *Sleichert/Roetz*, *Klassische chinesische Philosophie*, S. 23).

²⁷⁰ Vgl. 易은정 [Lee, Eun-jeung], a.a.O., S. 48.

²⁷¹ „Menzius“ ist der latinisierte Name des Meisters Meng („孟子“ [Meng-zi]), dessen chinesischer Name „孟軻“ [Meng, Ko] lautet. Er soll von 372 bis 289 v. Chr. gelebt haben und gilt als einer der berühmtesten konfuzianischen Denker. Seine Reden und Aussagen wurden wahrscheinlich von seinen Schülern niedergeschrieben, jedoch erst um die Wende vom 2. zum 3. nachchristlichen Jahrhundert im Buch „孟子“ [Meng-zi] zusammengetragen, welches neben „論語“ [Lun-yu], „大學“ [Da-xue] und „中庸“ [Zhong-yong] zu den vier kanonischen Büchern des Konfuzianismus zählt. Vgl. *Wilhelm*, *Mong Dsi*, S. 19-39; *van Ess*, *Der Konfuzianismus*, S. 31-33.

²⁷² Vgl. 孟子 [Meng-zi], Kap. 梁惠王下 [Liang-hui-wang II], 8. Abschnitt (übers. in: *Wilhelm*, *Mong Dsi*, S. 58 f.).

²⁷³ *Roetz*, *Die chinesische Ethik der Achsenzeit*, S. 150.

²⁷⁴ Vgl. ebenda, S. 109.

²⁷⁵ 論語 [Lun-yu], Kap. 泰伯 [Tai-bo], 9. Abschnitt (übers. in: *Wilhelm*, *Gespräche*, S. 71; 易은정 [Lee, Eun-jeung], a.a.O., S. 47).

die Aufgabe der Verwirklichung des Idealstaats einbezogen werden²⁷⁶. Von ihnen wurde Loyalität gegenüber dem Herrscher verlangt, die jedoch keinen bloßen Gehorsam, sondern eher Kritik bedeutete, falls sich der Herrscher nicht an dem rechten Weg orientiert²⁷⁷. Da sich in der alten ostasiatischen Monarchie kein Element der modernen Gewaltentrennung findet, wurde von den Ämter bekleidenden Edlen erwartet, die Rolle einer internen „Gegenmacht zum Herrscher“²⁷⁸ zu spielen.

Jedenfalls sollte das Volk keineswegs zum Opfer von Willkür und Machtmissbrauch werden, sondern immer ein Zielpunkt der Ausübung staatsmännischer Tugend sein. Dieses Postulat ließ sich nicht zuletzt von der traditionellen chinesischen Vorstellung des Himmels ableiten, was *Menzius* beispielsweise mit der Zitierung des folgenden Aphorismus andeutete: „Himmel sieht, wie mein Volk sieht; Himmel hört, wie mein Volk hört.“²⁷⁹ Insofern hatte der Begriff „Himmel“ im Konfuzianismus die Funktion, das Staatsoberhaupt und die Untertanen vom Zustand der einseitigen Über- und Unterordnung zu einem Verhältnis der Reziprozität zu bringen²⁸⁰. Konsequenterweise wurde das Vertrauen des Volkes als ein für den Bestand des Staates unverzichtbares Element begriffen²⁸¹. Die nachdrückliche Formulierung *Menzius*' lautete:

„Das Volk ist von unschätzbarem Wert. Erd- und Korngötter [= die geistigen Repräsentanten der Naturbasis eines Reichs, gegebenenfalls ist das Reich als solches gemeint] kommen als das Nächste. Fürsten sind unwichtiger.“²⁸²

Um das Vertrauen des Volks zu gewinnen, hatten die Regierenden einen hohen ethischen Standard zu erfüllen. Nach der Erläuterung *Konfuzius*' sollte der Herrscher die (natürlichen) Quellen des Reichtums zugunsten des Volks nutzen, die Untertanen nur bemühen, wenn ihre Indienstnahme auch ihnen gerecht ist, nichts außer der Verbreitung der Menschlichkeit begehren, darüber hinaus erhaben sowie ehrfurchtgebietend sein, ohne hochmütig oder heftig zu erscheinen, und sich jeglicher Grausamkeit, Bedrückung bzw. Kleinlichkeit enthalten²⁸³. Gerade in diesem Zusammen-

²⁷⁶ Vgl. *이은정* [Lee, Eun-jeung], a.a.O., S. 56 ff.

²⁷⁷ Vgl. *論語* [Lun-yu], Kap. 憲問 [Xian-wen], 8. u. 23. Abschnitte (übers. in: Wilhelm, Gespräche, S. 130 u. 136).

²⁷⁸ Vgl. *이은정* [Lee, Eun-jeung], a.a.O., S. 64.

²⁷⁹ *孟子* [Meng-zi], Kap. 萬章上 [Wan-zhang I], 5. Abschnitt (übers. in: Wilhelm, Mong Dsi, S. 142).

²⁸⁰ Zur konfuzianischen Herstellung der politischen Reziprozität vgl. Chang, Wejen, in: *de Bary/Weiming* (Hrsg.), *Confucianism and Human Rights*, S. 117 (122-127).

²⁸¹ Vgl. *論語* [Lun-yu], Kap. 顏淵 [Yan-yuan], 7. Abschnitt (übers. in: Wilhelm, Gespräche, S. 109).

²⁸² *孟子* [Meng-zi], Kap. 盡心下 [Jin-xin II], 14. Abschnitt (übers. in: Wilhelm, Mong Dsi, S. 199 f.; *Schleichert/Roetz*, *Klassische chinesische Philosophie*, S. 53. Die Übersetzung ist teilweise vom Verfasser geändert und ergänzt.).

²⁸³ Vgl. *論語* [Lun-yu], Kap. 學而 [Xue-er], 5. Abschnitt; Kap. 泰伯 [Tai-bo], 11. Abschnitt; Kap. 堯曰 [Yao-yue], 2. Abschnitt (übers. in: Wilhelm, Gespräche, S. 8, 71 u. 189 f.).

hang hob *Konfuzius* auch *das Primat der Herrschaft durch Tugend und Sitte* gegenüber *der Herrschaft durch das gesetzte Recht* hervor. Er führte diesbezüglich aus:

„Wenn man das Volk mit Dekreten lenkt und durch Strafen diszipliniert, wird es ihnen nur zu entgehen suchen und doch alle Skrupel verlieren. Wenn man es aber mit der Tugend leitet und durch die Sitte regiert, wird es Skrupel kennen und sich an das Richtige halten.“²⁸⁴

Zu beachten ist, dass es sich bei einem Gesetz im alten China grundsätzlich um eine Anordnung des Herrschers gegenüber den Untertanen handelte. Der Machthaber, der zugleich Gesetzgeber war, konnte das Volk durch die Erlasse verpflichten, ohne sich selbst verpflichten zu müssen²⁸⁵. Im Gegensatz dazu beruhten Tugend und Sitte vornehmlich auf den universalen ethischen Normen. Die im Mittelpunkt aller Tugenden stehende Menschlichkeit beinhaltete die „Menschenliebe“²⁸⁶. Ihr wichtigstes Element, welches von *Konfuzius* selbst besonders herausgehoben wurde, war die Goldene Regel: „Was man selber nicht wünscht, das tue man anderen nicht an!“²⁸⁷ Der konfuzianische Diskurs über die Menschlichkeit bzw. die Goldene Regel richtete sich aber regelmäßig an die Herrschenden, wobei es nicht mehr bloß um die Ethik ging, sondern um die Legitimität der Herrschaft. Dies zeigt sich deutlich an den folgenden Aussagen *Menzius*’:

„[Die Tyrannen,] 桀 [*Giä*] und 紂 [*Dschou*], haben die Weltherrschaft verloren, indem sie die Leute verloren. Sie haben die Leute verloren, indem sie ihr Herz verloren. Die Weltherrschaft zu gewinnen, gibt es einen Weg: gewinnt man die Leute, so hat man damit schon die Weltherrschaft. Die Leute zu gewinnen, gibt es einen Weg: gewinnt man ihr Herz, so hat man damit schon die Leute. Ihr Herz zu gewinnen, gibt es einen Weg: Was sie haben möchten, gib ihnen, was sie verabscheuen, tu ihnen nicht an.“²⁸⁸

Sollte die Menschlichkeit zuvörderst von der inneren Orientierung ausgehen, richtete sich die Sitte hauptsächlich nach dem äußeren Verhalten²⁸⁹. Das heißt, bei der Sitte handelte es sich in erster Linie um Verhaltensregeln, welche im Wesentlichen als tradierte Etikette bei den rituellen Veranstaltungen oder beim Umgang mit anderen Leuten einzuhalten waren²⁹⁰. Da die Etikette je nach politischem bzw. gesellschaftlichem Status des Betroffenen unterschiedlich gestaltet war, spiegelte die Sitte

²⁸⁴ 論語 [*Lun-yu*], Kap. 爲政 [*Wei-zheng*], 3. Abschnitt (übers. in: *Wilhelm*, Gespräche, S. 13; *이은정* [*Lee, Eun-jeung*], a.a.O., S. 72).

²⁸⁵ Vgl. v. *Senger*, Einführung in das chinesische Recht, S. 20.

²⁸⁶ 論語 [*Lun-yu*], Kap. 顏淵 [*Yan-yuan*], 22. Abschnitt (übers. in: *Wilhelm*, Gespräche, S. 114).

²⁸⁷ 論語 [*Lun-yu*], Kap. 顏淵 [*Yan-yuan*], 2. Abschnitt; Kap. 衛靈公 [*Wie-ling-gong*], 24. Abschnitt (übers. in: *Roetz*, Die chinesische Ethik der Achsenzeit, S. 217 u. 221; *Wilhelm*, Gespräche, S. 107 u. 150).

²⁸⁸ 孟子 [*Meng-zi*], Kap. 離婁上 [*Li-lou I*], 9. Abschnitt (übers. in: *Wilhelm*, *Mong Dsi*, S. 117).

²⁸⁹ Vgl. *이은정* [*Lee, Eun-jeung*], a.a.O., S.89.

²⁹⁰ Zur kurzen Darstellung des Begriffswandels der konfuzianischen Sitte, 禮 [*li*], vgl. *Roetz*, a.a.O., S. 199-201.

insofern den seinerzeitigen hierarchischen Aufbau der Staatsorgane sowie der Gesellschaftsklassen wider. Freilich bestand das Verdienst *Konfuzius'* eher darin, die konventionelle Sitte mit der Tugend in Verbindung gebracht zu haben²⁹¹. Er begriff die Sitte als sozial adäquate Erscheinungen der Tugend und weigerte sich, die bloße Formalität, bei der die Tugendhaftigkeit ganz fehlt oder übertrieben ist, als Sittlichkeit zu bezeichnen²⁹².

Die Sitte galt als „Ausdruck einer ewigen, vom ‚Himmel‘ gebildeten Ordnung“²⁹³, so dass sie gerade vom himmlischen Mandatar einzuhalten war, um sodann ihre Geltung bis zu jedem gesellschaftlichen Lebensbereich des Volkes zu verbreiten. Hierbei habe die richtige Regierung lediglich dadurch, dass sich die Regierenden selbst vorbildlich verhalten, das Volk zur freiwilligen Normbefolgung zu veranlassen, statt es dazu zu zwingen²⁹⁴. Indes sollte es darauf hinauslaufen, dass sich der Herrscher seinerseits gemäß der Sitte diszipliniert verhält und dass die Herrschaft dadurch humanisiert wird. Dies galt zum Beispiel auch für eine konfuzianische Kardinalsitte, 孝 [*Xiao*; Ehrfurcht gegenüber den Eltern oder Kindespflicht]. Ihre extensive Auslegung resultierte in der Verpflichtung des Kaisers, sich der despotischen Machtausübung zu enthalten. Diesbezüglich ist auf die folgenden Ausführungen *Konfuzius'* hinzuweisen:

„Auch für den Himmelssohn muss es jemanden geben, den er verehren sollte, nämlich seinen Vater; es muss jemanden geben, der ihm vorausgeht, nämlich seine älteren Brüder. Dass er im Ahnentempel seine Hochachtung zum Ausdruck bringen sollte, bezweckt, ihn an seine Ahnen zu erinnern; dass er sich selbst kultivieren und in seinen Handlungen vorsichtig sein sollte, ist dadurch Pflicht, den Namen seiner Vorfahren keine Schande zu machen.“²⁹⁵

„Wer seine Eltern liebt, wird nicht wagen, sich gegenüber den anderen boshaft zu benehmen; wer auf seine Eltern achtet, wird nicht wagen, sich gegenüber den anderen anmaßend zu benehmen. Es ist sicherlich die Ehrfurcht des Himmelssohns vor seinen Eltern, [auf diese Weise] seine Liebe und Achtung in der Verehrung der Eltern zu erschöpfen, indes seine Tugend sowie Moral auf das Volk einwirkt und der ganzen Welt als Vorbild dient.“²⁹⁶

Nun liegt es auf der Hand, dass *Konfuzius* mit der Vorrangstellung von Tugend

²⁹¹ Vgl. ebenda, S. 199 f.

²⁹² Vgl. 論語 [*Lun-yü*], Kap. 八佾 [*Ba-yi*], 3., 4. u. 26. Abschnitte (übers. in: *Wilhelm*, Gespräche, S. 22 u. 29).

²⁹³ *Heuser*, Einführung in die chinesische Rechtskultur, S. 66.

²⁹⁴ Vgl. 論語 [*Lun-yü*], Kap. 子路 [*Zi-lu*], 6. u. 13. Abschnitte (übers. in: *Wilhelm*, Gespräche, S. 118 u. 120).

²⁹⁵ 孝經 [*Xiao-jing*], Kap. 應感 [*Ying-gan*] (Eigene Übersetzung. Vgl. auch *Fu*, *Genqing/Liu*, *Ruixiang/Lin*, *Zhihe*, The Classic of Filial Piety, S. 29 f.).

²⁹⁶ 孝經 [*Xiao-jing*], Kap. 天子 [*Tien-zi*] (Eigene Übersetzung. Vgl. auch *Fu*, *Genqing/Liu*, *Ruixiang/Lin*, *Zhihe*, a.a.O., S. 5).

und Sitte gegenüber dem gesetzten Recht darauf abzielte, die monarchische Herrschaft zu *mildern*; für den Zweck hingegen, die Unterwerfung der Untertanen unter die Staatsordnung zu erzwingen, galt das Gesetz als ein noch effektiveres Herrschaftsmittel. Allerdings ist die ideelle Gegensätzlichkeit von Sitte und Gesetz nicht so zu verstehen, als ob Erstere mit dem Recht als Zwangsordnung wenig zu tun hätte. Zwar waren die Sitte und die Menschlichkeit hauptsächlich auf die „individuelle moralische Autonomie“²⁹⁷ angewiesen, so dass sie mit dem Einsatz des externen Zwangsmittels kaum zusammenzupassen scheinen. Dennoch ist es durchaus plausibel anzunehmen, dass das Wertsystem der Sitte bzw. die Tugend etwa bei der Beurteilung eines Rechtsstreits erst recht berücksichtigt werden müssten, zumal sie schließlich zur Pflege des harmonischen Zusammenlebens dienen sollten. In diesem Fall ist es nicht mehr überzeugend, die konfuzianische Sitte für etwas anderes als das Recht zu halten, wenn man nur die gesetzten Regelungen schlechthin mit der ganzen Rechtsordnung gleichsetzt²⁹⁸. Auch wenn sich die Sitte und die Tugend dem Schein nach mit den heutigen rechtlichen Regeln nur wenig decken, schließt dies jedoch nicht die Möglichkeit aus, dass so etwas wie rechtliche Prinzipien aus ihnen entnommen und dann als Entscheidungsnorm bei den gewöhnlichen Prozessen angewendet werden.

Ihr Charakter als grundlegendes Element der Rechtsordnungen lässt sich gut verdeutlichen, wenn diesbezüglich auf die Erläuterung *Alexys* über die Prinzipien Bezug genommen wird. Danach sind Prinzipien „Normen, die gebieten, daß etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird“²⁹⁹. Bei ihnen handle es sich also um Optimierungsgebote, das heißt, dass sie in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können, wobei das gebotene Maß ihrer Erfüllung sowohl von den tatsächlichen als auch von den durch gegenläufige Prinzipien und Regeln bestimmten rechtlichen Möglichkeiten abhängt. Demgegenüber seien Regeln „Normen, die stets nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können“³⁰⁰. Es liegt nahe, dass die konfuzianische Sitte und Tugend mit den *Alexy*'schen Prinzipien viel gemeinsam hatten. Sie waren meistens inhaltlich nicht fixiert, sondern abwägungsbedürftig, also je nach konkretem Kontext variabel zu interpretieren. Somit setzte etwa die Feststellung, welche Handlung oder Unterlassung mit der Menschlichkeit, der Gerechtigkeit und der Sitte konform ist, unter Umständen ein die unterschiedlichen Positionen der Gesellschaftsmitglieder berücksichtigendes, zwischen den möglicherweise kollidierenden Tugendnormen abwä-

²⁹⁷ Paul, in: Schubert (Hrsg.), Menschenrechte in Ostasien, S. 75 (95). Vgl. auch Roetz, a.a.O., S. 242 ff.

²⁹⁸ Zur Meinung, dass die konfuzianische Sitte die Einheit von Recht und Ethik verkörpert hat, vgl. Heuser, a.a.O., S. 119.

²⁹⁹ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 75 f.

³⁰⁰ Ebenda, S. 76.

gendes rationales Urteil voraus. Dabei war Einseitigkeit zu vermeiden³⁰¹ und stattdessen Maß und Mitte zu verfolgen³⁰².

Nun braucht man die Herrschaft durch die Sitte und die Tugend nicht als eine mysteriöse Alternative zur Rechtsherrschaft anzusehen. Ihre Grundidee lag lediglich darin, die grenzenlose Gesetzgebung eines monarchischen Herrschers zu verhindern; dem Rechtsstaatsprinzip als solchem stand sie jedoch grundsätzlich nicht entgegen. Die Menschlichkeit und die Gerechtigkeit bzw. das Wertsystem der Sitte sollten nach der konfuzianischen Lehre als eine *positive Staatsordnung* fungieren. Über die Regeln, welche das Rechtsleben konkret ordnen sollten, finden sich zwar wenige Erläuterungen seitens des klassischen Konfuzianismus. Allerdings ist beachtenswert, dass ein großer Teil dieser Regeln – insbesondere im Bereich des Privatrechts³⁰³ – damals dem von der Gesellschaft für sich erzeugten, ungeschriebenen Gewohnheitsrecht angehörte. Genauso wie die Rechtsidee im europäischen Mittelalter³⁰⁴, basierte der konfuzianische Rechtsgedanke auf der Vorstellung des „alten guten Rechts“³⁰⁵, welches „vor und über dem Staat“³⁰⁶ stehe³⁰⁷. Dies gilt auch für die konfuzianische Sitte selbst, weil sie als Inbegriff der überlieferten tugendhaften Verhaltensnormen galt, an welche auch die gesamte Staatsgewalt gebunden werden sollte, um die Akzeptanz der Herrschaft in der Bevölkerung herbeizuführen.

Dieser von der Gewohnheit ausgehende Rechtsgedanke konnte sich freilich im Bereich des Strafrechts bzw. des Verwaltungsrechts nicht durchsetzen. Im China der Kaiserzeit kamen ausgesprochen viele Gesetze in diesen Bereichen zustande. Dazu trug jedoch eine andere politisch-philosophische Strömung, nämlich der Legalismus, bei. Anders als die konfuzianische Schule plädierten die Legalisten für die Setzung des Rechts durch den monarchischen Machthaber, und von der 秦 [*Qin*]-Ära (221 - 206 v. Chr.) an dienten sie den Interessen der Einheitsdynastien, indem sie die Formulierungen der zahlreichen Gesetze unterstützten³⁰⁸. Wegen der Grausamkeit der Sanktionen waren diese Dynastiegesetze anfangs für die konfuzianische Schule überhaupt nicht akzeptabel. Allerdings wurden sie allmählich als Hilfsmittel hingenommen, um die Sitte und die Tugend beim gemeinen Volk durchzusetzen³⁰⁹, nachdem sie ihrerseits ab der 漢 [*Han*]-Ära (206 v. Chr. - 220 n. Chr.) konfuzianisiert wurden, d.h. das Wertsystem der Sitte in die Gesetze übernommen wurde, und sich

³⁰¹ Vgl. 孟子 [*Meng-zi*], Kap. 盡心上 [*Jin-xin I*], 26. Abschnitt (übers. in: *Wilhelm*, *Mong Dsi*, S. 191).

³⁰² Vgl. 論語 [*Lun-yu*], Kap. 雍也 [*Yong-ye*], 27. Abschnitt (übers. in: *Wilhelm*, *Gespräche*, S. 55).

³⁰³ Vgl. *Heuser*, a.a.O., S. 120.

³⁰⁴ Zur Darstellung der mittelalterlichen Rechtsideen vgl. *Kern*, *Recht und Verfassung im Mittelalter*.

³⁰⁵ Ebenda, S. 14.

³⁰⁶ Ebenda, S. 22.

³⁰⁷ Vgl. *Heuser*, a.a.O., S. 66 f.

³⁰⁸ Vgl. *DeAngelis*, in: *Katz* (Hrsg.), *Legal Traditions and Systems*, S. 245; *Heuser*, a.a.O., S. 97.

³⁰⁹ Vgl. *Heuser*, a.a.O., S. 71 u. 76.

die Strafen mehr oder weniger milderten³¹⁰. Dies bedeutet freilich nicht, dass die beiden rechtsphilosophischen Strömungen, die jeweils von einem unterschiedlichen Ansatzpunkt ausgingen, damit zu einer äquilibrierten, gemeinsamen Rechtsidee verschmolzen.

b) Die konfuzianische Rechtskultur in der *Chosun*-Dynastie

Der Gründer der *Chosun*-Dynastie und seine Helfer betrachteten den Konfuzianismus als wichtigen Ausgangspunkt für die Grundlegung der säkularisierten – d.h. vom Einfluss des Buddhismus freien – und zugleich höchst zivilisierten Regierung. Demgemäß versuchten sie in der frühen Zeit der Dynastie eifrig die konfuzianische politische Idee als reale Staatsordnung zu institutionalisieren. Dabei wurden die meisten Institutionen aus dem Ursprungsland des Konfuzianismus eingeführt, allerdings in vielen Fällen sogar in strengerer Form zur Geltung gebracht als in China.

Dazu gehört zum Beispiel das *Institut der Belehrung des Königs* über die konfuzianische Klassik („경연“ [*Gyung-yun*]). Danach musste der König nicht nur während der Kronprinzenzeit, sondern auch nach der Krönung einerseits zur kontinuierlichen Verinnerlichung der konfuzianischen Tugend und Sitte sowie andererseits zum Erhalt aktueller politischer Ratschläge grundsätzlich jeden Tag mehr als dreimal Vorträge hören, welche relativ junge und geistreiche Gelehrte über die konfuzianische Lehre und die damit zusammenhängende Geschichte hielten³¹¹. Verglichen damit, dass die entsprechenden Belehrungsveranstaltungen für den zeitgenössischen chinesischen Kaiser dreimal pro Monat stattfanden³¹², zeigt diese Häufigkeit, welchen großen Wert die *Chosun*-Dynastie der Belehrung des Königs beigemessen hat. Daneben ist auch auf das *Auswahlssystem der Staatsmänner* („과거“ [*Gwa-gu*]) hinzuweisen. Um ein Staatsamt bekleiden zu können, musste man beim Staatsexamen die Reife seiner konfuzianischen Bildung nachweisen, welche ihrerseits das langjährige Studium in der (Primär- bis Hoch-)Schule voraussetzte³¹³.

Neben der konfuzianischen Edukation der politischen Akteure war auch die Organisation der Regierung als solcher eine wichtige Grundlage für die konfuzianische Herrschaft. Hierbei war das politische Forum zu schaffen, in dem der König und die Staatsmänner zur Herbeiführung des konfuzianischen Idealstaats miteinander koope-

³¹⁰ Vgl. Heuser, a.a.O., S. 93-98.

³¹¹ Vgl. Haboush, in: Rozman (Herg.), *The East Asian Region*, S. 95; 함재학 [*Hahm, Chai-hark*], *Confucian Constitutionalism*, S. 178-185.

³¹² Vgl. Haboush, a.a.O., S. 95.

³¹³ Zum Einfluss des Neokonfuzianismus auf das System der Edukation sowie des Staatsexamens in der *Chosun*-Ära vgl. 이성무 [*Yi, Söngmu*], in: de Bary/Haboush (Hrsg.), *The Rise of Neo-Confucianism in Korea*, S. 125 (137-152).

rieren und gegebenenfalls konkurrieren konnten, und zwar dadurch, dass ein Machtgleichgewicht zwischen ihnen hergestellt wurde. Dafür wurde zum einen der *Staatsrat* („의정부“ [U*i*-chun*g*-bu]) als das höchste Konsultationsorgan errichtet, welchem drei funktionell gleichrangige Staatsberater angehörten. Seine Hauptaufgabe bestand darin, nach unten das aus sechs Ministern bestehende Kabinett („육조“ [Yuk-cho]) zu beaufsichtigen und nach oben etwaige willkürliche Anweisungen gegenüber den Ministerien durch den König zu hemmen³¹⁴. Zum anderen waren alle Untertanen befugt bzw. verantwortlich, den König zur Einhaltung der konfuzianischen Tugend und Sitte zu ermahnen. Allerdings gab es darüber hinaus ein insbesondere darauf spezialisiertes, selbständiges Staatsorgan, nämlich das *Amt der Remonstration* („사간원“ [Sa-gan-won]). Damit die ihm angehörenden Beamten das Fehlverhalten des Königs schonungslos kritisieren konnten, wurde gewährleistet, dass sie in Bezug auf ihre kritischen Meinungsäußerungen nicht wegen Aufwiegelung oder Majestätsbeleidigung angeklagt werden konnten³¹⁵. Im Gegensatz dazu oblag die Aufgabe, einen Machtmissbrauch von Staatsmännern zu kontrollieren, dem *Amt der Inspektion* („사헌부“ [Sa-hun-bu]); dieses Staatsorgan war für die Aufdeckung von Verfehlungen jedes Bürokraten und die Anklagen gegen ihn zuständig war. An der Missregierung von König und Staatsmännern pflegten diese beiden Ämter aber häufig gemeinsam Kritik vorzubringen³¹⁶.

Zu den Institutionen, welche gegenüber den Herrschenden die Einhaltung der konfuzianischen Gebote des guten Regierens sichern sollten, gehörte schließlich auch das *System der Historiografie*. Die Historiografen („사관“ [Sa-gwan]) waren fast immer am königlichen Hof anwesend, schrieben alle dortigen Angelegenheiten nieder und kompilierten die Niederschriften erst nach dem Tod des Königs. Um ihre Unabhängigkeit bei der Bewertung der Regierung zu garantieren, waren die Manuskripte weder dem König noch seinem Nachfolger noch den Staatsmännern zugänglich. Nur aus dringenden staatsgeschäftlichen Gründen konnte die Regierung einem im Einzelfall bestimmten Historiografen auftragen, sie über den relevanten Inhalt der kompilierten Dokumente zu informieren³¹⁷. In der *Chosun*-Ära, in der das konfuzianische Geschichtsbewusstsein herrschte, stellte dieses System ein effektives Mittel dar, um die Regierenden von einer despotischen Machtausübung abzuhalten.

Das Rechtssystem der *Chosun*-Dynastie war von ihrer Staatsideologie, dem Konfuzianismus, stark geprägt. Die konfuzianische Lehre des guten Regierens fungierte

³¹⁴ Vgl. 함재학 [Hahm, Chai-hark], a.a.O., S. 173-178.

³¹⁵ Vgl. Haboush, a.a.O., S. 96; 함재학 [Hahm, Chai-hark], a.a.O., S. 188.

³¹⁶ Vgl. 함재학 [Hahm, Chai-hark], a.a.O., S. 187 f.; Mo, in: Bell/Hahm (Hrsg.), *Confucianism for the Modern World*, S. 54 (58).

³¹⁷ Vgl. 함재학 [Hahm, Chai-hark], a.a.O., S. 197-199.

als eine Art konstitutionelle Ordnung³¹⁸. Anhand der ontologischen Denkweise, zu der die damaligen Konfuzianer tendierten, wurden Sitte und Tugend zu *universalen naturrechtlichen Grundnormen* aufgewertet. Die Vorstellung des „alten guten Rechts“ stellte auch hier eine grundlegende Rechtsidee dar. Demzufolge dominierte das Gewohnheitsrecht im Bereich des Privatrechts³¹⁹. Hingegen wurden die straf- sowie verwaltungsrechtlichen Bereiche durch das gesetzte Recht geregelt. In ihrer Gründungszeit rezipierte die *Chosun*-Dynastie das chinesische Strafrecht, 大明律 [*Ta-ming-lü*], welches seinerzeit für höchst fortschrittlich gehalten wurde³²⁰. Ferner befasste sie sich ständig mit der Kodifizierung der von der vorhergehenden „고려“ [*Korea*]-Dynastie (918 - 1392 n. Chr.) übernommenen Regelungen sowie ihrer eigenen Gesetze.

Die ursprünglichen Rechtsetzungen erfolgten meistens in der Form des königlichen Dekrets. Da die gesamte Staatsgewalt damals in der Hand des Königs vereinigt war, hatte das königliche Dekret tatsächlich Gesetzeskraft³²¹. Die Dekrete wurden in der Regel zur Erfüllung des praktischen Bedürfnisses nach einer administrativen bzw. justiziellen Richtlinie beim Verwalten eines konkreten Falls erlassen³²². Deswegen hatten sie in ihrer präzisen sowie spezifischen Fallbezogenheit die Eigenschaft eines Fallrechts³²³. Abgesehen von einigen Ausnahmefällen wurden die meisten Dekrete nicht vom König selbst initiiert, sondern durch den Vorschlag des zuständigen Ministeriums veranlasst, und ihre Entwürfe wurden im Laufe der Diskussionen mit dem Staatsrat bzw. den betroffenen Ämtern verfasst³²⁴. Für ihr Inkrafttreten war nicht nur die Billigung durch den König erforderlich, sondern grundsätzlich auch die Bestätigung durch die *Ämter der Inspektion sowie der Remonstration*, damit diese zuvor die Möglichkeit hatten, die Vereinbarkeit der Erlasse mit den konfuzianischen Rechtsprinzipien zu überprüfen³²⁵.

Die Kodifikation und deren regelmäßige Ergänzungen basierten auf den gesam-

³¹⁸ Vgl. *Smith*, Demokratie und Demokratisierung in Ostasien, S. 61; 함재학 [*Hahm, Chai-hark*], a.a.O., S. 107-113 u. 140-158.

³¹⁹ Vgl. 최대권 [*Choi, Dai-kwon*], in: *Chun/Shaw/Choi*, Traditional Korean Legal Attitudes, S. 54 (64); 전봉덕 [*Chun, Bong-duck*], in: FS für Eckardt zum 75. Geburtstag, S. 121 (135 f.).

³²⁰ Vgl. 박병호 [*Bak, Byoung-ho*], 한국법제사고 [Die koreanische Rechtsgeschichte], S. 415-418.

³²¹ Vgl. 전봉덕 [*Chun, Bong-duck*], in: *Chun/Shaw/Choi*, Traditional Korean Legal Attitudes, S. 1 (7).

³²² Vgl. 박병호 [*Bak, Byoung-ho*], a.a.O., S. 407; *Shaw*, in: *Chun/Shaw/Choi*, Traditional Korean Legal Attitudes, S. 15 (29).

³²³ Vgl. 박병호 [*Bak, Byoung-ho*], a.a.O., S. 419; 임상혁 [*Ihm, Sahng-hyeog*], 조선전기 민사소송과 소송이론의 전개 [Die Entwicklungslage des Zivilprozesses sowie der Prozesslehre zur früheren Zeit der *Chosun*], S. 92-94.

³²⁴ Vgl. 전봉덕 [*Chun, Bong-duck*], a.a.O. (Fn. 321), S. 7.

³²⁵ Vgl. 정궁식 [*Jung, Geung-sik*], in: 서울대학교 법학 [Seoul Law Journal] 42-4 (Dez. 2001), 27 (42 f.); *Shaw*, a.a.O., S. 28.

melten Dekreten. Die Kodifikation zielte darauf ab, etwaige Widersprüche zwischen den Dekreten zu beseitigen, überflüssige Wiederholungen zu vermeiden und die *ratio decidendi* der Präzedenzfälle zu verallgemeinern. Dabei wurde zwischen *ewig anzuwendenden* und *zeitweilig anzuwendenden Regelungen* unterschieden. Nur Erstere wurden dann in das *Große Gesetzbuch* namens „경국대전“ [*Gyung-guk-dae-jun*] und in die nachfolgenden Gesetzbücher³²⁶, welche jeweils entsprechend den sechs Ministerien aus sechs Kodexen bestanden³²⁷, aufgenommen. Bemerkenswert ist, dass die im Gesetzbuch aufgenommenen Regelungen auch gegenüber dem Herrscher selbst Bindungskraft hatten. Das heißt, der König konnte nachher grundsätzlich keine mit dem Gesetz in Widerspruch stehenden Dekrete erlassen. Nur dann, wenn eine Regelung eindeutig nicht mehr als angemessenes Recht anzusehen war, konnte er von der Bindungskraft befreit werden³²⁸. Die traditionalistische Denkweise, die z.B. sagt, *Regelung X gehöre zum alten guten Recht*, galt insofern auch für das gesetzte Recht. Das war auch Ausdruck des Versuchs, die Geltungskraft des Gesetzes nicht bloß mit der voluntativen Entscheidung des Machthabers, sondern eher mit seiner Verfestigung zur Gewohnheit zu begründen.

Dem Anschein nach stimmte das Rechtsetzungssystem der *Chosun*-Dynastie in mehreren Punkten mit der *Common-Law*-Rechtstradition überein. Erstens bildete das Fallrecht eine ursprüngliche Rechtsquelle. Zweitens wurde der Rechtssatz überwiegend induktiv aus den Präjudizen festgestellt. Die Kodifikation stellte eher die Sammlung bzw. Systematisierung des dadurch gefundenen, vorhandenen Rechts dar als die Schaffung ganz neuer Rechtssätze³²⁹. Drittens wurde solchen Rechtssätzen eine Bindungskraft verliehen, aufgrund derer die Abweichung von ihnen sogar dem Entscheider selbst nur ausnahmsweise gestattet wurde.

Allerdings bestand ein wesentlicher Unterschied zum *Common-Law*-Rechtskreis darin, dass es in der *Chosun*-Ära keinen unabhängigen, fachkundigen Richterstand gab. Als Richter fungierten Chefs der regionalen bzw. zentralen Verwaltungsbehörden, die den königlichen Anweisungen unterlagen. Sie beschäftigten sich nicht nur mit der Behandlung von Rechtssachen, sondern auch mit den verschiedenen kleinen oder großen Verwaltungssachen. Sie waren Generalisten, das heißt, sie behandelten jede Art Rechtstreitigkeiten, ohne zivil-, straf- und öffentlich-rechtliche Sachen zu unterscheiden. Auch reichten ihre Rechtskenntnisse nicht bis zu den detaillierten Regeln. Das Staatsexamen für die ordentlichen Staatsmänner prüfte hauptsächlich die Kenntnisse der konfuzianischen Prinzipien und maß den Kenntnissen der kon-

³²⁶ Vgl. Shaw, a.a.O., S. 29.

³²⁷ Vgl. 박병호 [*Bak, Byoung-ho*], a.a.O., S. 414 f.

³²⁸ Vgl. 박병호 [*Bak, Byoung-ho*], a.a.O., S. 419-421.

³²⁹ 박병호 [*Bak, Byoung-ho*], a.a.O., S. 419 f.

kreten Regeln kein großes Gewicht bei. Zwar gab es auch in der *Chosun*-Ära juristische Experten. Sie wurden beim Staatsexamen nach dem Kriterium der Kenntnisse der gesetzlichen Regelungen ausgewählt. Allerdings wurden sie nur als niedere Beamten eingestellt, welche den höheren Verwaltungsbeamten bei der Entscheidung des Rechtsstreits assistieren sollten³³⁰. Die höheren Beamten, die zugleich als Richter tätig werden mussten, tendierten dazu, die Anwendung des Gesetzes als bloß technische Arbeit gering zu schätzen, die Recherche der gesetzlichen Regelungen bzw. ihre Interpretation eher den unteren Beamten zu überlassen und sich selbst nur mit den prinzipiellen Fragen zu beschäftigen. All dies trug nicht zuletzt dazu bei, dass die Entwicklung der Jurisprudenz bis gegen Ende des 19. Jahrhunderts stagnierte³³¹.

2. Die Rezeption der *Civil-Law-Tradition*

Das heutige koreanische Rechtssystem gestaltet sich ganz anders als das der *Chosun*-Dynastie. Denn mittlerweile wurde das japanische Recht mit seiner im Wesentlichen deutschen Prägung rezipiert. Dadurch zeigen sich nunmehr viele für den *Civil-Law*-Rechtskreis typische Eigenschaften: umfangreiche Kodifikation, Berufsrichter, kein Fallrechtssystem, kein *stare-decisis*-Prinzip usw. Allerdings stellt sich noch die Frage, ob und wie fest die *Civil-Law*-Rechtstradition im modernen koreanischen Rechtsleben verwurzelt ist. Diese Frage ist eine Untersuchung wert, weil zwischen der traditionellen koreanischen Rechtskultur und der *Civil-Law*-Rechtskultur eine tiefe Kluft bestand. Hierbei geht es um die konkreten Vorgänge der Rezeption der fremden Rechte, die durch politische sowie geschichtliche Gegebenheiten bedingt wurden.

a) Die eine Rechtsrezeption erzwingenden Zeitumstände

Nachdem Korea im Jahre 1876 vor dem Hintergrund der militärischen Bedrohung schließlich der japanischen Forderung, den sog. „Freundschaftsvertrag“ mit Japan abzuschließen, hatte nachgeben müssen, änderte sich seine bis dahin dauernde Abschließungspolitik. Um ein Gleichgewicht in Ostasien zwischen den Großmächten zu schaffen und dadurch seine Selbständigkeit und Sicherheit international zu gewährleisten, nahm Korea auch mit vielen westlichen Ländern nacheinander diplomatische Beziehung auf. Im Jahre 1882 wurde beispielsweise der Freundschafts- und Handelsvertrag mit den USA abgeschlossen, danach folgten gleichartige Verträge

³³⁰ Vgl. 최대권 [Choi, Dai-kwon], a.a.O., S. 68 f.

³³¹ Vgl. 최중고 [Choi, Chong-ko], in: Reh binder/Sonn (Hrsg.), Zur Rezeption des deutschen Rechts in Korea, S. 29 (30).

mit Großbritannien und Deutschland im Jahre 1883, mit Italien und Russland im Jahre 1884 und mit Frankreich im Jahre 1886.

Auf diese Weise wurde Korea als neuer Absatzmarkt der kapitalistischen Weltordnung angegliedert. Dementsprechend war auch die Einführung von Institutionen, welche den wirtschaftlichen Verkehr mit den Handelspartnerländern rechtlich unterstützen sollten, unvermeidbar. Ein Bedürfnis hierfür wurde am Anfang wahrscheinlich von den Großmächten gesehen. Sie setzten daher beim Abschluss des Handelsvertrags ausnahmslos die Errichtung einer Konsulargerichtsbarkeit durch, was bedeutete, dass sich die Angehörigen der Vertragspartnerstaaten auf koreanischem Territorium nicht der koreanischen Gerichtsbarkeit unterwarfen. Dies stellte für Korea eine Beschränkung seiner Souveränität im Bereich der Jurisdiktion dar. Für die Beseitigung der Konsulargerichtsbarkeit war aber eine sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene akzeptable Reform des heimischen Rechts- bzw. Justizsystems eine unabdingbare Voraussetzung³³².

b) Die unvollendete Rechtsreform im Endstadium der *Chosun*-Dynastie

Die Rechtsreform war auch für die Modernisierung Koreas unerlässlich. Der Drang nach einer staatlichen Reform erreichte seinen Höhepunkt, als verarmte Bauern in der südwestlichen Region der koreanischen Halbinsel im Jahre 1894 gegen die Ausbeutung durch korrupte Beamte revoltierten. Daraufhin führte die *Chosun*-Dynastie im selben Jahr eine groß angelegte Reform zur Modernisierung durch, wobei z.B. die Ständeordnung und alte, der neuen Epoche nicht mehr angemessene Institutionen (z.B. das System der Auswahl von Staatsmännern mittels einer Staatsprüfung über die konfuzianische Klassik) abgeschafft wurden. Im nächsten Jahr wurde beschlossen, von den regionalen Verwaltungsbehörden getrennte Gerichte zu errichten, und zur Ausbildung der notwendigen Richter wurde eine moderne Richterakademie gegründet³³³.

Bemerkenswert ist, dass diese Reformmaßnahmen meistens mithilfe einer an der neuen Ordnung orientierten, raschen Gesetzgebung durchgeführt wurden. Angesichts der traditionellen Rechtsidee war dies freilich ungewöhnlich. In theoretischer Hinsicht waren die damaligen aktiven Rechtsetzungen vielleicht dem zu jener Zeit neu eingeführten Begriff „Souveränität“ zu verdanken, welcher sicherlich eine ande-

³³² Vgl. 정종욱 [Tjong, Zong-uk], in: FS für Welzel, S. 277 (280); Reh binder, in: ders./Sonn (Hrsg.), Zur Rezeption des deutschen Rechts in Korea, S. 5 (7 f.); Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 285 f. u. 291.

³³³ Vgl. 최종고 [Choi, Chong-ko], a.a.O., S. 49.

re Nuance hatte als der konfuzianische Begriff „*himmlisches Mandat*“³³⁴ und anscheinend beim Abschluss des sog. Freundschaftsvertrags mit Japan erstmals in Korea bekannt geworden war³³⁵. Allerdings verabschiedete sich die *Chosun*-Dynastie nicht vollkommen von der konfuzianischen Sitte und dem alten Recht. Sie wollte das durch die rasche Reform verursachte Durcheinander von altem und neuem Recht mit dem Prinzip „*구본신참*“ [*Gu-bon-sin-cham*] vermindern. Danach sollte Ersteres als grundlegende Regelung gelten, während Letzteres nur ergänzend berücksichtigt werden sollte. Insofern wurde der traditionalistische Rechtsgedanke nicht grundlegend geändert. Ein solcher Dogmatismus führte aber im Ergebnis zur Verlangsamung des Reformvorgangs.

c) Die Übernahme des *Civil-Law*-Rechtssystems in Korea unter der japanischen Kolonialherrschaft

aa) Bezüglich der Rezeption des westlichen Rechts übernahm Japan in Ostasien eine Vorreiterrolle. Die im Jahre 1868 unter dem Namen „*明治維新*“ [*Meiji-Restauration*] gegründete japanische Regierung, deren staatliche Institutionen anlässlich dieses politischen Umbruchs fast vollständig neu gebildet werden mussten, führte eine umfassende Rezeption des fremden Rechtssystems durch. Dabei wurde zwar sorgfältig geprüft, wie die westlichen Rechte in der japanischen Gesellschaft angepasst werden könnten, allerdings wurde den eigenen, feudalen Rechtsgebräuchen kaum Platz in den neuen Gesetzen gegeben³³⁶. Gerade in diesem Punkt war die japanische Verhaltensweise ganz anders als die der damaligen koreanischen Regierung, welche als alte, schon ungefähr 500 Jahre währende Monarchie die Tendenz zeigte, auf das traditionelle Recht zu beharren.

Bei der Auswahl des zu rezipierenden Mutterrechts in Japan schied das anglo-amerikanische Recht aus. Dem Land, das nach einer raschen Verwestlichung des Rechts strebte, erschien das Fallrechtssystem, verglichen mit dem kodifizierten Recht, als unübersichtlich und nicht einfach zu übernehmen. Als Vorbild fungierten deshalb am Anfang das französische Recht und dann das deutsche Recht. Dass die-

³³⁴ Lässt sich der Begriff „Souveränität“ in einer absoluten Monarchie mit der bekannten Floskel „*L'État, c'est moi!*“ identifizieren, so war ein derartiger Begriff der *Chosun*-Dynastie schlechterdings fremd. Das Wort „Mandat“ deutet schon darauf hin, dass der Staat einem König nicht zur beliebigen Disposition steht, sondern diesem lediglich *anvertraut* ist. Auch bei der Ausübung hoheitlicher Befugnisse handelte es sich somit eher um die Erfüllung einer königlichen *Pflicht* als um die Inanspruchnahme eines Rechts. Für die konfuzianisch ausgebildeten Herrschenden stellte sich Gesetzgebung sicherlich eine Aufgabe dar, welche große Behutsamkeit erforderte.

³³⁵ Vgl. *전종익* [*Chon, Jong-ik*], *근대주권개념의 수용과 전개* [Introduction and Development of the Modern Idea of Sovereignty], S. 73.

³³⁶ Vgl. *Masasuke Ishibe*, in: *Coing/Hirano/Kitagawa* u.a. (Hrsg.), *Die Japanisierung des westlichen Rechts*, S. 63 (64).

ses Recht im Lauf der Zeit das andere Recht verdrängte, erklärt sich nicht nur aus der Tatsache, dass es sich bei dem deutschen Recht um die neuesten Kodifikationen handelte, welche mithilfe der hochentwickelten Rechtsdogmatik äußerst klar systematisiert worden waren, sondern auch aus politischen Faktoren. Da war zum einen das „Prestige“³³⁷ Deutschlands als militärisch starkes Land. Sein Sieg über Frankreich im Jahre 1871 beeindruckte nämlich die japanische Regierung. Zum anderen ist auf die „Sympathie für Deutschland als Kaiserreich“³³⁸ hinzuweisen. Insbesondere bei der Erarbeitung des Entwurfs der Verfassung wurde überwiegend die *preußische konstitutionelle Monarchie* berücksichtigt³³⁹. In der Folge orientierten sich sämtliche Reformarbeiten am deutschen Recht³⁴⁰.

bb) Die Modernisierungspolitik Japans ging bald in den Imperialismus über. Vor dem Hintergrund der inzwischen auffällig verstärkten wirtschaftlichen sowie militärischen Macht hegte der nun kapitalistisch reformierte Inselstaat Ambitionen auf das asiatische Festland. Im Ergebnis wurde Korea im Jahre 1910 der japanischen Kolonialherrschaft unterworfen³⁴¹. Das hatte für das koreanische Rechtsleben rasante Veränderungen zur Folge. Der japanische Generalgouverneur in Korea wurde 1911 auf Grundlage des japanischen Gesetzes Nr. 30 ermächtigt, selbst gesetzliche Regelungen zu erlassen (§ 1) und/oder einen Teil der japanischen Gesetze innerhalb Koreas in Kraft zu setzen (§ 4). Daraufhin wurde eine Reihe japanischer Gesetze aufgrund der Verordnungen des Generalgouverneurs auch in Korea in Kraft gesetzt. Das stellte für Korea eine mittelbare, aber umfassende Einführung des *deutschen* Rechtssystems – genauer: von Regelungen bzw. Rechtsgedanken *preußisch-japanischen* Stils – dar.

„Je totalitärer eine Gesellschaft [...] ist, desto größer ist die Aussicht, raschen sozialen Wandel mit Hilfe des Rechts zu bewirken.“³⁴² Dies war in Korea unter der japanischen Kolonialherrschaft der Fall. Der japanische Generalgouverneur übte tatsächlich eine allmächtige Gewaltherrschaft über das im Besatzungszustand leben-

³³⁷ Reh binder, a.a.O., S. 8.

³³⁸ Wendehorst, in: Jehle/Lipp/Yamanaka, Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht, S. 19 (23).

³³⁹ Vgl. Miyazawa Toshiyoshi, Verfassungsrecht, S. 18.

³⁴⁰ Vgl. Masasuke Ishibe, a.a.O., S. 68; Ryuichi Hirano, in: Coing/Hirano/Kitagawa u.a. (Hrsg.), Die Japanisierung des westlichen Rechts, S. 387.

³⁴¹ Bei dieser „Kolonialherrschaft“ handelt es sich eher um eine Okkupation als um eine Annexion. Zum Nichtbestehen (im rechtlichen Sinne) des angeblich am 22. 8. 1910 zwischen Japan und Korea abgeschlossenen sog. „Annexionsvertrags“ vgl. 이태진 [Yi, Tae-jin], in: ders./백충현 [Baek, Choong-hyun], u.a. (Hrsg.), 한국병합의 불법성 연구 [Untersuchungen über die Rechtswidrigkeit der Annexion Koreas], S. 4-60.

³⁴² Reh binder, a.a.O., S. 12.

de koreanische Volk aus. Er übernahm die Exekutive sowie die Legislative und schließlich ordnete er sich sogar der Judikative über³⁴³. Die Grundrechte, die damals in der sog. *Meiji*-Verfassung Japans geregelt waren, wurden der koreanischen Bevölkerung nicht gewährt³⁴⁴. Vielmehr herrschte ein extremer Legalismus in dem ehemals konfuzianistischen Land. Das gesetzte Recht musste freilich in erster Linie dem effektiven Regieren der Kolonie dienen. Die brutale Unterdrückung koreanischer Widerstände und der „kulturelle Genozid“³⁴⁵ erfolgten auch gerade im Namen des Gesetzes oder mit dessen Billigung³⁴⁶. Zwar wurde die konfuzianische Rechts-tradition während der japanischen Herrschaft entscheidend unterbrochen, die Abneigung gegen Gesetze verschärfte sich aber noch viel mehr.

d) Die fortgesetzte Rechtsrezeption

Am 15. 8. 1945 wurde Korea mit der Kapitulation Japans im Zweiten Weltkrieg von der japanischen Kolonialherrschaft befreit. Allerdings bedeutete dies keine sofortige Unabhängigkeit Koreas. Die USA und die Sowjetunion teilten die koreanische Halbinsel entlang des 38. Breitengrades auf und besetzten jeweils einen Teil davon. Diese Besatzung, welche später zur Teilung Koreas führte³⁴⁷, dauerte bis 1948. Während dieser Zeit behielten die japanischen Regelungen – mit Ausnahme einiger von der amerikanischen Militärregierung ausdrücklich abgeschaffter Reglements – auf Grundlage der Besatzungsverordnung Nr. 21 (2. 11. 1945) provisorisch innerhalb der südlichen Besatzungszone ihre Gültigkeit.

Am 17. 7. 1948 wurde die Verfassung der Republik Korea, die sich weitgehend am Vorbild der Weimarer Verfassung orientierte³⁴⁸, verkündet. Diese Verfassung erklärte in Art. 100, die unter der fremden Herrschaft gesetzten Regelungen, einschließlich der obigen Besatzungsverordnung Nr. 21, zu übernehmen. Dadurch konnten die japanischen Gesetze weiterhin angewendet werden. Mittlerweile wurden die japanischen Gesetze alle entweder durch eigene koreanische Gesetze ersetzt oder einfach abgeschafft. Allerdings hinterließ das japanische Recht eine unver-

³⁴³ Vgl. 박병호 [Bak, Byoung-ho], 한국법제사고 [Die koreanische Rechtsgeschichte], S. 435 ff.

³⁴⁴ Vgl. 최대권 [Choi, Dai-kwon], in: Chun/Shaw/Choi, Traditional Korean Legal Attitudes, S. 54 (77).

³⁴⁵ Dazu zählen beispielsweise die Verwüstungspolitik gegenüber der koreanischen Sprache, die Er-zwingung der Umwandlung des Familiennamens des koreanischen Stils in den des japanischen Stils und die obligatorische Teilnahme am täglichen *Shinto*-Ritual. Vgl. Seelmann, Hoo Nam, in: Neue Zürcher Zeitung vom 5. Mai 2007 (<http://www.nzz.ch/2007/05/05/li/articleEB906.html>). Zum Begriff des „kulturellen Genozid“ vgl. Selbmann, Der Tatbestand des Genozids im Völkerstrafrecht, S. 219.

³⁴⁶ Vgl. 조규창 [Cho, Kyu-chang], in: Reh binder/Sonn (Hrsg.), Zur Rezeption des deutschen Rechts in Korea, S. 59 (63); 최대권 [Choi, Dai-kwon], a.a.O., S. 78-80.

³⁴⁷ Zur Geschichte der Teilung Koreas vgl. Kleiner, Korea – Auf steinigem Pfad, S. 59 ff.

³⁴⁸ Vgl. 김효전 [Kim, Hyo-jeon], JöR n.F. 35 (1986), 574 (588 ff.).

kennbare Spur in den koreanischen Gesetzen, so dass die Grundlagen des Rechtssystems seit der japanischen Herrschaft unverändert sind.

Indes erscheint das Vertrauen der koreanischen Bevölkerung gegenüber Gesetzen noch nicht gefestigt. Dies ist nicht zuletzt auf die Erfahrungen unter dem langjährigen autoritären Regime zurückzuführen. Nachdem sich die Republik Korea im Jahre 1948 etabliert hatte, dauerte die diktatorische Herrschaft fast vierzig Jahre lang. Den Hintergrund für diesen politischen Irrweg bildeten die mit der Besetzung durch die beiden Siegermächte geschaffene, unversöhnliche Gegensätzlichkeit zwischen linkem und rechtem Flügel, der im Jahre 1950 ausgebrochene Koreakrieg, welcher binnen drei Jahren die ganze koreanische Halbinsel völlig ruiniert hatte, und die darauf folgende, drückende Armut sowie die drohende Gefahr des Wiederausbruchs des Krieges. Vor allem hatten die Koreaner kein ausreichendes demokratisches Bewusstsein, so dass die Diktatur einfach als Preis für die Sicherheit des Staates und die rasante wirtschaftliche Entwicklung in Kauf genommen wurde. Erst gegen Ende der achtziger Jahre konnten sie ihren unterdrückten, starken Drang nach Demokratisierung verspüren. Während der autoritären Herrschaft fungierte das parlamentarische Gesetz nicht selten als Unterdrückungsmittel zur Bewahrung des Regimes, so dass das Misstrauen gegen das gesetzte Recht, welches zum einen der konfuzianischen Rechtstradition entstammt und zum anderen unter der japanischen Kolonialherrschaft verstärkt worden war, nicht schwinden konnte.

Wohl aus diesen Gründen haben Koreaner meistens eine positive Einstellung zum juristischen Aktivismus. Neuerdings beginnen sie zwar angesichts einiger in der Öffentlichkeit sehr umstrittener Entscheidungen des koreanischen Verfassungsgerichts³⁴⁹ die sog. „*counter-majoritarian difficulty*“³⁵⁰ ernst zu nehmen. Allerdings beanstanden viele Koreaner nach wie vor vehement, dass die koreanische Judikative zu bürokratisch sei und dass die meisten Richter nur an die mechanische Gesetzesanwendung gewöhnt seien. Sie sind immer bereit, die rechtspositivistische Haltung von Richtern scharf zu kritisieren und die amerikanischen Richter als alternatives Vorbild darzustellen.

³⁴⁹ Zum Beispiel entstand durch die sog. „Hauptstadt-Umsetzung“-Entscheidung (KVerfGE 16-2 [II], 1) vom 21. Okt. 2004, mit der das koreanische Verfassungsgericht ein Gesetz über die Umsetzung der Hauptstadt für verfassungswidrig erklärte, wegen ihres fragwürdigen Arguments, dass es sich bei der Umsetzung der Hauptstadt um die Änderung eines ungeschriebenen Verfassungsgewohnheitsrechts handle, eine gegenüber der demokratischen Legitimität der Verfassungsrechtsprechung kritische öffentliche Meinung.

³⁵⁰ *Bickel, The Least Dangerous Branch*, S. 16-18.

3. Fehlen des rechtskulturellen Anhaltspunkts für die *Cappelletti*'sche These

Aus der bisherigen Betrachtung ist Folgendes festzuhalten: Das koreanische Rechtssystem wurde, weitgehend beeinflusst vom *Civil-Law*-Rechtssystem, umgeformt. Allerdings heißt das nicht, dass die heutige koreanische Rechtskultur ohne Weiteres mit der des *Civil-Law*-Rechtskreises gleichgesetzt werden kann. Aus rechtstraditionellen bzw. politisch-geschichtlichen Gründen ist das Rechtsverständnis des koreanischen Volkes nicht so stark an positiven Gesetzen orientiert wie in Kontinentaleuropa. Bis zur Demokratisierung der achtziger Jahre erschien das gesetzte Recht für das Publikum nur zufällig rechtens.

Die Annahme, dass koreanische Juristen die Entfremdungserscheinung zwischen Gesetz und Recht nicht bemerkt hätten, ist freilich verfehlt. Wegen der scharfen Auseinandersetzungen in der Öffentlichkeit müssten sie sie vielmehr am stärksten empfunden haben. Wenn sie sich dennoch bei der Ausübung des richterlichen Prüfungsrechts zurückgehalten haben, ist dies wohl lediglich auf die institutionelle Unterdrückung durch die autoritäre Herrschaft zurückzuführen; mit der Demokratisierung geht die koreanische Richterschaft voller Eifer an die Gewährleistung der verfassungsrechtlichen Wertordnung³⁵¹.

Vor diesem Hintergrund hat die *Cappelletti*'sche These in Korea keine sichere Basis für ihre Anwendbarkeit. Bei aller Implikation bzw. Rezeption des *Civil-Law*-Rechtssystems bietet die koreanische Rechtstradition und Rechtskultur für sich genommen keinen sicheren Anhalt für die Errichtung eines verselbständigten Verfassungsgerichts. Nicht überzeugend wäre damit jeder Versuch, die Notwendigkeit des Verfassungsgerichts allein auf das in Korea überwiegend rezipierte *Civil-Law*-Rechtssystem zu stützen.

II. Die heutige justizielle Lage

1. Die Besonderheiten der koreanischen Gerichtsorganisation

Abgesehen von der Verfassungsgerichtsbarkeit ist die koreanische Gerichtsbarkeit einheitlich aufgebaut. Sie besteht aus dem Obersten Gerichtshof (KOGH) als höchstes Instanzgericht und den unteren Gerichten (Art. 101 Abs. 2 KV). Zu den nach dem Gerichtsverfassungsgesetz errichteten Gerichten gehören in erster Linie fünf Oberlandesgerichte und achtzehn Landgerichte. Daneben gibt es auch ein Patentgericht, welches als mit den Oberlandesgerichten gleichrangiges Gericht seit 1998 tätig ist, ein Familiengericht (seit 1963) und ein Verwaltungsgericht (seit 1998). Die letz-

³⁵¹ Vgl. 김시철 [Kim, Si-cheol], in: 공법연구 [Public Law] 35-4 (Jun. 2007), 75 (118 ff.).

ten beiden Gerichte sind mit den Landgerichten gleichrangig und ihre Gerichtsbezirke beschränken sich auf Seoul, so dass außerhalb von Seoul die entsprechende Zuständigkeit den normalen Landgerichten zugewiesen ist. Bei Patentfällen gestaltet sich die Gerichtsbarkeit zweistufig, bei den sonstigen Fällen hingegen normalerweise dreistufig.

Der KOGH ist zuständig für alle Arten von Revisionsachen, d.h., das Gericht beschäftigt sich nicht nur mit Zivil- und Strafsachen, sondern auch mit Verwaltungs- sowie Patentsachen. In diesem Punkt unterscheidet sich die Organisation der koreanischen höchsten Gerichtsbarkeit von dem Aufbau der deutschen, welche sich aus den je nach Fachgebiet spezialisierten fünf obersten Gerichtshöfen zusammensetzt. Des Weiteren besteht der KOGH aus einer geringeren Zahl Richter, nämlich aus dem Präsidenten des KOGH, welchen der Staatspräsident mit Zustimmung der Nationalversammlung ernannt (Art. 104 Abs. 1 KV), und 13 weiteren Richtern, welche der Staatspräsident auf Vorschlag des Präsidenten des KOGH und mit Zustimmung der Nationalversammlung ernannt (Art. 104 Abs. 2 KV, § 4 Abs. 2 KGVG).

Der KOGH kann wiederum in mehrere Senate eingeteilt werden, welche jeweils aus mehr als 3 Richtern bestehen sollten (Art. 102 Abs. 1 KV, § 7 Abs. 1 Satz 2 KGVG). In der Praxis werden die meisten Fälle von den Senaten erledigt. Nur in einer beschränkten Anzahl von Fällen trifft das Plenum Entscheidungen. Die Plenumsentscheidung ist aufgrund § 7 Abs. 1 Satz 2 KGVG obligatorisch:

1. wenn der KOGH eine Rechtsverordnung für verfassungswidrig bzw. gesetzeswidrig erklären will,
2. wenn der KOGH bezüglich der Auslegung bzw. Anwendung der Verfassung oder anderer Rechtsnormen von seiner früheren Entscheidung abweichen will, oder
3. wenn es nicht für angemessen gehalten wird, dass der fragliche Fall von einem Senat entschieden wird.

Jedenfalls kann der KOGH, sei es ein Senat oder das Plenum, die Verfassungswidrigkeit der Ausgangsentscheidung feststellen, denn neben dem Verstoß gegen andere Rechtsnormen kann sie als selbständiger Grund der Revision bzw. Rechtsbeschwerde jeder Art, für deren Entscheidung der KOGH zuständig ist, vorgebracht werden (§ 423, § 442, § 448 KZPO, § 383, § 415, § 419 KStPO, § 8 Abs. 2 KVerwPO).

In Korea gibt es allerdings bezüglich des Zugangs zum KOGH weder ein freies Annahmeverfahren, das dem amerikanischen „*writ of certiorari*“ entspricht, noch eine Revisionsbeschränkung durch ein Zulassungsverfahren, wie es etwa in Deutschland auf Grundlage des § 543 ZPO oder des § 132 VwGO durchzuführen ist. Somit kann der Revisionsführer in Korea mit der Einreichung der Revisionschrift ohne Weiteres den fraglichen Fall beim KOGH anhängig machen. Als Vorkehrung

gegen die Überbelastung des KOGH besteht lediglich eine einzigartige Regelung, der zufolge der KOGH in Zivil- und Verwaltungssachen dann *ohne Entscheidungsbe-gründung* die Revision zurückweisen kann, wenn die Revisionschrift keine gesetzlich bestimmten Revisionsgründe enthält oder wenn die Behauptung des Revisionsführers als solche zu unschlüssig bzw. gar irrelevant ist (§ 4 Abs. 1 u. 3, § 5 Abs. 1 Sondergesetz über das Revisionsverfahren). Diese nicht unumstrittene Regelung, welche im Jahre 1994 in Kraft trat, ist eine Art Alternative zum Institut der Zulassungsrevision, welche 1981 in Korea eingeführt worden war, jedoch 9 Jahre später wegen des öffentlichen Vorwurfs, dass sie unverhältnismäßig in das Grundrecht auf rechtliches Gehör eingreife, abgeschafft wurde. Dieser Vorwurf mag rechtsdogmatisch nicht einwandfrei sein, er enthielt jedoch aus der rechtspolitischen Perspektive einen bedeutsamen Hinweis auf die heutige Situation der koreanischen Justiz. Bevor auf diese weiter eingegangen wird, ist es sinnvoll, einen weiteren rechtskulturellen Hintergrund mit zu berücksichtigen, der im Folgenden dargelegt wird.

2. Abneigung gegen Rechtsstreitigkeiten als Teil der koreanischen Rechtskultur?

a) Bestandsaufnahme

Nach der üblichen Sichtweise der ostasiatischen Rechtskultur hat man dort unter dem Einfluss des Konfuzianismus tendenziell eine große Scheu davor, Rechtsstreitigkeit vor Gericht auszutragen³⁵². Eine solche Erscheinung kann vielleicht in einigen asiatischen Ländern empirisch beobachtet werden. Freilich ist zweifelhaft, ob ein derartiges Verständnis verallgemeinert werden kann. Zum Beispiel stellte ein amerikanischer Rechtswissenschaftler, *William Shaw*, die koreanische Rechtskultur folgendermaßen dar:

³⁵² *Zweigert/Kötz*, a.a.O., S. 282 f.: „Der vorbildliche Mensch ist nach der Vorstellung der Konfuzianer derjenige, der aus Einsicht in die natürliche Ordnung der Welt jene Verhaltensregeln als notwendig und sinnvoll erkennt, sie freiwillig befolgt und daher seine eigenen Interessen um der Wahrung jener Harmonie willen in Bescheidenheit und Demut zurückstellt. Damit wird deutlich, daß der Konfuzianismus keine hohe Meinung von den Regeln des Rechts und ihrer Bewährung vor Gericht haben konnte. [...] Als klüger und tugendhaft galt es, in einer Konfliktsituation in gewissem Umfang nachzugeben, erlittene Unbill hinzunehmen und sich dadurch in den Augen der Gemeinschaft und der Gottheit sublimen Verdienste zu erwerben.“ Zu ähnlichen Beschreibungen vgl. auch etwa *Heuser*, Einführung in die chinesische Rechtskultur, S. 122; *Glenn*, Legal Traditions of the World, S. 310. Allerdings ist zu beachten, dass die Sittlichkeit (禮) nicht nur eine individuelle ethische Seite hatte, sondern auch eine gesellschaftliche bzw. rechtliche Seite, und dass sie im konfuzianischen Glossar sehr häufig zusammen mit der Gerechtigkeit (義) – nebeneinanderstehend – ein Begriffspaar (禮義) bildete. Die Trennung der Sittlichkeit von der Gerechtigkeit und die Beschränkung der Sittlichkeit auf die individuelle Ethik führt den falschen Eindruck herbei, dass der Konfuzianismus an sich mit dem Recht nichts zu tun hat.

„Some accounts of traditional Chinese law suggest that most people sought to avoid involvement with the courts and with the legal process at all costs. This was true for Korea only with some qualifications. It scarcely applies at all, for example, with respect to civil suits. Available records from the early part of the Yi period on through the seventeenth and eighteenth centuries indicate that where land, slave ownership, or grave-site plots in particular were at stake, Koreans of all classes possessed a strong sense of entitlement and in fact ‚loved to litigate‘.³⁵³

Ein koreanischer Rechtswissenschaftler, 최병조 [Choe, Byoung-jo], ist der gleichen Auffassung. Nach ihm gibt es Hinweise zur Genüge dafür, dass die Koreaner sich stets ihres eigenen Rechtes bewusst waren und nicht einmal davor zurückscheuten, einen mehrere Generationen dauernden Prozess zu führen, wobei die Heftigkeit dabei nicht selten alles Maß überstiegen habe³⁵⁴. Die unterschiedlichen Reaktionsweisen in fernöstlichen Ländern sind vermutlich davon abhängig, ob eine inoffizielle Institution entwickelt worden ist, durch welche eine Vermittlung zwischen den Streitparteien ohne Eingriff eines staatlichen Rechtsprechungsorgans effektiv durchgeführt werden konnte³⁵⁵. Dass eine solche Institution in der koreanischen Tradition nicht so tief verwurzelt war, kann vielleicht die Neigung von Koreanern zur staatlichen Beilegung des Rechtsstreits zum Teil erklären.

b) Die prozessuale Rechtslage in der Chosun-Dynastie

Noch konkreter lässt sich die prozessuale Rechtslage in der Chosun-Dynastie wie folgt beschreiben:

Zunächst ist nicht zu leugnen, dass es damals gewiss eine Abneigung gegen Rechtsstreitigkeiten gab. Dies hing sicherlich mit der Lehre Konfuzius' zusammen. Er sagte nämlich: „Im Anhören von Klagesachen bin ich nicht besser als irgendein anderer. Woran mir aber alles liegt, das ist, zu bewirken, dass gar keine Klagesachen entstehen.“³⁵⁶ Dem folgend versuchte die Chosun-Dynastie die Neigung zur Klageerhebung in vielfacher Weise zu unterdrücken. Dies kam beispielsweise in einem „sehr verräterischen Sprichwort“³⁵⁷ zum Ausdruck, welches lautete: „Willst du dein Vermögen vergeuden und dich selbst ruinieren, dann prozessiere!“ Außerdem wurden damalige Prozessadvokaten, sog. „외지부“ [Ö -si-bu], alle als Verbrecher angesehen, welche für ihren eigenen Profit Prozessparteien zur betrügerischen Prozessdurchführung bzw. vorsätzlichen Prozessverzögerung anstifteten, und seit dem Jahre

³⁵³ Shaw, in: Chun/Shaw/Choi, Traditional Korean Legal Attitudes, S. 15 (42 f.).

³⁵⁴ 최병조 [Choe, Byoung-jo], in: Behrends (Hrsg.), Jherings Rechtsdenken, S. 32 (35 f. u. 59).

³⁵⁵ Vgl. Shaw, a.a.O., S. 47; 최병조 [Choe, Byoung-jo], a.a.O., S. 59.

³⁵⁶ 論語 [Lun-yu], Kap. 顏淵 [Yan-yuan], 13. Abschnitt (übers. in: Wilhelm, Gespräche, S. 111).

³⁵⁷ 최병조 [Choe, Byoung-jo], a.a.O., S. 59.

1478 mit strengen Strafen bedroht, bis ihre Berufstätigkeit im Jahre 1895 gesetzlich anerkannt wurde³⁵⁸.

Auf der anderen Seite galt es freilich gerade als Tugend der Herrschenden, den Groll des Volkes durch möglichst vernünftige Entscheidungen zu besänftigen. Jedenfalls sollten der konfuzianischen Idee zufolge Untertanen ihre Anliegen an die Herrschenden herantragen können und diese mussten sie anhören und befriedigen. Dementsprechend wurde eine Reihe von prozessualen Institutionen entwickelt.

Die Beschäftigung mit Rechtsstreitigkeiten war zunächst Aufgabe der Magistrate. Die Fähigkeit, Rechtsstreitigkeiten problemlos beizulegen, wurde als eine wichtige Qualifikation für Bürokraten betrachtet³⁵⁹. Wer durch eine Entscheidung beschwert war, konnte nicht nur die höheren Staatsbeamten anrufen, sondern auch dieselbe Klage wiederholt erheben, weil damals der Begriff „Rechtskraft“ nicht bekannt war. Fast uferlose Rechtsstreitigkeiten veranlassten aber die *Chosun*-Dynastie dazu, eine Art Prozesshindernis namens „삼도득신법“ [*Sham-do-deuk-shin-bub*] einzuführen. Danach konnte eine Prozesspartei, die in zwei aufeinanderfolgenden Prozessen oder in insgesamt drei Prozessen schon zweimal gewonnen hatte, gegen eine neue Klageerhebung ihre Überlegenheit in den vorigen Rechtsstreiten einwenden³⁶⁰.

Als *Ultima Ratio* gab es außerdem eine außerordentliche Abhilfemöglichkeit durch den König³⁶¹. Jedermann, der ein Unrecht erfahren hatte, hatte die Möglichkeit, sich direkt *beim König* darüber zu beschweren, indem er die Trommel namens „신문고“ [*Shin-mun-ko*] schlug, welche nach dem chinesischen Vorbild im Jahre 1401 erstmals vor dem Palast des Königs aufgestellt wurde. Wegen der querulatorischen Beschwerden waren die Voraussetzungen allerdings streng. Zum Beispiel musste man vor dem Schlagen der „*Shinmunko*“ alle gesetzlich vorgeschriebenen Abhilfemöglichkeiten *durch Bürokraten*, deren letzte beim *Amt der Inspektion* lag, erschöpfen. Ferner waren Anzeigen durch einen Nichtbetroffenen gegen ihm übergeordnete Beamte – ausgenommen bei Staatssicherheits- und Tötungsdelikten – sowie fälschliche Anschuldigungen nach den damaligen Regeln sogar mit Strafe bedroht. Durch derartige Hürden verengte sich der Zugang zur „*Shinmunko*“ in star-

³⁵⁸ Vgl. 박병호 [*Bak, Byoung-ho*], 한국법제사고 [Die koreanische Rechtsgeschichte], S. 315 f.; 최병조 [*Choe, Byoung-jo*], a.a.O., S. 50; 한상권 [*Han, Sang-kwon*], in: 역사와 현실 [Historie und Wirklichkeit] 69 (Sep. 2008), 255 (284-289).

³⁵⁹ Vgl. 임상혁 [*Ihm, Sahng-hyeog*], 조선전기 민사소송과 소송이론의 전개 [Die Entwicklungslage der Zivilprozesses sowie der Prozesslehre zur früheren Zeit der *Chosun*], S. 3 u. 35.

³⁶⁰ Vgl. 박병호 [*Bak, Byoung-ho*], a.a.O., S. 286 f.; 최병조 [*Choe, Byoung-jo*], a.a.O., S. 52; 임상혁 [*Ihm, Sahng-hyeog*], a.a.O., S. 144 ff.

³⁶¹ Als monographische Untersuchung der Petitionssysteme in der *Chosun*-Dynastie vgl. 한상권 [*Han, Sang-kwon*], 조선후기 사회문제와 소원제도의 발달 [Die sozialen Probleme in der späteren Zeit der *Chosun*-Dynastie und die Entwicklung der Petitionsinstitution].

kem Maße.

Schließlich entwickelte das Volk seinerseits alternative Petitionsmittel. Zum einen konnte man ganz ordnungsgemäß seine Petition beim König schriftlich einreichen („상언“ [*Shang-un*]). Allerdings war dies für Analphabeten nicht ganz einfach. Deshalb nahmen sie eine andere Petitionsweise in Anspruch: Sie schlugen ihren eigenen Gong innerhalb des Palasts oder vor der Sänfte des Königs, um ihn auf ihre Anliegen aufmerksam zu machen („격쟁“ [*Gyug-säng*]). Anders als die schriftliche Petition wurde diese Art der Petition freilich unter Strafe gestellt. Dennoch nahmen die Petenten dies gerne in Kauf; der König hielt diese Petitionen seinerseits für eine wichtige Gelegenheit, mit der unteren Schicht seiner Untertanen direkt zu kommunizieren, und versuchte dabei eher ihre Anliegen zu befriedigen als sie zu unterdrücken³⁶². So betrug die Zahl beider Petitionenarten beispielsweise beim König 정조 [*Chung-so*] durchschnittlich 190 pro Jahr³⁶³. In Anbetracht der damaligen kleinen Bevölkerung³⁶⁴ und der unterentwickelten Verkehrsmittel war diese Zahl der direkt an das Staatsoberhaupt gerichteten Fälle keineswegs gering.

Wie erläutert, gab es in der *Chosun*-Dynastie verschiedene Rechtsbehelfe. Bemerkenswert ist, dass das koreanische Volk damals schon die Tendenz zeigte, jede offizielle bzw. informale Abhilfemöglichkeit auszuschöpfen. Nicht nur die vom Volk selbst entwickelten Petitionsweisen, sondern auch das fallrechtlich gestaltete Prozesshindernis „*Shamdodeukshinbub*“ und die strengen Voraussetzungen von „*Shinmunko*“ selbst beweisen es in paradoxer Weise.

3. Die Überbelastung der Fachgerichtsbarkeit

Die Neigung zur gerichtlichen Streitschlichtung kann vielleicht als Teil der traditionellen koreanischen Rechtskultur, die bis heute in der Republik Korea lebendig ist, angesehen werden. Ohnehin zeigt sich eine solche Neigung in dem Maße, in dem Südkorea industrialisiert wird und seine Bevölkerung wächst, immer deutlicher³⁶⁵. Somit erscheinen Koreaner nunmehr so prozessfreudig wie Europäer. Im Jahre 1993

³⁶² Es war der König 정조 [*Chung-so*] (1752-1800 n. Ch.), der gegenüber den Petitionen eine sehr positive Haltung zeigte. Der Anteil der *Gyugsäng* an sämtlichen Petitionen betrug 28,7% und der Anteil der ganz oder teilweise stattgegebenen Fälle an allen von ihm erledigten Petitionen betrug 62,2%. Vgl. 한상권 [*Han, Sang-kwon*], a.a.O., S. 100 u. 124.

³⁶³ Während der 24-jährigen Herrschaftszeit des Königs Chungso gingen insgesamt 4515 Fälle ein. Vgl. 한상권 [*Han, Sang-kwon*], a.a.O., S. 125.

³⁶⁴ Nach einer Schätzung (vgl. 권태환 [*Kwon, Tai-hwan*]/신용하 [*Shin, Yong-ha*], in: 동아문화 [Die ostasiatische Kultur] 14 [1977], 289 [313]) war die koreanische Bevölkerung in der *Chosun*-Dynastie maximal ungefähr ein Fünftel so groß wie die heutige Bevölkerung der wiedervereinigten Bundesrepublik Deutschland.

³⁶⁵ Vgl. 안경환 [*Ahn, Kyong-whan*], 22 S.III.U.L.J. 71 (84 f.).

betrug die Zahl der neu eingegangenen erstinstanzlichen Zivilprozesse – nur Hauptsacheverfahren sind gemeint – beispielsweise 392.057. In der Folgezeit stieg sie ständig auf 646.271 im Jahre 1997, auf 838.473 im Jahre 2001, auf 1.121.889 im Jahre 2005 und auf 1.259.031 im Jahre 2008³⁶⁶. Mit Rücksicht darauf, dass die heutige Bevölkerung Südkoreas etwa drei Fünftel der deutschen beträgt, ist die Häufigkeit der Prozesse in Korea fast so hoch wie in Deutschland.

Demgegenüber bleibt Korea in der materiellen und personellen Infrastruktur der Justiz weit hinter den europäischen Ländern zurück. Die Zahl der Richter betrug beispielsweise im Jahre 2009 insgesamt 2.396, wie sich aus der folgenden Tabelle ergibt:

Tabelle: Zahl der Richter (Stand: 31. 12. 2009)³⁶⁷

Gericht	Position	Zahl der Richter
Oberster Gerichtshof	Präsident des KOGH	1
	Richter des KOGH	13
	Hilfsrichter	80
Oberlandesgerichte (einschließlich des Patentgerichts)	Präsidenten	6
	Richter	310
Landgerichte (einschließlich des Familiengerichts Seoul und des Verwaltungsgerichts Seoul)	Präsidenten	19
	Richter	1.967
Gesamtzahl		2.396

Vergleicht man diese Zahl mit der Zahl der Neuzugänge der Hauptsacheprozesse, die im Jahr 2009 bei der gesamten Fachgerichtsbarkeit anhängig waren, nämlich 1.594.952, kann man erkennen, wie groß die Belastung der Fachgerichte war. Näher betrachtet gingen insgesamt 1.527.741 Fälle bei den Landgerichten ein, 34.850 Fälle

³⁶⁶ Vgl. Jahresstatistik der koreanischen Justiz:
[http://file.scourt.go.kr//AttachDownload?path=001&seqnum=5&gubun=10&file=1130301088989_133128.pdf&downFile=2002년2월사건추이\(누년비교\).pdf](http://file.scourt.go.kr//AttachDownload?path=001&seqnum=5&gubun=10&file=1130301088989_133128.pdf&downFile=2002년2월사건추이(누년비교).pdf);
[http://file.scourt.go.kr//AttachDownload?path=001&seqnum=39&gubun=10&file=1248336732962_171212.pdf&downFile=2.사건의추이\(누년비교\).pdf](http://file.scourt.go.kr//AttachDownload?path=001&seqnum=39&gubun=10&file=1248336732962_171212.pdf&downFile=2.사건의추이(누년비교).pdf).

³⁶⁷ Vgl. 사법연감 [Jahresstatistik der koreanischen Justiz] 2010, S. 85.

bei den Oberlandesgerichten und 32.361 Fälle beim Obersten Gerichtshof³⁶⁸. Der Belastungsquotient (Zahl der Fälle je Richter) betrug bei den Landgerichten ca. 769 (= 1.527.741/1.986), bei den Oberlandesgerichten ca. 110 (= 34.850/316) und schließlich beim KOGH ca. 2.311 (= 32.361/14). Zu beachten ist, dass diese Zahlen eher zu niedrig sind. Denn die bei diesem arithmetischen Durchschnitt berücksichtigten Richter umfassen auch diejenigen, die sich aus vielfältigen Gründen vorübergehend nicht mit Prozesssachen beschäftigen konnten.

Auffällig ist vor allem die Überbelastung des KOGH. Angenommen, dass die meisten Fälle von drei Senaten, die jeweils aus vier Richtern bestehen, behandelt werden, betrug die Zahl der von einem Senat zu erledigenden Fälle durchschnittlich ungefähr 10.787. Das heißt, jeder Senat hatte täglich – ohne Wochenenden und Feiertage – rund 30 Revisionsachen zu entscheiden. Hier besteht die Gefahr, dass die Qualität der Entscheidungen unter einer derartigen Überforderung in erheblichem Maße leidet.

Hier kann sich die Frage stellen, warum man in Korea keine Barrikade gegen den Ansturm der Fälle auf den KOGH errichten will. Diese auf den ersten Blick unverständliche Erscheinung ist jedoch nicht grundlos. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die unteren Gerichte ebenfalls überlastet sind. Auch die Oberlandesgerichte, die verglichen mit den anderen Gerichten relativ niedrig belastet erscheinen, unterliegen tatsächlich einem enormen Leistungsdruck. Ein Senat des Oberlandesgerichts, der als Kollegialgericht in der Regel aus drei Richtern zusammengesetzt ist, hatte beispielsweise im Jahr 2009 gemäß den obenstehenden Zahlen rund 330 (= 110 × 3) Fälle zu erledigen. Sicherlich ist diese Zahl für ein Berufungsgericht zu hoch, um die ihm zugewiesenen Fälle sowohl in rechtlicher als auch in tatsachenbezogener Hinsicht einwandfrei behandeln zu können. Daher vermehrt die koreanische Regierung seit Jahren ständig die Zahl der Richter der Tatsacheninstanz. Allerdings hat die Wachstumsrate der Richter die der Prozesse nicht überstiegen. Im Zeitraum 1993 bis 2007 nahm die Zahl der Richter bei den unteren Gerichten von 998 auf 2.302 um 131 % zu, während die Zahl der Neueingänge von 670.076 auf 1.562.591 um 133 % stieg³⁶⁹.

Auf der anderen Seite ist bemerkenswert, dass die koreanische Bevölkerung in Bezug auf die juristischen Leistungen äußerst anspruchsvoll ist. Sie ist kaum zufrieden mit den mechanischen, formellen Gesetzesanwendungen. Ihre hohe Erwartungshaltung, die die Juristen zur Verwirklichung einer jede positiv-gesetzliche Re-

³⁶⁸ Vgl. Jahresstatistik der koreanischen Justiz:
http://file.scourt.go.kr//AttachDownload?path=001&seqnum=49&gubun=10&file=1273539421660_095701.pdf&downFile=사건의개황_1.pdf.

³⁶⁹ Vgl. 장승화 [Chang, Seung-wha], 34 Int'l Law. 267, Table 4; Jahresstatistik der koreanischen Justiz.

gelung transzendierenden Gerechtigkeit auffordert, lässt sich vordergründig von dem grundrechtlichen Wertesystem leiten, ist tatsächlich aber – wenn auch unbewusst – von den konfuzianischen Rechtsgedanken, soweit sie sich der modernen Gesellschaft anpassen können, beeinflusst. Hinzu kommt, dass sich das einem reinen Legalismus abgeneigte Rechtsbewusstsein des koreanischen Volkes insbesondere im Verlauf der Leidensgeschichte unter der Kolonialherrschaft des militärisch-imperialistischen Japans sowie unter dem daran anschließenden diktatorischen Regime noch merklich verstärkt hat³⁷⁰.

Aus diesen asymmetrischen Entwicklungen – also dem knappen Personalbestand der koreanischen Justiz einerseits und den relativ hohen Anforderungen an sie andererseits – lässt sich die Folgerung ziehen, dass zumindest in der nahen Zukunft – d.h., bis die institutionelle bzw. personelle Infrastruktur der Tatsacheninstanz deutlich verbessert wird – nicht erfolgreich versucht werden kann, etwa die Zulassungsrevision, die im Jahre 1990 wegen der Abneigung der koreanischen Bevölkerung gegen sie abgeschafft wurde, wieder einzuführen, geschweige denn ein freies Annahmesystem wie das amerikanische „*writ of certiorari*“ zu schaffen. Somit bleibt für den Augenblick nur darüber nachzudenken, ob und wie man entsprechend der heutigen Situation der koreanischen Justiz den Gerichtsaufbau noch effizienter machen und ihn möglichst weitgehend mit dem Rechtsgefühl des Volkes harmonisieren kann.

4. Eine Fehlentwicklung der Reform der Revisionsinstanz

Seit Mitte der neunziger Jahre wird die Justizreform auch in der koreanischen Öffentlichkeit häufig thematisiert³⁷¹. Damit wird auf die Förderung eines guten „Justizservice“, die Entbürokratisierung der Richterschaft und schließlich die Erhöhung des Vertrauens der Bürger in die Justiz abgezielt. Als sichtbare Ergebnisse der langjährigen Reformdiskussion sind zu nennen die Vermehrung der Juristen³⁷², die

³⁷⁰ Vgl. 최병조 [Choe, Byoung-jo], in: Behrends (Hrsg.), Jherings Rechtsdenken, S. 32 (60).

³⁷¹ Zu den Diskussionen über die Justizreform vgl. 권오승 [Kwon, O-seung], 사법도 서비스다 [Auch die Justiz ist ein Service]; 1994. 2. 7.자 법학교수 결의문 [Resolution der Juraprofessoren vom 7. Feb. 1994]; 권성 [Kwon, Seong], in: 서울대학교 법학 [Seoul Law Journal] 35-1 (1994), 1; 한상호 [Han, Sang-ho], in: 공법연구 [Public Law] 23-1 (Jun. 1995), 257; 조병윤 [Cho, Byung-yoon], in: 공법연구 [Public Law] 23-1 (Jun. 1995), 303; 정종섭 [Chong, Jong-sup], in: 법과 사회 [Recht und Gesellschaft] 18 (2000), 17; 정미화 [Chung, Mi-hwa], in: 법조 [Bup-jo] 595 (Apr. 2006), 19; 이국운 [Lee, Kuk-woon], in: 공법학연구 [Staatsrechtliche Forschungen] 8-2 (Mai, 2007), 37; 신평 [Shin, Pyung], in: 세계헌법연구 [Forschungen der Verfassungen in der Welt] 14-3 (2008), 229.

³⁷² Die Zahl der erfolgreichen Prüflinge beim juristischen Staatsexamen betrug bis 1995 jährlich ca. 300, hat jedoch ab 1996 stufenweise zugenommen. Seit 2001 bestehen ungefähr 1.000 Prüflinge pro Jahr das Examen.

Gründung der *Law-Schools* nach amerikanischem Vorbild³⁷³ und der stufenweise Übergang zur neuen Ernennungsweise der Richter, der zufolge die Richter nicht direkt aus dem Kreis derer, die gerade das Referendariat absolviert haben, sondern tunlichst aus denjenigen Juristen, die bereits als Rechts- oder Staatsanwälte, Professoren, Staatsbeamten usw. Karriere gemacht haben, ausgewählt werden sollen³⁷⁴. Außerdem stehen noch weitere Reformpläne zur Debatte, darunter auch die Reform der Revisionsinstanz.

In Bezug auf Letztere schlugen die „Kommission für die Justizreform“, welche von 2003 bis 2004 dem KOGH unterstellt war, und ihr Nachfolger, der „Ausschuss zur Vorantreibung der Justizreform“, welcher von 2005 bis 2006 als Beratungsorgan für den Staatspräsidenten fungierte, insbesondere die folgenden beiden Reformen vor: Erstens sollten auch bei den Oberlandesgerichten Revisionsenate errichtet werden, um den KOGH zu entlasten. Zweitens sollte die sog. „Sonderrevision“ eingeführt werden, damit der KOGH jedenfalls die letztinstanzliche Verantwortung für die Wahrung der Rechtseinheit behält. Diese Vorschläge wurden mittlerweile in die Entwürfe zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes bzw. der weiteren ein-

Tabelle: Anzahl der Erfolgreichen beim juristischen Staatsexamen in Korea

Jahr	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Erfolgreiche	308	502	604	700	709	801	991	998	906	1.009

(vgl. Statistik des juristischen Staatsexamen:

http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do?strNbodCd=noti0083&strWrtNo=23&strAnsNo=A&strNbodCd=noti0083&strFilePath=bar/&strRtnURL=BAR_40300000&strOrgGbnCd=103000&strThisPage=5&strNbodCdGbn=)

³⁷³ Seit März 2009 nahmen insgesamt 25 Law-Schools ihren Betrieb auf. Die Höhe des Numerus clausus der Law-Schools war äußerst umstritten; schließlich wurde er auf etwa 2.000 festgesetzt. Die ersten Absolventen werden in drei Jahren erwartet. Sie sollen dann innerhalb von 5 Jahren nach der Absolvierung der Law-School die Prüfung für die Befähigung zum Rechtsanwalt ablegen. Auf der anderen Seite wird das bisherige System des juristischen Staatsexamens im Hinblick auf den Vertrauensschutz der bisherigen Rechtsstudenten erst im Jahre 2017 vollkommen abgeschafft. Vgl. 정용상 [Chung, Yong-sang], in: 고시계 [Goshigye] 630 (Aug. 2009), 80; Artikel in 법률신문 [Lawtimes] vom 4. März 2009:

<http://www.lawtimes.co.kr/LawNews/News/NewsContents.aspx?kind=AM&serial=45753>;

Artikel in 국회방송 [National Assembly Television] vom 14. Mai 2009:

http://www.assembly.go.kr/renew07/brd/news/news_vw.jsp?newsId=9761.

³⁷⁴ Bei dem mittlerweile in Korea weit verbreiteten Konzept der sog. „monistischen Struktur der juristischen Berufe“ handelt es sich hauptsächlich um die Abschaffung bzw. Abschwächung der Elemente des Berufsrichtersystems. Danach soll einem Juristen möglichst verwehrt werden, in einem zu jungen Alter in die Richterlaufbahn einzutreten und lediglich aufgrund des Dienstalters zum höheren Richter aufzusteigen. Zu beseitigen ist auch die bürokratische Rangordnung in der Beziehung zwischen den Richtern, weil wegen dieser Rangordnung diejenigen Richter, die Jahre lang die juristische Laufbahn durchgelaufen haben, sich gewöhnlich im Wege der Kündigung weigern, an den unteren Gerichten zu arbeiten, wenn ihre Kollegen mit einer kürzeren Karriere als höhere Richter amtieren. Als erster Schritt nach der Errichtung der monistischen Struktur werden nunmehr jährlich immer mehr Richter aus dem Kreis der Rechts- bzw. Staatsanwälte ernannt, so dass ihr Anteil bei den neuen Richtern im Jahre 2012 voraussichtlich auf 50% steigen wird. Vgl. 정미화 [Chung, Mi-hwa], a.a.O., 49; 박찬운 [Park, Chan-un], in: 한양법학 [Hanyang Law Journal] 15 (2004), 137.

schlägigen Gesetze aufgenommen und der Nationalversammlung vorgelegt. Hierüber hat die Nationalversammlung allerdings keine abschließende Entscheidung getroffen.

Derartige Reformentwürfe gehen gewiss von der Annahme aus, dass der KOGH so überlastet sei, dass er unter den gegenwärtigen Umständen seiner Funktion als (wörtlich) sog. „Politik-Gericht“ nicht gerecht werden könne. Diese fragwürdige Bezeichnung ist unglücklich, spiegelt sie doch eine Grundkonzeption des KOGH für die zukünftige Justizreform wider. Der dadurch indizierte Ansatz heißt, dass über gesellschaftlich wichtige Rechtsfragen – und nur über diese – der KOGH entscheiden sollte. Das bedeutet wiederum zum einen, dass derartige Fragen letzten Endes unbedingt dem KOGH überlassen werden sollten, und – in Anbetracht der bisherigen Praxis des Gerichts – zum anderen, dass hierbei das Endurteil im Prinzip in der Form der Plenumsentscheidung ergehen sollte. Also knüpft der Grundgedanke des Konzepts des „Politik-Gerichts“ an das Plenumsprinzip an. In diesem Zusammenhang kommt es darauf an, wie die jetzige Situation der Überlastung des KOGH zu bewältigen ist. Diesbezüglich sind grundsätzlich zweierlei Strategien denkbar: Die eine betrifft die Einschränkung der Revision und die andere bezieht sich auf die Erhöhung der Leistungsfähigkeit etwa durch die Vermehrung der Zahl der Richter des KOGH. Allerdings wäre letztere Variante aus der Sicht des KOGH deshalb nicht vorzugswürdig, weil sie das Gericht zum Verzicht auf das Plenumsprinzip zwingen könnte. Zur Verstärkung der Funktion als „Politik-Gericht“ sollte das Gericht nämlich in seiner personellen Struktur nicht zu groß sein, um eine Plenarsitzung effizient durchführen zu können. Auf der anderen Seite ist aber ebenso klar, dass eine unverblünte Einschränkung der Revision auf einen scharfen Protest der koreanischen Bevölkerung stoßen würde. Vor diesem Hintergrund wurde als Ausweg aus diesem Dilemma eronnen, bei den Oberlandesgerichten eine neue Art Revisionsenate zu errichten und daneben die Sonderrevision einzuführen.

Nach diesem Reformplan sollen die Revisionsachen, außer in folgenden Fällen, grundsätzlich einem Revisionssenat am Oberlandesgericht (OLG-Revisionssenat) zugewiesen werden:

1. Zivilsachen, in denen der Wert des Streitgegenstandes mehr als 500 Millionen koreanische Won [= ungefähr 3.300 Euro] beträgt.
2. Familiensachen, in denen es um eine Geldforderung nach Maßgabe des Familienprozessgesetzes geht, die mehr als 500 Millionen koreanische Won beträgt.
3. Strafsachen, in denen der Angeklagte zum Tode³⁷⁵ oder zu einer mehr als 3-jährigen

³⁷⁵ In Korea ist die Todesstrafe noch nicht abgeschafft, jedoch werden seit 1997 Todesurteile tatsächlich nicht mehr vollstreckt.

Freiheitsstrafe verurteilt wird.

4. Wahldelikte, wegen deren Verurteilung die Wahl eines Staatspräsidenten, eines Abgeordneten oder eines Bürgermeisters nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften für ungültig erklärt werden kann.

5. Verwaltungssachen, in denen

(a) der Beklagte eine Zentralverwaltungsbehörde ist, oder

(b) es um eine öffentlich-rechtliche Geldforderung geht, die mehr als 500 Millionen koreanische Won [= ungefähr 3.300 Euro] beträgt.

6. Patentsachen nach Maßgabe der patentrechtlichen Gesetze.

7. Prozesse zur Prüfung von Kommunalwahlen oder kommunalen Volksabstimmungen.

Ungeachtet dieser Regelung soll ein OLG-Revisionsssenat ausnahmsweise die Revisions-sache an den KOGH verweisen, wenn er eine von den Präjudizien des KOGH abweichende Meinung hat, wenn ein betreffender Rechtsstreit bereits beim KOGH anhängig ist oder wenn die Klärung einer Rechtsfrage von so grundsätzlicher Bedeutung ist, dass die Entscheidung durch den KOGH angemessener erscheint. Ferner soll auch der KOGH auf Antrag oder von Amts wegen die Verweisung anordnen können, wenn einer der entsprechenden Gründe vorliegt. Trifft ein OLG-Revisionsssenat eine endgültige Entscheidung, dann soll die Sonderrevision nur statthaft sein, wenn die Entscheidung gegen die Verfassung verstößt oder die Beurteilung der Verfassungs- bzw. Gesetzmäßigkeit einer der Entscheidung zugrunde liegenden untergesetzlichen Norm bzw. Verwaltungsverfügung nicht zutrifft oder wenn die Entscheidung des OLG-Revisionsssenats von den Präjudizien des KOGH abgewichen ist. Die Sonderrevision soll keinen Suspensiveffekt haben; der KOGH soll mit seiner Plenumsentscheidung, die der Sonderrevision stattgibt, die Entscheidung des OLG-Revisionsssenats aufheben können.

An diesen Reformplänen gibt es allerdings viel zu kritisieren.

Zunächst: Sollen nur diejenigen Revisions-sachen, die eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung enthalten, an den KOGH verwiesen werden, muss zuvor überzeugend die Frage beantwortet werden, mit welchen Kriterien das Vorhandensein einer solcher Rechtsfrage objektiv festzustellen ist. Denn die OLG-Revisions-senate unterscheiden sich jedenfalls in der Autorität vom KOGH, weshalb sich die Recht-suchenden selbstverständlich stark für einen Zugang zum KOGH interessieren würden. Dennoch sind die vorstehenden Kriterien durch eine kaum zuverlässige Formalität gekennzeichnet.

Zweitens: Im Hinblick auf die Voraussetzung der Sonderrevision „wenn die Entscheidung eines OLG-Revisionsssenats gegen die Verfassung verstößt“ stellt sich die

Frage, ob die Verfassungswidrigkeit und die Gesetzeswidrigkeit überhaupt vollständig voneinander getrennt werden können. Verneint man dies, zumal die Bindung an das Gesetz eben verfassungsrechtlich geboten ist, so könnten alle einfachrechtlichen Rügen letzten Endes zum KOGH gelangen, so dass die OLG-Revisionsssenate einfach als ein lästiger Umweg zum KOGH erscheinen würden. Hingegen müsste im anderen Fall die Sonderrevision auch dann als unzulässig abgewiesen werden, wenn ein offenkundiger einfachrechtlicher Fehler in der Entscheidung des OLG-Revisionssenats gefunden würde. Dann erhebt sich doch – unter anderem seitens der Rechtssuchenden – die Frage, warum der KOGH bei der Kontrolle der fehlerhaften Entscheidungen der unteren Gerichte Zurückhaltung zeigen muss, zumal er innerhalb der Fachgerichtsbarkeit die höchste Position besitzt.

Drittens: Zu befürchten ist außerdem, dass sich eine Vielzahl von regionalen OLG-Revisionsssenaten auf die einheitliche Rechtsanwendung ungünstig auswirken könnte. Angesichts der vielfältigen sowie komplizierten Rechtsverhältnisse müsste selbst die Leitungskraft der Präjudizien irgendwo ihre Grenze finden. Die Einbeziehung des zentralen höchsten Gerichts erscheint daher unerlässlich, um die Rechtseinheit institutionell zu sichern. Zwar wird in dieser Hinsicht vorgeschlagen, etwa die Institute der Verweisung bzw. der Sonderrevision an den KOGH einzuführen. Freilich würde man dann aber nicht umhinkönnen, die Nutzung dieser Institute wieder zu beschränken. Denn je aktiver der KOGH versuchen würde, mittels derartiger Institute die Rechtsspaltung zu verhindern, desto stärker würde seine ohnehin begrenzte Leistungskraft gemindert, so dass seine erwünschte Position als „Politik-Gericht“ eventuell erheblich gefährdet würde. Damit liegt es auf der Hand, dass eine befriedigende Vermittlung zwischen diesen gegenläufigen Interessen nur schwer zu erreichen ist.

Viertens: Unabhängig davon ist ebenfalls problematisch, ob die Errichtung der OLG-Revisionsssenate überhaupt der Prozessökonomie entspricht. Dies ist eine sehr wichtige Frage, zumal angesichts des Umstandes, dass sämtliche Gerichte äußerst überlastet sind. Es ist nicht auszuschließen, dass die hier zur Diskussion stehenden Reformpläne bei ihrer Verwirklichung vielmehr eine Ineffizienz des Justizsystems herbeiführen würden. Zunächst wären die OLG-Revisionsssenate kaum in der Lage, vollkommenes Vertrauen in ihre Fähigkeit zur endgültigen Rechtseinheitswahrung zu gewinnen. Soweit diese Funktion dem KOGH vorbehalten bleibt, wird die Errichtung der OLG-Revisionsssenate im Ergebnis zur Einfügung einer weiteren Instanz in den bestehenden dreistufigen Gerichtsaufbau verkommen. Hinzu kommt, dass der KOGH allein durch die große Menge an Anträgen auf Verweisung oder Sonderrevision überlastet werden könnte. Es erscheint jedoch nicht unmöglich, hinsichtlich des erhofften Entlastungseffekts beim KOGH eine alternative Lösung zu finden. Wenn man die fraglichen Revisionsssenate nicht bei den Oberlandesgerichten,

sondern innerhalb des KOGH errichten würde, dann wären Institute wie die Verweisung an den KOGH oder die Sonderrevision von vornherein unnötig, wodurch man den mit diesen Instituten verbundenen Arbeits- sowie Zeitaufwand sparen könnte.

All diesen Problemen liegt die Vorstellung des „Politik-Gerichts“ zugrunde. Von ihr ausgehend wird versucht, die funktionale Zuständigkeit des KOGH zukünftig noch stärker mit der gesellschaftlichen sowie rechtspolitischen Wichtigkeit einer Rechtsfrage in Zusammenhang zu bringen als bisher. Allerdings darf man nicht unbedacht lassen, dass die Entscheidung über eine solche Rechtsfrage tatsächlich nicht auf ein höchstes Gericht zu beschränken ist und dass auch die unteren Gerichte als selbständige – wenn auch nicht immer endgültige – Entscheider dafür zuständig sind. In dieser Hinsicht erscheint der Begriff des „Politik-Gerichts“ schon illusorisch. Daneben würde es sicherlich der Autorität der OLG-Revisionssenate nicht gerecht, wenn diese sich nicht mit grundsätzlichen Rechtsfragen befassen würden, während die erste und zweite Instanz sie entscheiden könnte.

Schließlich wird das mit dem Gedanken des „Politik-Gerichts“ verbundene Plenumsprinzip möglicherweise zu einer Konservativität der Rechtsprechung führen: Nehmen wir an, dass bei der Abweichung von Präjudizien die Plenumsentscheidung obligatorisch ist, weil eine solche Abweichung gesellschaftlich von Bedeutung ist. Wahrscheinlich wird ein Problem daraus entstehen, dass in der Form der Plenumsentscheidung nur eine geringe Zahl Fälle erledigt werden kann. Aufgrund des Umstandes, dass jährlich zahllose Revisionssachen anhängig gemacht werden, wird das Revisionsgericht – sei es der KOGH oder die OLG-Revisionssenate – tatsächlich dazu gezwungen sein, sich bei der Anerkennung des Abweichungsbedürfnisses äußerst zurückzuhalten. Dies könnte gelegentlich sogar um den Preis der notwendigen Anpassungsfähigkeit der Judikatur geschehen. Um eine solche Gefahr zu vermindern, sollte für die Plenumsentscheidung nur das maßgeblich sein, was für eine Rechtseinheitswahrung in Betracht kommt, nicht aber, ob es um eine Rechtsfrage geht, deren Entscheidung gesellschaftlich einflussreich sein kann. Dann könnte man sich die Plenumsentscheidung sparen, ohne die Versteinerung der Rechtsprechung in Kauf zu nehmen; wenn es etwa lediglich um eine territoriale Rechtseinheitswahrung auf der einfachrechtlichen Ebene geht und daneben mehrere, je nach Fachbereich spezialisierte Senate innerhalb des KOGH errichtet werden, könnte einer von ihnen selbständig der Aufgabe des höchstrichterlichen Gerichts genügen, wobei auch einem etwaigen Bedürfnis nach Änderung der Rechtsprechung besser nachgekommen werden könnte. Unter einem solchen Umstand dürfte sich die Zahl der Plenumsentscheidungen auf wenige Fälle reduzieren, in denen eine interfachliche Rechtseinheitswahrung notwendig erscheint.

5. Der KOGH und das amerikanische Modell der Normenkontrolle

Die Reformpläne zur Revisionsinstanz haben erstaunlicherweise mit dem *Strauß*'schen Konzept des Obersten Bundesgerichts viel gemeinsam: Beide betonen die Einheitlichkeit des höchsten Rechtsmittelgerichts und plädieren für dessen personell kleine Struktur bzw. die strenge Einschränkung des Zugangs zu ihm. Dadurch, dass beide die Abweichung von Präjudizien an sich zu einer wichtigen Statthaftigkeitsvoraussetzung für die Anrufung des Letztinstanzgerichts machen, wollen sie die tatsächliche Bindungswirkung der höchstrichterlichen Entscheidung auf ein ähnliches Niveau wie das *stare-decisis*-Prinzip bringen. Dabei dient ihnen der US *Supreme Court* als Vorbild.

In der Tat wird der Personalbestand des KOGH bislang relativ klein gehalten. Daneben ist er insofern auch mit einer demokratischen Legitimation versehen, als alle Richter des KOGH mit Zustimmung der Nationalversammlung ernannt werden. Obwohl ein Rechtssystem deutschen Stils eingeführt wurde, ist die *Civil-Law*-Tradition in der koreanischen Rechtskultur nicht allzu fest verwurzelt. Außerdem können das neue juristische Ausbildungssystem und die stufenweise Verkleinerung des Anteils der Berufsrichter zur Folge haben, dass die Mentalität der koreanischen Juristen irgendwann der ihrer Kollegen in *Common-Law*-Ländern stark angenähert sein wird. Die Einführung des US-amerikanischen Normenkontrollmodells in Korea erscheint zumindest nach der *Cappelletti*'schen These nicht unmöglich, wenn nur die vorliegenden Reformpläne über die Revisionsinstanz verwirklicht würden.

Die Frage, welches Gesetzesprüfungsmodell ausgewählt werden sollte, lässt sich aber weder allein anhand der strukturellen, prozessualen bzw. mentalen Geeignetheit des höchsten Gerichts für die Normenkontrolle noch anhand der Ähnlichkeit des Rechtssystems mit dem eines zum Modell genommenen Landes abschließend beantworten. Vielmehr ist es wichtiger, in Erwägung zu ziehen, mit welchem Modell den verschiedenen Anforderungen des Volkes an die Dritte Gewalt optimal Genüge getan werden kann.

Ohne dies zu erörtern, wurde bei der Verfassungsänderung von 1987 in einer fast zufälligen Weise beschlossen, das koreanische Verfassungsgericht (KVerfG) zu errichten und diesem Gericht die Normenkontrollkompetenz zuzuweisen. Die Grundlage für diese verselbständigte Verfassungsgerichtsbarkeit muss jedoch als schwach erscheinen, solange deren Notwendigkeit nicht hinlänglich begründet worden ist. Den Mangel an Konsens darüber, ob eine solche Kompetenzverteilung wirklich zweckmäßig ist, spiegelt wohl auch der heutige Kompetenzkonflikt zwischen dem Verfassungsgericht und dem Obersten Gerichtshof wider³⁷⁶.

³⁷⁶ Dazu unten § 3. C. III.

Vor diesem Hintergrund möchte der KOGH sein Prestige wieder herstellen, indem er sich nunmehr stark am US-amerikanischen Vorbild orientiert und sich selbst als „Politik-Gericht“ qualifiziert. Wie erläutert³⁷⁷, wohnt diesen Bemühungen die Gefahr inne, dass sich das Gericht um den individuellen Rechtsschutz sowie die Rechtseinheitswahrung auf der einfachrechtlichen Ebene wenig kümmern kann. Zu bedenken ist ferner, dass sich die koreanische Justiz in einer anderen Situation als die US-amerikanische befindet. In den USA ist die Bevölkerung nicht so homogen, so dass die regional uneinheitlichen Rechtsanwendungen insoweit mehr oder weniger geduldet werden können, als sie gerade die Vielfältigkeit der Bevölkerung reflektieren³⁷⁸. Hingegen ist Korea ein Einheitsstaat und das Rechtsleben seines ziemlich homogenen Volkes wird durch die zentrale Gesetzgebung völlig einheitlich geregelt. Dementsprechend ist die Forderung nach einer regional einheitlichen Rechtsanwendung noch dringlicher als in den USA. Ebenso bemerkenswert ist, dass das geltende koreanische Rechtssystem mittelbar oder unmittelbar stark durch die deutsche Kodifikation sowie Rechtsdogmatik beeinflusst wurde und wird. Das heißt, Korea hat einen rechtlichen Hintergrund, der für die Aufteilung des Obersten Gerichts in mehrere Senate und deren fachliche Spezialisierung günstig ist. Man muss dieses Potential, welches auch der Kapazitätserweiterung des KOGH dienlich sein wird, nicht aufgeben, wenn man ein verselbständigtes Verfassungsgericht dem KOGH bei der Rechtseinheitswahrung hinsichtlich verfassungsrechtlicher Fragen helfen lässt. Diese Erwägungen fehlten zwar im Jahre 1987, sie können jedoch nachträglich als Gründe für die Zuständigkeit des KVerfG für die Normenkontrolle durchaus herangezogen werden.

III. Die Aktivierung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Korea

Mit „Aktivierung der Verfassungsgerichtsbarkeit“ ist gemeint, dass die gesamte Richterschaft zur verfassungsorientierten Entscheidungstätigkeit veranlasst und ihr ein ständiger Anreiz dazu gegeben werden soll. Dabei stellt sich die Frage, mit welcher Justizorganisation dieser Zweck effektiv erreicht werden kann. Dies ist eine andere Frage als die bisherige, ob die Verselbständigung des Verfassungsgerichts der Entwicklung der einfachrechtlichen Judikatur dienlich ist. Hier ist aber nicht der Ort, um darauf eine abschließende Antwort zu geben; die Verfassungsrechtssprechung wird durch so verschiedene sachliche bzw. prozessuale Gegebenheiten bedingt, dass eine derartige Frage jedenfalls kaum absolut zu beantworten ist. Freilich ist es durchaus sinnvoll, einmal der Frage nachzugehen, wie sich die koreani-

³⁷⁷ Siehe oben 4.

³⁷⁸ Vgl. Commission on Revision of the Federal Court Appellate System, 67 F.R.D. 195 (235).

sche Verfassungsgerichtsbarkeit bis heute entwickelt hat, und sich dann zu fragen, was die Verdienste des bestehenden Verfassungsgerichts sind und ob für die Aktivierung der Verfassungsgerichtsbarkeit die jetzige Justizorganisation noch verbessert werden kann.

1. Die Entwicklung der koreanischen Verfassungsgerichtsbarkeit

Von ihrer Entstehung bis heute wurde die konstitutionelle Ordnung der Republik Korea insgesamt fünfmal neu geordnet, und jedes Mal musste sich die Verfassungsgerichtsbarkeit dem politischen Wandel anpassen. Dadurch konnte Korea verschiedene Varianten der (Um-)Gestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit erleben³⁷⁹.

a) Das Verfassungskomitee der Ersten Republik (1948-1960)

aa) Der Anstoß zur Institutionalisierung der richterlichen Gesetzesprüfung wurde unter der US-Besatzungsherrschaft (1945-1948) erstmals seitens der Praktiker gegeben. Begeistert von der amerikanischen „*judicial review*“ bestand der damalige koreanische Richterstand darauf, dem KOGH die Normenkontrollkompetenz zuzuweisen³⁸⁰. Diese Auffassung der Juristen spiegelte sich auch in den zahlreichen Verfassungsentwurfsvorschlägen wider. Ferner führte dieser Eifer sogar dazu, dass der Oberste Gerichtshof für die amerikanische Besatzungszone schon vor dem Erlass der Verfassung faktisch das richterliche Prüfungsrecht ausübte. Er hat nämlich in seinem Urteil vom 2. September 1947 § 14 des japanischen Bürgerlichen Gesetzbuchs, welches damals auf Grundlage der amerikanischen Besatzungsverordnung provisorisch in Südkorea seine Gültigkeit behielt, für unvereinbar mit dem Gleichheitsgrundsatz erklärt und somit seine Anwendung verweigert³⁸¹.

Hingegen schlug ein Staatsrechtler, 유진오 [Yu, Jin-oh], vor, als Gesetzverwerfungsorgan das Verfassungskomitee zu errichten. Nach seiner Einschätzung fehlte es den damaligen Richtern nicht nur an Sachkenntnissen auf dem Gebiet des Staats-

³⁷⁹ Zur Entwicklungsgeschichte der koreanischen Verfassungsgerichtsbarkeit vgl. The First Ten Years of The Korean Constitutional Court, S. 6-17; 김운용 [Kim, Un-yong], 위헌심사론 [Judicial Review], S. 91-113; 허영 [Huh, Young], 헌법소송법론 [Verfassungsprozessrecht], S. 73-93; 정종섭 [Chong, Jong-sup], 헌법소송법 [Constitutional Litigation], S. 57-78; 이인복 [Yi, In-bok], in: 재판자료 [Nachschlagewerke für gerichtliche Entscheidungen] 92 (2001), 277; 허완중 [Heo, Wan-jung], Umfang und Grenzen der gesetzgeberischen Bindung durch verfassungsgerichtliche Entscheidung, S. 7-18.

³⁸⁰ 이영록 [Lee, Young-lok], in: 헌법학연구 [Constitutional Law] 11-2 (Jun. 2005), 307 (309-315).

³⁸¹ Die fragliche Vorschrift bestimmte die Einschränkung der Geschäftsfähigkeit der Ehefrau. Vgl. 양창수 [Yang, Chang-soo], in: 서울대학교 법학 [Seoul Law Journal] 40-2 (1999), 125 ff.

rechts, sondern auch an der Einsicht in die gewandelten Rechtsideen³⁸². Für Korea, das infolge der japanischen Ausbeutung in der Kriegszeit in Not geriet, sah er eine sozialstaatliche Gesetzgebung als unentbehrlich an und befürchtete, dass eine solche Gesetzgebung an der konservativen Ausübung des richterlichen Prüfungsrechts scheitern würde, wie es in den USA in der sog. „Lochner-Ära“ der Fall war³⁸³.

In der verfassunggebenden Nationalversammlung wurde dieser Vorschlag angenommen. Die Meinung, dass dem Gericht die Gesetzeskontrolle zustehen sollte, konnte sich nicht durchsetzen, weil die Gerichte damals zu wenig Vertrauen besaßen, als dass ihnen die Aufgabe, die gesetzgebende Gewalt zu kontrollieren, übertragen werden könnte. Die Richter, welche seit der japanischen imperialistischen Herrschaft amtierten, konnten sich zwar des Vorwurfs, sie seien projapanisch, erwehren, allerdings mussten sie sich zurückhalten³⁸⁴.

bb) Der Kompetenzbereich des Verfassungskomitees beschränkte sich aber auf die konkrete Normenkontrolle, und zwar auf die Nachprüfung der Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit (Art. 81 Abs. 2. KV von 1948). Die endgültige Entscheidung über die Verfassungs- sowie Gesetzmäßigkeit der Rechtsverordnungen bzw. Verwaltungsverfügungen oblag hingegen dem KOGH (Art. 81 Abs. 2 KV von 1948). Dieses dualistische Normenprüfungssystem ging auf einen Kompromiss zwischen den obigen beiden Vorschlägen zurück. Sicherlich barg es theoretisch die Gefahr der Zersplitterung der Verfassungsrechtsprechung in sich. Allerdings wurde dieses Risiko dadurch vermindert, dass das Verfassungskomitee und der KOGH personell nicht vollkommen getrennt wurden. Gemäß Art. 81 Abs. 3 KV von 1948 bestand das Verfassungskomitee nämlich aus einem Vizestaatspräsidenten, fünf der Richter des KOGH und fünf Abgeordneten.

Auf der anderen Seite lässt sich aus dieser Zusammensetzung auch schließen, dass das Verfassungskomitee gegenüber den politisch-parteilichen Interessen sehr abgeschlossen gewesen sein muss, weil 6 seiner insgesamt 11 Mitglieder Politiker waren. Außerdem benötigte die Verfassungswidrigerklärung eine Zweidrittelmehrheit (Art. 81 Abs. 4 KV von 1948). All dies erschwerte die Verwerfung von Gesetzen. Wahrscheinlich ergab sich daraus, dass das praktische Interesse für die gerichtliche Vorlage zur Nachprüfung der Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit nicht besonders stark ausgeprägt war. In der Tat war die Zahl der Entscheidungen durch das Verfassungskomitee sehr gering. Sie betrug im Zeitraum von 1950 bis 1960 insgesamt nur

³⁸² 유진오 [Yu, Jin-oh], 헌법기초회고록 [Die Memoiren über die Ausarbeitung des Entwurfs der Verfassung], S. 41 f.

³⁸³ Vgl. ebenda.

³⁸⁴ Vgl. ebenda, S. 53.

6. Und in nur 2 Fällen kam es zu einer Verfassungswidrigerklärung.

Dennoch war die Institution des Verfassungskomitees nicht bedeutungslos. Insbesondere zahlreiche Vorschriften des Gesetzes über das Verfassungskomitee (VerfKomG), welches am 21. 2. 1950 in Kraft trat, übten einen nachhaltigen Einfluss auf die späteren Ausgestaltungen der Verfassungsgerichtsbarkeit aus: Zum Beispiel bestimmte § 10 VerfKomG, dass bei der Vorlage das Ausgangsverfahren auszusetzen war. Gemäß § 18 VerfKomG sollte das Verfassungskomitee nur über die Verfassungsmäßigkeit derjenigen gesetzlichen Regelung, die das Gericht vorgelegt hatte, entscheiden; allerdings konnte es das Gesetz als solches für verfassungswidrig erklären, wenn das ganze Gesetz durch die Verfassungswidrigerklärung der fraglichen Vorschrift gegenstandslos wurde. Die Verfassungswidrigerklärung hatte eine *Ex-nunc*-Wirkung, bei strafrechtlichen Bestimmungen hatte sie freilich eine *Extunc*-Wirkung (§ 20 VerfKomG). Der Entscheidung konnte die abweichende Meinung eines Minderheitsvotums beigefügt werden (§ 21 VerfKomG).

b) Das Verfassungsgericht der Zweiten Republik (1960-1961)

Nachdem das diktatorische Regime des Staatspräsidenten *이승만* [Rhee, Syngman] durch die Revolte des koreanischen Volkes vom 19. April 1960 beendet worden war, etablierte sich die Zweite Republik (1960-1961) mit der Verfassungsänderung vom 15. Juni 1960. Die Verfassung von 1960 sah zum effektiven Schutz der Grundrechte und der Verfassung die Einführung des Verfassungsgerichts im deutsch-österreichischen Stil vor. Danach standen dem Verfassungsgericht die Normenkontrolle, die autoritative Auslegung der Verfassung, die Entscheidung von Organstreitigkeiten, Verbote verfassungswidriger politischer Parteien, die Entscheidung über Präsidenten-, Richter- oder Ministeranklagen und die Prüfung der Wahl des Staatspräsidenten bzw. der Richter des KOGH zu (Art. 83-(3) KV von 1960). Das Verfassungsgericht sollte aus neun Richtern bestehen, von denen je drei vom Staatspräsidenten und vom KOGH sowie von der Nationalversammlung zu wählen waren (Art. 83-(4) Abs. 1 u. 2 KV von 1960). Die Amtszeit der Verfassungsrichter betrug sechs Jahre (Art. 83-(4) Abs. 3 KV von 1960) und die Verfassungsrichter sollten weder Mitglieder einer politischen Partei sein noch eine politische Tätigkeit ausüben (Art. 83-(4) Abs. 4 KV von 1960). Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen bedurfte es einer Zweidrittelmehrheit (Art. 83-(4) Abs. 5 KV von 1960).

Am 17. April 1961 trat das Gesetz über das Verfassungsgericht (KVerfGG) in Kraft. Gemäß § 2 dieses Gesetzes sollten die Verfassungsrichter die Befähigung zum Richteramt haben. § 4 KVerfGG von 1961 führte für Verfassungsrichter das Inkompatibilitätsprinzip ein. Dadurch wurde der Charakter des Verfassungsgerichts

als rechtsprechende Gewalt verdeutlicht. Zur Vorlage einer Verfassungsauslegungsfrage bzw. von Gesetzen zur Nachprüfung ihrer Verfassungsmäßigkeit war nicht nur das Gericht befugt, sondern auch jeder Einzelne, und zwar gleichgültig, ob ein Ausgangsverfahren vor einem normalen Gericht anhängig war oder nicht (§ 9 Abs. 1, § 10 Abs. 2 KVerfGG von 1961). Da es keine Bestimmung zur Einschränkung der Antragsberechtigung gab, kann man sagen, dass hier eine Art Popularklage eingeführt wurde.

Allerdings kam es am 16. Mai 1961, ehe das Verfassungsgericht zusammentreten konnte, zu einem Militärputsch. Mit diesem Umbruch in der konstitutionellen Ordnung konnte das KVerfGG von 1961 seine Geltung nicht behalten und wurde schließlich im Jahre 1963 ausdrücklich abgeschafft. Seine rechtsgeschichtliche Bedeutung liegt freilich darin, dass der Inhalt des KVerfGG von 1961 in großem Maße berücksichtigt wurde, als im Jahre 1988 das Verfassungsgerichtsgesetz erlassen wurde.

c) Der KOGH der Dritten Republik (1962-1972)

Durch die Vollrevision der Verfassung vom 26. Dezember 1962 wurde die Dritte Republik gegründet. Diese Verfassung übertrug dem KOGH die Kompetenz, die Verfassungsmäßigkeit eines entscheidungserheblichen Gesetzes letztinstanzlich nachzuprüfen (Art. 102 Abs. 1 KV von 1962). Ohne weitere gesetzliche Regelungen konnten auch die unteren Gerichte dadurch eine akzessorische Normenkontrolle vornehmen. Somit etablierte sich das amerikanische Normenkontrollmodell in Südkorea.

Auf der anderen Seite ist der KOGH Ende 1963 zur Entlastung in drei Senate aufgeteilt worden. Für den Fall, dass der KOGH ein Gesetz für verfassungswidrig erklären wollte, war eine Plenumsentscheidung obligatorisch (§ 7 Abs. 1 Satz 2 KGVG a.F.).

Aber der KOGH tendierte dazu, hochpolitische Fragen möglichst zu vermeiden und sich bei der Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen sehr zurückzuhalten. Im Zeitraum von 1962 bis 1972 erklärte der KOGH nur einmal formelle Gesetze für verfassungswidrig³⁸⁵. Dennoch ist diese Verfassungswidrigerklärung

³⁸⁵ KOGHE 19-(2), 110. Diese einzige Verfassungswidrigerklärung, die am 22. 6. 1971 erging, bezog sich auf zwei Vorschriften: § 2 Abs. 1 Satz 2 des Staatshaftungsgesetzes und § 59 Abs. 1 KGVG a.F. Dem Urteil zufolge schränkte § 2 Abs. 1 Satz 2 des Staatshaftungsgesetzes, welcher aus finanziellen Gründen die Beschränkung der Staatshaftung gegenüber Soldaten und Zivilbedienstete der Streitkräfte bestimmte, den verfassungsrechtlich gewährleisteten Anspruch auf Staatshaftung übermäßig ein und verletzte das Gleichheitsprinzip. § 59 Abs. 1 KGVG a.F., welcher bei der akzessorischen Nor-

nicht gering zu schätzen. Sie zeigte nämlich zumindest die Aussicht auf die Entwicklung der Verfassungsrechtsprechung durch den KOGH.

d) Das Verfassungskomitee in der Vierten und Fünften Republik (1972-1987)

aa) Der Staatspräsident *박정희* [Park, Chung-hee] hielt die Verfassungswidrigerklärung vom 22. Juni 1971 für ein Signal zum Ungehorsam gegenüber seinem Regime. Daraufhin enthob er diejenigen Richter, die das Urteil mitgetragen hatten, ihres Richteramts, nachdem er im Jahre 1972 in überkonstitutioneller Weise den Ausnahmezustand erklärt und für die Stärkung der Macht seiner politischen Führung eine Vollrevision der Verfassung durchgeführt hatte. Vor diesem Hintergrund vergrößerte sich auch der Einfluss des Staatspräsidenten auf die Ernennung der Richter. Ferner entzog die Verfassung von 1972 dem Gericht die Kompetenz zur Gesetzesverwerfung und übertrug diese Befugnis auf das erneut gegründete Verfassungskomitee (Art. 109 KV von 1972).

Sicherlich zielte das diktatorische Regime damit auf die Schwächung der Verfassungsgerichtsbarkeit ab. Die Mitglieder des Verfassungskomitees mussten keine Befähigung zum Richteramt haben (§ 3 Abs. 1 VerfKomG von 1973). 7 von 9 Mitgliedern hatten keine ständige Mitgliedschaft (§ 6 Abs. 1, § 7 Abs. 1 VerfKomG von 1973). Die Vorlageschrift der unteren Gerichte konnte nur durch den KOGH dem Verfassungskomitee zugeleitet werden (§ 15 Abs. 1 VerfKomG von 1973) und für den Fall, dass das Plenum des KOGH die Vorlage für unnötig hielt, konnte der KOGH die Vorlageschrift nicht an das Verfassungskomitee schicken (§ 15 Abs. 3 VerfKomG von 1973). Dadurch wurde die gerichtliche Vorlage faktisch gesperrt, weil der KOGH, welcher schon einen politischen Rückschlag erlitten hatte, nicht mehr wagte, dem diktatorischen Machthaber zu widersprechen.

bb) Die Einmandiktatur der Vierten Republik endete, als der Staatspräsident *박정희* [Park, Chung-hee] am 26. Oktober 1979 von dem damaligen Geheimdienstchef, *김재규* [Kim, Jae-kyu], erschossen wurde. Allerdings scheiterte die koreanische Demokratisierung wegen des Militärputschs vom 12. Dezember 1979 erneut. In der Folge wurde die Diktatur mit der Vollrevision der Verfassung vom 22. Oktober 1980 verlängert. So begann die Fünfte Republik. Die Verfassung von 1980 übernahm das Verfassungskomitee und die betreffenden Institutionen ohne große Änderungen. Nach wie vor wurde die gerichtliche Vorlage zur Normenkontrolle verhin-

menkontrolle durch den KOGH für die Verfassungswidrigerklärung eine Zweidrittelmehrheit forderte, wurde für verfassungswidrig erklärt, weil er keine verfassungsrechtliche Grundlage habe.

dert, da die Vorlageschrift nunmehr gemäß Art. 108 Abs. 1 KV von 1980, § 15 Abs. 3 VerfKomG von 1982 nur dann an das Verfassungskomitee gelangen konnte, wenn das Plenum des KOGH durch seine eigene Vorprüfung die Verfassungswidrigkeit des vorzulegenden Gesetzes feststellte.

Während der Epoche der Vierten und Fünften Republik ging kein einziger Fall beim Verfassungskomitee ein, so dass das Verfassungskomitee lediglich ein „schlafendes Verfassungsorgan“ war.

e) Das Verfassungsgericht der Sechsten Republik (von 1987 bis heute)

Der lange unterdrückte Drang des koreanischen Volkes nach Demokratisierung führte letztlich zum sog. „Juni-Widerstand“ von 1987. Dieser erreichte schließlich die Vollrevision der Verfassung, durch die eine direkte Wahl des Staatspräsidenten und eine demokratische Staatsführung garantiert wurden. Bei der Erarbeitung des Entwurfs der jetzt gültigen Verfassung wurde auch über die Ausgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit debattiert³⁸⁶. Aufgrund der Erfahrung, dass die ehemaligen Verfassungskomitees nur schlecht oder gar nicht funktioniert hatten, bevorzugten die politischen Parteien eigentlich das Einheitsmodell vor dem Trennungsmodell. Insbesondere die Oppositionsparteien bestanden darauf, den KOGH zur Normenkontrolle zu ermächtigen. Allerdings reagierte der KOGH darauf zurückhaltend. Vermutlich war er nicht sicher, ob sich seine unglückliche Erfahrung in der Epoche der Dritten Republik nicht mehr wiederholen würde. Außerdem hatte die Regierungspartei im Lauf der Zeit immer mehr Aussicht auf den Sieg bei der Wahl zum Staatspräsidenten und begann zu befürchten, dass der Spielraum ihrer zukünftigen Herrschaftsmacht vielleicht durch die aktive Ausübung des richterlichen Prüfungsrechts beschränkt werden könnte. Infolgedessen änderte sie ihre bisherige Position und schlug die Errichtung eines Verfassungsgerichts vor. Die Oppositionsparteien hingegen befürchteten die Wiederkehr des ehemaligen Verfassungskomitees in lediglich neuer Gestalt. Daraufhin empfahlen die Leiter der „Vereinten Front der bürgerlichen Bewegung für die demokratische Verfassung“ den Oppositionsparteien, den Vorschlag der Regierungspartei zu akzeptieren, aber nur unter der Bedingung, dass das Institut der Verfassungsbeschwerde nach deutschem Vorbild eingeführt werden sollte. Dieser Gegenvorschlag wurde schließlich von den politischen Kräften angenommen, wobei weder die Regierungs- noch die Oppositionsparteien genau erkannten, was für eine wichtige Rolle die Verfassungsbeschwerde in Zukunft spielen konnte. Damit kam das bestehende KVerfG aufgrund der Verfassungsrevision

³⁸⁶ Vgl. 이/해/진 [Lee, Hae-chin], Diskuss., in: 대한변호사협회지 [Zeitschrift der Koreanischen Rechtsanwaltskammer] 149 (Jan. 1989), 12 u. 14.

von 1987 zustande.

Nunmehr sind die folgenden Kompetenzen dem KVerfG zugewiesen (Art. 111 Abs. 1 KV): 1. die konkrete Normenkontrolle, 2. die Entscheidung über Präsidenten-, Richter- oder Ministeranklagen, 3. Verbote verfassungswidriger politischer Parteien, 4. die Entscheidung bei kompetenzrechtlichen Streitigkeiten zwischen verschiedenen Staatsorganen, zwischen einem zentralen Staatsorgan und einer kommunalen Selbstverwaltung oder zwischen verschiedenen kommunalen Selbstverwaltungen und schließlich 5. die Entscheidung über *Verfassungsbeschwerden, welche gesetzlich zu regeln sind*. Es besteht aus neun Verfassungsrichtern, von denen je drei von dem Staatspräsidenten, der Nationalversammlung und dem Präsidenten des KOGH bestimmt werden, und jeder Verfassungsrichter muss die Befähigung zum Richteramt haben (Art. 111 Abs. 2, 3 KV). Ihre Amtszeit ist auf 6 Jahre beschränkt und die Möglichkeit der anschließenden Wiederwahl ist eröffnet (Art. 112 Abs. 1 KV). Für die Verfassungswidrigerklärung bei der Normenkontrolle, die stattgebende Entscheidung bei der Verfassungsbeschwerde oder bei Präsidenten-, Richter- oder Ministeranklagen bzw. der Auflösungserklärung einer politischen Partei ist eine Mehrheit von mindestens sechs Richtern erforderlich (Art. 113 Abs. 1 KV).

Im Vergleich mit seinen Vorgängern übt das KVerfG seit guten 20 Jahren eine effektivere Tätigkeit aus, als viele Leute bei der Verfassungsänderung von 1987 vorausgesehen hatten. Dazu tragen mehrere Faktoren bei: Zunächst wurde der Zugang zur gerichtlichen Vorlage erweitert. Das heißt, jedes Gericht, bei dem ein Rechtsstreit anhängig ist, hat nun die Berechtigung, dem KVerfG ein entscheidungserhebliches Gesetz zur Nachprüfung seiner Verfassungsmäßigkeit vorzulegen und der KOGH kann nicht mehr gegen den Beschluss der unteren Gerichte bei der Vorlage intervenieren (§ 41 Abs. 1 KVerfGG). Außerdem kann ein Prozessbeteiligter selbst im Wege der Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG die konkrete Normenkontrolle nachholen lassen, falls trotz seines Antrags das Ausgangsgericht die Vorlage verweigert. Hinzu kommt, dass die normale Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 1 KVerfGG ebenfalls in starkem Maß der Aktivierung der Verfassungsrechtsprechung dient. So waren von Mitte Sep. 1988 bis Ende Dez. 2010 insgesamt 20.055 Fälle beim KVerfG anhängig³⁸⁷. Darunter bezogen sich 3.604 Fälle auf die konkrete Normenkontrolle, wovon 730 Fälle im Wege der gerichtlichen Vorlage beim KVerfG eingegangen sind und 2.874 Fälle im Wege der Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG. Die Zahl der Fälle, in denen die von einem Gericht oder den Prozessparteien vorgelegten gesetzlichen Vorschriften ganz oder teilweise für verfassungswidrig erklärt wurden, beträgt insgesamt 526. Die Neuordnung der Verfassungsgerichtsbarkeit erweist sich damit wirkungsvoll.

³⁸⁷ Vgl. die KVerfG-Statistik: http://www.ccourt.go.kr/home/main/bpm/stat_c1_sub02.jsp.

2. Das Bedürfnis nach der Vereinigung des KVerfG und des KOGH?

Seit einigen Jahren steht die Umgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit wieder zur Debatte. Der Hintergrund ist die Verschärfung des Spannungsverhältnisses zwischen diesem Gericht und dem KOGH. Im Gefüge der KV ist die materielle Verfassungsgerichtsbarkeit zweigeteilt: Der KOGH hat seit der Zeit der Ersten Republik die Kompetenz, *endgültig* über die Verfassungsmäßigkeit von Rechtsverordnungen, Satzungen und Verfügungen zu entscheiden. Demgegenüber ist die Gesetzeskontrolle beim KVerfG monopolisiert. Bis zur Etablierung der jetzt gültigen Verfassung in der Sechsten Republik übten die verselbständigten Verfassungsgerichte ihre Kompetenzen fast nie aus, so dass der KOGH tatsächlich alleine die Verfassungsjudikatur ausübte. Infolgedessen konnte früher kaum eine Zersplitterung der Verfassungsrechtsprechung entstehen. Dies änderte sich allerdings, als das heutige KVerfG in energischer Weise seine Tätigkeit aufnahm. Das wirft die Frage auf, in welcher Beziehung das KVerfG und der KOGH miteinander stehen sollten.

Aufgrund des Umstandes, dass sich in der jetzt gültigen Verfassung diesbezüglich keine abschließende Vorgabe findet, kommt es zwischen den beiden Gerichtsbarkeiten gelegentlich zu Konflikten. Diese traten erstmals in Erscheinung, als das KVerfG die Verfassungsbeschwerde gegen Rechtsverordnungen als statthaft beurteilte³⁸⁸. Obwohl das KVerfG nur für den Fall, dass der Beschwerdeführer *selbst gegenwärtig unmittelbar* durch eine fragliche Rechtsverordnung betroffen ist, diese auf ihre Grundrechtskonformität prüft, empfindet der KOGH dies als Eingriff in seine eigene Kompetenz. Der andere Anlass, der das Spannungsverhältnis erheblich verschärfte, war die Missachtung der sog. beschränkten Verfassungswidrigkeitserklärung durch den KOGH³⁸⁹. In seinem Urteil argumentierte er, dass die autoritative Gesetzesauslegung den normalen Gerichten überlassen bleibt, solange das KVerfG den Gesetzestext als solchen nicht vernichtet. Daraufhin hob das KVerfG die betroffene Entscheidung des KOGH auf, und zwar im Wege der ausnahmsweise zugelassenen Urteilsverfassungsbeschwerde³⁹⁰.

Die zur Debatte stehende Umgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit hat zum Ziel, gerade diese Konfliktlage zu beseitigen. Dabei sind mehrere Alternativen in Erwägung zu ziehen: Die einfachste ist, zum amerikanischen Modell der Dritten Republik zurückzukehren. Diese Variante hat eine nicht geringe Zahl von Befürwor-

³⁸⁸ KVerfGE 2, 393.

³⁸⁹ KOGHE 44-1, 762.

³⁹⁰ KVerfGE 7-2, 616.

tern³⁹¹. Aber in Anbetracht dessen, dass das KVerfG der Aktivierung der Verfassungsgerichtsbarkeit überaus dienlich war, wird es für realitätsfern gehalten, das KVerfG auf einmal völlig abzuschaffen. Deswegen wird auch seitens des KOGH die zweite Alternative bevorzugt, die das KVerfG als speziellen Senat in den KOGH einreihen will. Dann könnte eine etwaige Zersplitterung der Rechtsprechung in schonenderer Weise beseitigt werden, und zwar dadurch, dass beim Vorliegen von Meinungsverschiedenheiten eine Art gemeinsamer Senat angerufen wird. Aber die herrschende Meinung verfißt die dritte Alternative, wonach durch die Änderung des Art. 107 Abs. 2 KV dem KOGH die Kompetenz, *endgültig* über die Verfassungsmäßigkeit untergesetzlicher Normen zu entscheiden, entzogen werden sollte³⁹². Das letzte Wort über verfassungsrechtliche Fragen müsse somit auf das KVerfG konzentriert werden, um die einheitliche Rechtsprechung zu wahren.

Meines Erachtens ist die Einreihung des KVerfG in den KOGH zu nichts nütze außer zur Bewahrung des Ansehens des KOGH; ein solcher Schritt würde nur dazu führen, dass sich die Fachgerichtsbarkeit in die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung einmischt. Die Milderung des Konflikts zwischen den beiden Gerichtsbarkeiten würde dabei mit der gravierenden Gefahr erkaufte, dass die Wahrung der Rechtseinheit auf der einfachrechtlichen Ebene weitgehend misslingt. Ansonsten müsste eine solche Verflechtung der beiden Gerichtsbarkeiten wegen der unterschiedlichen organisatorischen Anforderungen letztlich zusammenbrechen. Hinsichtlich der Zersplitterung der Verfassungsrechtsprechung muss man die Lösung allerdings nicht unbedingt in einer Umgestaltung der Gerichtsorganisation suchen; als alternative Vorkehrung wäre die Möglichkeit denkbar, dass eine der beiden Gerichtsbarkeiten die abweichende Entscheidung der anderen kontrolliert. In diesem Zusammenhang lässt sich die Einführung der Urteilsverfassungsbeschwerde in Erwägung ziehen. Hierfür ist im nachfolgenden Abschnitt zunächst auf das Wesen der Verfassungsbeschwerde und die diesbezügliche deutsche Rechtslage einzugehen.

³⁹¹ So ausdrücklich 김형남 [Kim, Hyung-nam], in: 헌법학연구 [Constitutional Law] 14-2 (Jun. 2008), 507 (524); implizit bejahend 박홍우 [Park, Hong-woo], in: 재판자료 [Nachschlagewerke für gerichtliche Entscheidungen] 92 (2001), 97 (144 f.), der allerdings als Voraussetzung dafür die Reform der Revisionsinstanz als notwendig betrachtet; auch 최완주 [Choi, Wan-joo], in: 법조 [Bup-jo] 594 (Mär. 2006), 19 (36 f.).

³⁹² Zum Beispiel 정종섭 [Chong, Jong-sup], in: 헌법논총 [Archiv des Verfassungsrechts] 3 (1992), 333; 정태호 [Chung, Tae-ho], in: 고시연구 [Goshiyungu] 287 (Jan. 1998), 84 (97 f.).

Zweiter Teil

Die Urteilsverfassungsbeschwerde und ihre Korrelation mit der Normenkontrolle

A. Der Begriff der Verfassungsbeschwerde

I. Bestandsaufnahme zum üblichen Begriff

1. Der übliche Begriff der Verfassungsbeschwerde in Deutschland

Unter der (individuellen) Verfassungsbeschwerde versteht man in Deutschland in der Regel ein Grundrechtsschutzinstrument, das nunmehr in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a, Art. 94 Abs. 2 Satz 2 GG verankert und im fünfzehnten Abschnitt des BVerfGG geregelt ist. Danach ist sie ein zum Bundesverfassungsgericht zu erhebender Antrag auf Rechtsbehelf für denjenigen, der sich durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt fühlt (§ 90 Abs. 1 BVerfGG). Nach der Rechtsprechung handelt es sich bei der Verfassungsbeschwerde um einen „außerordentlichen Rechtsbehelf“¹, der sich von dem in Art. 19 Abs. 4 GG eröffneten „Rechtsweg“ unterscheidet. Ihre Eigenständigkeit gegenüber dem gewöhnlichen Rechtsweg kommt in der Charakterisierung als „kein zusätzlicher Rechtsbehelf für das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten oder den Verwaltungsgerichten“² zum Ausdruck. Als rechtliche Grundlage hierfür ist insbesondere auf § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG hinzuweisen: Zwar kann die Verfassungsbeschwerde normalerweise erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden, sie kann aber ausnahmsweise mit diesem *konkurrieren*, wenn sie von allgemeiner Bedeutung ist oder wenn dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde, falls er zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde. Ohne hier darauf eingehen zu müssen, worin die Außerordentlichkeit der Verfassungsbeschwerde besteht oder bestehen soll, kann man sagen, dass dem Gebot der Rechtswegerschöpfung nach Maßgabe des § 90 Abs. 2 BVerfGG bzw. dem richterrechtlich entwickelten Grundsatz der Subsidiarität sicherlich die Konzeption des *außerordent-*

¹ BVerfGE 18, 315 (325); 33, 247 (258).

² BVerfGE 1, 5 (6).

lichen Rechtsbehelfs innewohnt³.

In der Praxis des BVerfG richten sich die meisten Verfassungsbeschwerden gegen rechtskräftige Gerichtsurteile. Dies erscheint als ein fast unumgängliches Ergebnis, das scheinbar aus dem Begriff sowie dem Wesen der Verfassungsbeschwerde folgt. Denn die Urteilsverfassungsbeschwerde ist zwar unmittelbar die Folge des Grundsatzes der Rechtswegerschöpfung bzw. der Subsidiarität, dieser Grundsatz ist jedoch seinerseits an den Charakter der Verfassungsbeschwerde als außerordentlicher Rechtsbehelf geknüpft. Deshalb bildet das Institut der Urteilsverfassungsbeschwerde in Deutschland den wesentlichsten Teil der Verfassungsbeschwerde.

2. Die Wichtigkeit der Definition der Verfassungsbeschwerde in Korea

Die verfassungsrechtliche Grundlage der Verfassungsbeschwerde in Korea findet sich in Art. 111 Abs. 1 Nr. 5 KV. Ohne die Voraussetzungen der Verfassungsbeschwerde einschließlich des zulässigen Beschwerdegegenstandes näher zu regeln, bestimmt er, dass das KVerfG für die Entscheidung „über Verfassungsbeschwerden, welche gesetzlich zu regeln sind“, zuständig ist. Die gesetzliche Ausformung der Verfassungsbeschwerde erfolgte durch den Erlass des KVerfGG vom 5. 8. 1988. Nach § 68 Abs. 1 Satz 1 KVerfGG kann derjenige, der durch eine Handlung oder Unterlassung der öffentlichen Gewalt in einem seiner von der Verfassung gewährleisteten Grundrechte verletzt ist, die Verfassungsbeschwerde zum Verfassungsgericht erheben, *es sei denn, sie richtet sich gegen eine gerichtliche Entscheidung*. Somit sind Gerichtsentscheidungen vom Beschwerdegegenstand ausgeschlossen. Indes regelt § 68 Abs. 1 Satz 2 KVerfGG das Gebot der Rechtswegerschöpfung: „Wenn nach Maßgabe anderer Gesetze ein Rechtsweg eröffnet ist, kann die Verfassungsbeschwerde nicht vor der Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden.“ Allerdings wirkt dieses Gebot tatsächlich nicht als *Sachurteilsvoraussetzung*, sondern als *endgültige Sachurteilsversperrung*. Denn nach dem Durchlaufen des gerichtlichen Rechtswegs können nicht nur Gerichtsurteile nicht durch das Verfassungsgericht nachgeprüft werden, sondern auch die Verwaltungsakte, deren Rechtmäßigkeit durch das rechtskräftige Gerichtsurteil bestätigt worden ist⁴.

Eine Reihe koreanischer Rechtswissenschaftler, die diese rigorose Restriktion der Beschwerdegegenstände für äußerst unerfreulich halten, argumentierten wiederholt für die Verfassungswidrigkeit des gesetzlichen Ausschlusses des Gerichtsurteils

³ Vgl. Gusy, in: van Ooyen/Möllers (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht im politischen System, S. 201 (297).

⁴ Vgl. KVerfGE 10-1, 660 (671).

vom Beschwerdegegenstand⁵. Nach ihrer Meinung liegt die Hauptfunktion der Verfassungsbeschwerde ihrem Wesen nach darin, die Grundrechte vor ihrer Verletzung insbesondere *durch die rechtsprechende Gewalt* zu schützen. Angesichts dessen, dass als Vorkehrung gegen die gesetzgeberische Verfassungsverletzung das Institut der konkreten Normenkontrolle vorliegt und dass gegen die exekutive Rechtsverletzung der generelle Rechtsweg eröffnet ist, solle die Einführung der Verfassungsbeschwerde überwiegend darauf zielen, die verfassungsgerichtliche Kontrolle der *Gerichtsurteile* zu ermöglichen und somit einen lückenlosen Grundrechtsschutz zu gewährleisten. In diesem Sinne überschreite der Ausschluss des Gerichtsurteils vom Beschwerdegegenstand die Grenze des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums und sei folglich verfassungswidrig.

Dieser Ansicht liegt ein Vorverständnis zugrunde, das entscheidend von der heutigen deutschen Rechtsdogmatik zur Verfassungsbeschwerde geprägt ist. Da in die Verfassung von 1987 für die damals neu eingeführte Verfassungsbeschwerde keine Definition aufgenommen wurde, ist die Frage zu stellen, ob eine solche Behauptung der Verfassungswidrigkeit überhaupt auf eine allgemein gültige, verfestigte Definition der Verfassungsbeschwerde gestützt werden kann.

3. Zweifel an der begrifflichen Rigidität

Erstaunlicherweise lässt sich eine gesetzliche Definition der Verfassungsbeschwerde – auch außerhalb Koreas – nirgendwo finden. Zwar sprechen einschlägige Vorschriften in der Regel davon, dass wer diese und jene Voraussetzung erfülle, der könne die „Verfassungsbeschwerde“ erheben. Allerdings enthalten diese Vorschriften keine Legaldefinition der Verfassungsbeschwerde, sondern setzen deren Begriff als gegeben voraus⁶.

In der Literatur gibt es zahlreiche Versuche einer Definition der Verfassungsbeschwerde. Zum Beispiel verstand *Friesenhahn* einst unter Verfassungsbeschwerde „ein besonderes, der Verwaltungsgerichtsbarkeit zugehöriges Rechtsmittel, mit dem die Staatsbürger die Verletzung eines verfassungsmäßig gewährleisteten Rechts

⁵ 김운용 [Kim, Un-yong], 위헌심사론 [Judicial Review], S. 381; 박경철 [Park, Gyung-chul], in: 공법연구 [Public Law] 30-3 (Feb. 2002), 155 (179-181); 이석연 [Lee, Seog-yeon], 헌법소송의 이론과 실제 [Theorie und Praxis im Verfassungsprozess], S. 34; 이육한 [Lee, Uk-han], Das Verfassungsgericht der Republik Korea, S. 147-157; 정연주 [Jung, Yon-ju], in: 고시계 [Goshigye] 492 (Feb. 1998), 113 (114-121); 정종섭 [Chong, Jong-sup], 헌법소송법 [Constitutional Litigation], S. 556 f.; 허영 [Huh, Young], 헌법소송법론 [Verfassungsprozessrecht], S. 372 ff.

⁶ Lange, Begriff und Rechtscharakter der Verfassungsbeschwerden nach dem Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, S. 6.

durch die Verfügung oder Entscheidung einer Behörde geltend machen können“.⁷ Noch allgemeiner bestimmte *Nawiasky* Verfassungsbeschwerden als „Rechtsbehelfe zum Schutz gegen Verletzungen von in der V[erfassung] vorgesehenen subjektiven Rechten der Einzelpersonen, zumal wenn sie bei einem besonderen, dafür bestimmten obersten Gerichtshof geltend gemacht werden können“⁸. Hierbei wird die „Zweckbestimmung und Beschränkung auf den Schutz gegen Verletzung von in der Verfassung vorgesehenen subjektiven Rechten des Einzelnen“ als „das wesentlichste Merkmal“⁹ der Verfassungsbeschwerde in den Vordergrund gerückt. Nach *Geigers* Ansicht stellt sie hingegen „das Recht des Bürgers, gegen die Verletzung eines seiner Grundrechte durch die öffentliche Gewalt das Bundesverfassungsgericht anzurufen“¹⁰, dar. Hier wird demnach die entscheidende Stelle, also das Verfassungsgericht, als Merkmal der Verfassungsbeschwerde einbezogen.

Auch bei den vielfältigen Versuchen, aus rechtsvergleichenden Untersuchungen eine allgemeine Definition der Verfassungsbeschwerde zu finden, wurde das Institut der Verfassungsbeschwerde immer als eine *verfassungsgerichtliche* Verfahrensart charakterisiert. Zum Beispiel definierte *Lange* die Verfassungsbeschwerde als „Antrag einer natürlichen oder juristischen Person an ein Verfassungsgericht, über eine behauptete Verletzung eines verfassungsmäßigen Rechts des Antragsstellers durch einen Träger öffentlicher Gewalt zu entscheiden“¹¹, *Schumann* als „Rechtsbehelf zu einem Verfassungsgericht, der dem Schutz der eigenen verfassungsmäßigen Rechte (Grundrechte) des Beschwerdeführers dient“¹², und *Schuler* als ein „einzelnen Personen oder Personengruppen zustehende[r] Rechtsbehelf, um die Verletzung bestimmter, in der Verfassung verankerter Grund- und Freiheitsrechte durch hoheitliche Akte staatlicher Gewalt mittels eines besonderen verfassungsgerichtlichen Verfahrens zu rügen“¹³. *Brunner* hielt die Verfassungsbeschwerde für eine der verschiedenen Möglichkeiten des „Zugang[s] des Einzelnen zur Verfassungsgerichtsbarkeit“. Er bezeichnete etwa die deutsche Verfassungsbeschwerde als einen Prototyp der sog. „echten Grundrechtsbeschwerde“, unter welcher er den Rechtsbehelf verstand, „mit dem sich der Einzelne gegen einen seine Grundrechte unmittelbar verletzenden Akt der öffentlichen Gewalt an das Verfassungsgericht wenden kann“¹⁴. Das Prädikat „echt“ wies nur darauf hin, dass ein solcher Zugang neben der prototypischen Ver-

⁷ *Friesenhahn*, in: *Anschütz/Thoma*, HdbDStR II, S. 523 (527).

⁸ *Nawiasky/Leusser*, Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946, S. 144.

⁹ *Boulanger*, Die geschichtlichen Grundlagen der heutigen Verfassungsbeschwerde, S. 4.

¹⁰ *Geiger*, Die Verfassungsbeschwerde nach dem Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. 3. 1952, in: *Bundesanzeiger* 1952, Nr. 30, S. 6 (zitiert nach *Lange*, a.a.O., S. 33).

¹¹ *Lange*, a.a.O., S. 39.

¹² *Schumann*, in: *Starck/Stern* (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit II, S. 149 (158).

¹³ *Schuler*, Die Verfassungsbeschwerde in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich, S. 28; *ders.*, JöR n.F. 19 (1970), 129.

¹⁴ *Brunner*, JöR n.F. 50 (2002), 191 (206).

fassungsbeschwerde auch durch andere Rechtsinstitute, wie etwa den unmittelbaren Antrag an das Verfassungsgericht auf konkrete Normenkontrolle (sog. „unechte Grundrechtsbeschwerde“¹⁵), eröffnet werden kann.

Der Überblick über die wissenschaftlichen Definitionen der Verfassungsbeschwerde legt den Eindruck nahe, dass dieses Rechtsinstitut begrifflich mit der Existenz eines Verfassungsgerichts sehr eng verflochten ist. In seiner Definition verweben sich der Zweck des Rechtsinstituts, Grundrechte judizierbar zu machen, und die Zuständigkeit des Verfassungsgerichts hierfür. Die Verfestigung einer solchen Definition ist jedoch deshalb nicht zu begrüßen; die Verfassungsbeschwerde ist ja lediglich eines von mehreren Mitteln, den Zweck des Grundrechtsschutzes zu erreichen. Möglicherweise dienen auch andere Gerichte der Judizialität der Grundrechte so gut wie das Verfassungsgericht. Ohne die Differenzierung verschiedener Typen der Grundrechtsverletzung und ohne Anbieten eines Hilfskonzepts suggeriert aber die geläufige Definition der Verfassungsbeschwerde, dass das Verfassungsgericht grundsätzlich jeglicher Grundrechtsverletzung lückenlos abhelfen können sollte. Freilich führt die übermäßige Erwartung allzu leicht zu einer unerwünschten Überlastung. Die Rigidität des Begriffs der Verfassungsbeschwerde wird durch die Hinnahme dieser Gefahr erkaufte. Bei alledem wirkte sich dieser gerade in der Entlastungskommission von 1996 auf den – vom praktischen Gesichtspunkt aus sinnvollen – Vorschlag, die sog. „Verfahrensgrundrechtsbeschwerde“¹⁶ einzuführen, blockierend aus. Das Entlastungsmodell, wonach die Entscheidung über Verfassungsbeschwerden, soweit sie die Verletzung von Verfahrensgrundrechten betreffen, den obersten Landesgerichten und den obersten Gerichtshöfen des Bundes zur im Grundsatz abschließenden Entscheidung übertragen werden sollte, wurde nämlich mit dem folgenden Argument abgelehnt: „Die Verfahrensgrundrechtsbeschwerde würde auf dem Gebiet der Verfahrensgrundrechte die Verfassungsbeschwerde materiell beseitigen“¹⁷; es gehöre zum „Wesen der Verfassungsbeschwerde“, dass „über sie durch ein Verfassungsgericht entschieden wird, nicht durch obere Landesgerichte und oberste Bundesgerichte“¹⁸. Allerdings ist ausgesprochen fraglich, worauf eine derartige Auffassung über das Wesen der Verfassungsbeschwerde denn *rechtlich* gestützt werden kann. Wenn es hierbei bloß um einen *dogmatischen* Begriff geht, der aus einem spezifischen Gesetzesmaterial *de lege lata* sekundär abgeleitet wird, stellt sich die Frage, ob es angemessen ist, nur wegen des Widerspruchs gegen einen derartigen Begriff die rechtspolitische Diskussion über die Verfassungsbeschwerde

¹⁵ Brunner, a.a.O., S. 218 f.; zu einer ähnlichen Klassifizierung, nämlich „echte“ und „unechte Individualverfassungsbeschwerde“, vgl. Wieser, Vergleichendes Verfassungsrecht, S. 141 f.

¹⁶ Bericht der Kommission zur Entlastung des BVerfG, S. 16 f. u. 139-146.

¹⁷ Ebenda, S. 17.

¹⁸ Ebenda, S. 79.

zum Scheitern zu verurteilen. Kurz gesagt: Ist der jetzige Begriff der „Verfassungsbeschwerde“ ein absoluter, dem man keine Einschränkung sowie Modifikation hinzufügen darf?

II. Die Extension des Begriffs der Verfassungsbeschwerde

1. Diachronische Betrachtung des Begriffs der Verfassungsbeschwerde

Um näher zu klären, welche Merkmale bei der Definition der Verfassungsbeschwerde als begriffswesentlich anzusehen sind, ist es durchaus sinnvoll, den geschichtlichen Entwicklungen der Verfassungsbeschwerde in Deutschland nachzugehen.

a) Die bayerische Verfassung von 1818

Was die Geschichte des Ausdrucks „Verfassungsbeschwerde“ angeht, so lässt er sich bis in die sechziger Jahre des neunzehnten Jahrhunderts zurückverfolgen. Damals wurde er erstmals in der bayerischen Staatspraxis verwendet, um die in der Verfassungsurkunde für das Königreich Bayern vom 26. Mai 1818 garantierte „Beschwerde über Verletzung der constitutionellen Rechte“ (Titel VII § 21) zu umschreiben¹⁹. Der Ausdruck wurde 1885 von dem bayerischen Staatsrechtler *Max von Seydel* auch in die Wissenschaft übernommen²⁰. Allerdings unterschied sich die damalige bayerische Beschwerde in ihrem Rechtscharakter von der heutigen Verfassungsbeschwerde. Denn der Adressat der Beschwerde war kein gerichtsförmiges Staatsorgan, sondern unmittelbar die Volksvertretung und mittelbar der König²¹. Des Weiteren bestand die Hauptfunktion der Beschwerde eher darin, die Ständeversammlung zu veranlassen, die in Bezug auf die seinerzeit noch nicht justiziablen *Administrativakte* bestehende Kontrolllücke zu schließen²².

b) Die Frankfurter Reichsverfassung von 1849

¹⁹ Vgl. *Schumann*, a.a.O., S. 154 f.

²⁰ Vgl. *Schumann*, a.a.O., S. 155.

²¹ Vgl. *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, S. 1271. Dennoch bildete das Institut der Beschwerde in Bayern den Keim für die Entstehung des dem Grundrechtsschutz dienenden, außerordentlichen Rechtsbehelfs und bietet insoweit einen Ansatz für das Vorverständnis der Verfassungsbeschwerde.

²² Vgl. *Schumann*, a.a.O., S. 162 ff.; zu Einzelheiten über die Verfassungsbeschwerde nach der Bayerischen Verfassung von 1818 siehe auch *Boulanger*, a.a.O., S. 5-17; *O. Müller*, Die Verfassungsbeschwerde nach der Bayerischen Verfassung von 1818.

Ein wichtiger Vorläufer der heutigen Verfassungsbeschwerde findet sich in der Frankfurter Reichsverfassung vom 28. März 1849. Gemäß § 126 lit. g Satz 1, lit. h dieser Verfassung sollte das Reichsgericht zuständig sein für Entscheidungen über „Klagen deutscher Staatsbürger wegen Verletzung der durch die Reichsverfassung ihnen gewährten Rechte“ und „Beschwerden wegen verweigerter oder gehemmter Rechtspflege, wenn die landesgesetzlichen Mittel der Abhülfe erschöpft sind“. Somit hatte das diesbezügliche Verfahren den Charakter eines gerichtlichen Rechtsbehelfs²³. Zweifelsohne bildete dieses Rechtsinstitut einen bedeutsamen Teil der „Traditionskette“²⁴ des gerichtlichen Grundrechtsschutzes in Deutschland²⁵, und zwar insofern, als sie als *eigenständiger Individualrechtsbehelf* konzipiert wurde und der Grundrechtsschutz dabei keine bloße Begleitfunktion darstellte. Allerdings konnte es wegen des Scheiterns der Frankfurter Reichsverfassung nebst ihrem Ausführungsgesetz nicht verwirklicht werden, so dass über seine konkrete Ausgestaltung „nur spekuliert“²⁶ werden kann: Zum einen wäre der Schwerpunkt der Verfassungsklage gemäß § 126 lit. g wahrscheinlich auf die Kontrolle der *einzelstaatlichen* öffentlichen Gewalt gelegt worden, genauso wie sich die reichsgerichtliche Kognition der Verletzung der naturrechtlichen Freiheit bzw. Gleichheit etwa im 18. Jahrhundert überwiegend auf den *territorialhoheitlichen* Machtmissbrauch bezogen hatte²⁷.

²³ Gerade in diesem Punkt unterscheidet sich die Verfassungsbeschwerde der Reichsverfassung von 1849 sowohl von der Beschwerde der Bayerischen Verfassung von 1818 als auch von anderen im 19. Jahrhundert auf der Gesamtstaatsebene etablierten politischen Behelfen gegen Verletzungen der Grundrechte, wie etwa den Beschwerden nach Art. 46 der Wiener Kongressakte vom 8. Juni 1815, nach Art. 29 der Wiener Schlussakte vom 15. Mai 1820 oder nach Art. 77 der Reichsverfassung vom 16. April 1871. Nach Art. 46 der Wiener Kongressakte konnte nämlich die Bundesversammlung über die Verletzung der „Verfassung Frankfurts“ – auch durch Akte der Gesetzgebung oder der Verwaltung – entscheiden, wobei die Verletzung der verfassungsmäßigen Rechte von jedermann gerügt werden konnte. Die Bundesversammlung war nach Art. 29 der Wiener Schlussakte ebenfalls ermächtigt, der von einem einzelnen Staatsbürger des Deutschen Bundes behaupteten Justizverweigerung abzuhelpen. Unter der Reichsverfassung vom 16. 4. 1871 war demgegenüber der Bundesrat befugt, die nunmehr auf Fälle der Justizverweigerung beschränkten Beschwerden anzunehmen. Vgl. *Schmidt-Bleibtreu*, in: *Maunz u.a.*, BVerfGG (Stand: Sep. 2003), § 90 Rn. 1 f.

²⁴ *Stern*, a.a.O., S. 1269.

²⁵ Diese Tradition findet sich schon in der Zeit des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation. Damals bestand die Möglichkeit der gerichtlichen Klage gegen den König (Sachsenspiegel Teil III, Art. 52, § 3 am Ende) bzw. gegen die Reichsstände (Jüngster Reichsabschied von 1654 § 105). Allerdings hatte eine solche Klage überwiegend den Charakter eines Instruments zum Schutz der objektiven Verfassungsordnung. Denn beispielsweise konnten mit der Klage gegen die Reichsstände u.a. die Verletzung der obrigkeitlichen Pflichten der Reichsstände oder ihr Kompetenzmissbrauch geltend gemacht werden, und die Klagebefugnis wurde nicht nur einzelnen Untertanen eingeräumt, sondern auch der Reichsgewalt, anderen Reichsständen und den Reichsmittelbaren. Vgl. *Geiger*, BVerfGG, Einleitung, S. XI f.; *Schmidt-Bleibtreu*, a.a.O., § 90 Rn. 1; *Vofßkuhle*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 93 Rn. 2.

²⁶ *Kühne*, Die Reichsverfassung der Paulskirche, S. 200.

²⁷ Zum – u.a. gegen die Landeshoheit gerichteten – Freiheitsschutz durch die reichsgerichtliche Rechtsprechung im 18. Jahrhunderts vgl. *Württemberg*, in: FS für Benda zum 70. Geburtstag, S. 443, 450-452; bezüglich der reichsgerichtlichen Prüfung von territorialen Gesetzgebungsakten bei Verletzung

Dies zeigt sich symptomatisch an der Tatsache, dass etwa § 130 der Frankfurter Reichsverfassung die Gewährleistung der Grundrechte namentlich auf die „Verfassung oder Gesetzgebung eines deutschen Einzelstaates“ bezog²⁸. Eine Grundrechtsverletzung durch die Reichsgesetzgebung galt hingegen als unwahrscheinlich²⁹, oder es wurde befürchtet, dass die neu zu schaffende gesetzgebende Gewalt des Reiches wegen der Möglichkeit des Antrags auf Nachprüfung von Reichsgesetzen *durch jeden Einzelnen* geschwächt werden würde³⁰. Zum anderen ist jedenfalls zu beachten, dass es nach der Vorstellung der Verfassungsväter in erster Linie die Aufgabe der Landesgerichte war, auf der Ebene der Einzelstaaten einen weitreichenden Grundrechtsschutz einschließlich inzidenter Normenprüfung zu bewirken³¹. Vom Reichsgericht wurde hingegen erwartet, im Rahmen der Verfassungsklage „nur als höchste Instanz“, d.h. „als eine Art Kassationshof“, „über die Auslegung der Grundrechte [zu] wachen“³². Somit lässt sich die Folgerung ziehen, dass „1848 nicht daran gedacht [wurde], das Gros grundrechtlicher Verfassungsklagen von einzelnen vor das Reichsgericht bringen zu lassen. Vielmehr sollten hierfür und namentlich für Lappalien bzw. Bagatellen die Landesgerichte zuständig sein.“³³

c) Die Bayerische Verfassung von 1919

Die Verfassungsbeschwerde als echter Individualrechtsbehelf wurde in Deutschland erstmals durch die Bayerische Verfassung vom 14. August 1919 eingeführt, wobei der Begriff der „Verfassungsbeschwerde“ auch ausdrücklich in den Verfassungstext aufgenommen wurde³⁴. Gemäß § 93 Satz 1 dieser Verfassung konnte gegen „die Tätigkeit einer Behörde“ Beschwerde an den Staatsgerichtshof erhoben werden. Demnach schied die Tätigkeit des *Landtags* als Beschwerdegegenstand aus. Gewissermaßen fungierte der Staatsgerichtshof im Rahmen der Verfassungsbeschwerde als „eine Art von Sonderverwaltungsgericht“³⁵. Es wurde aber auch die Meinung vertreten, dass die Verfassungsbeschwerde gegen *gerichtliche Entschei-*

der sog. *iura quaesita* der Untertanen im Heiligen Römischen Reich vgl. *Herrmann*, Entstehung, Legitimation und Zukunft der konkreten Normenkontrolle im modernen Verfassungsstaat, S. 33-41.

²⁸ § 130 der Frankfurter Reichsverfassung lautete: „Dem deutschen Volk sollen die nachstehenden Grundrechte gewährleistet se[i]n. Sie sollen den Verfassung der deutschen Einzelstaaten zur Norm dienen, und keine Verfassung oder Gesetzgebung eines deutschen Einzelstaates soll dieselben je aufheben oder beschränken können.“

²⁹ Vgl. *Herrmann*, a.a.O., S. 83.

³⁰ Vgl. *H. J. Faller*, in: FS für Geiger zum 65. Geburtstag, S. 827 (844).

³¹ Vgl. *Herrmann*, a.a.O., S. 81-83.

³² *Kühne*, a.a.O., S. 200 f.; *Stern*, a.a.O., S. 1270.

³³ *Kühne*, a.a.O., S. 201.

³⁴ § 70 Satz 1 dieser Verfassung lautete: „Über Ministeranklagen, Verfassungsbeschwerden und Verfassungstreitigkeiten, für welche ein Rechtsweg nicht eröffnet ist, entscheidet der Staatsgerichtshof.“

³⁵ *Nawiascky*, Bayerisches Verfassungsrecht, S. 452.

dungen eingelegt werden konnte³⁶. Zur Begründung dieser Auffassung wurde argumentiert, § 93 Satz 2 verlange als Prozessvoraussetzung, dass „der Rechtsweg erschöpft ist“³⁷. Allerdings setzte sich diese Meinung nicht durch. Man kann diesbezüglich davon ausgehen, dass die der Verfassungsbeschwerde stattgebende Entscheidung nach den gesetzlichen Regelungen nur ein einfaches Feststellungsurteil war (§ 47 Abs. 2 StGHG) und dass der Vollzug der Beseitigung der Rechtsverletzung dem zuständigen Ministerium oblag (§ 47 Abs. 3 StGHG). Daraufhin sah der Staatsgerichtshof das die Verfassungswidrigkeit der angefochtenen gerichtlichen Entscheidung feststellende Urteil als rechtlich bedeutungslos an, „weil der Staatsregierung jeder Eingriff in die Rechtsprechung der Zivil- und Strafgerichte untersagt ist“ und weil auch „den Gerichten jeder prozeßuale Behelf fehlen“ würde, „ihre rechtskräftigen Entscheidung zu ändern“³⁸. Daraus zog das Gericht die Folgerung, dass die Verfassungsbeschwerde dann nicht statthaft ist, wenn über die angefochtene Verletzung der verfassungsmäßigen Rechte eine rechtskräftige Entscheidung vorliegt³⁹. Somit war die Verfassungsbeschwerde praktisch nur für den kleinen Kreis von Fällen, in denen wegen des damaligen Enumerativprinzips der Verwaltungsgerichtsbarkeit kein gerichtlicher Rechtsweg eröffnet war, von Bedeutung⁴⁰.

d) Die Weimarer Verfassung

Die Vorstellung, dass die Verfassungsbeschwerde ein den fehlenden oder lückenhaften verwaltungsgerichtlichen Rechtsweg ergänzendes Verfahren sei, herrschte in Deutschland bis 1946. Dies galt auch in der Weimarer Republik. Nach einem Antrag, den die deutschvölkische Fraktion in der 121. Sitzung des Reichstages vom 20. November 1925 stellte, sollte durch die Änderung des Art. 19 Abs. 1 Weimarer Reichsverfassung dem damaligen Staatsgerichtshof die Zuständigkeit für Entscheidungen über Beschwerden übertragen werden, die ein Einzelner mit der Behauptung, durch die Tätigkeit einer Behörde in seinem Recht unter Verletzung der Verfassung geschädigt worden zu sein, erheben können sollte. Die Beschwerde sollte jedoch nur zulässig sein, „wenn vorher ohne Erfolg bei der obersten Aufsichtsbehörde Abhilfe nachgesucht [wurde] und der Rechtsweg nicht eröffnet ist“⁴¹. Allerdings wurde dieser Antrag abgelehnt, weil die Frage des Grundrechtsschutzes vor der Schädigung durch die Tätigkeit einer Behörde zweckmäßiger bei den Beratungen über das

³⁶ *Nawiasky*, a.a.O., S. 458 f.; *Anraths*, Diskuss., in: Verhandlungen des 34. DJT, Bd. II, S. 236.

³⁷ *Nawiasky*, a.a.O., S. 458.

³⁸ StGH Entscheidung vom 12. 5. 1921, BVBl 1925, 124.

³⁹ Ebenda.

⁴⁰ Vgl. *Stern*, a.a.O., S. 1272; *Schmidt-Bleibtreu*, a.a.O., § 90 Rn. 4; *Schumann*, a.a.O., S. 177.

⁴¹ Drucksache Nr. 1489. Zitiert nach *Boulanger*, a.a.O., S. 61.

Reichsverwaltungsgericht erledigt werden sollte⁴². Wahrscheinlich wollten die Mehrheit des Reichstages und die Reichsregierung einen solchen Grundrechtsschutz dem in der Weimarer Reichsverfassung vorgesehenen Reichsverwaltungsgericht überantworten.

e) Die Verfassungen in der Nachkriegszeit

Nach dem Zweiten Weltkrieg erhielten die Verfassungsgerichte in den deutschen Ländern eine herausragende Position. Zum Beispiel wurde der Bayerische Verfassungsgerichtshof in der Bayerischen Verfassung vom 2. Dezember 1946 „als oberstes Gericht für staatsrechtliche Fragen“ bezeichnet (Art. 60). Das Gericht hatte die umfassenderen Zuständigkeiten. Darunter fiel die Entscheidungskompetenz in Bezug auf Verfassungsbeschwerden (Art. 66, Art. 120). Auf der anderen Seite erfuhr die Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die Einführung einer Generalklausel ihrerseits eine Erweiterung ihrer Zuständigkeiten. Diese Änderungen des Rechtszustandes verlangten die Neuordnung des Verhältnisses zwischen der Verwaltungsgerichtsbarkeit und dem Verfassungsgerichtshof, besonders bezüglich der Verfassungsbeschwerde⁴³. Damit die Verfassungsbeschwerde durch die Generalklausel und das Gebot der Rechtswegerschöpfung nicht schlechthin ausgeschaltet wurde, musste der Bayerische Verfassungsgerichtshof auch dann die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde bejahen, wenn über die angebliche Grundrechtsverletzung bereits eine rechtskräftige fachgerichtliche Entscheidung ergangen war. Nach seiner Rechtsprechung könne er zwar der Verfassungsbeschwerde gegen ein rechtskräftiges Gerichtsurteil nicht durch dessen Aufhebung abhelfen, jedoch mache das die Verfassungsbeschwerde nicht unzulässig, denn das rechtliche Interesse des Beschwerdeführers an der Feststellung der Verfassungswidrigkeit des behördlichen Verhaltens bleibe bestehen⁴⁴. Jedenfalls wurde die Verfassungsbeschwerde in der Bayerischen Verfassung von 1946 als ein Rechtsinstitut gegen *behördliche* Grundrechtsverletzungen verstanden; sie konnte „nicht unmittelbar“⁴⁵ gegen Akte der Gesetzgebung erhoben werden. Für die unmittelbare Kontrolle der Grundrechtskonformität von Gesetzen und Verordnungen wurde ein neues Rechtsinstitut aufgrund Art. 98 Satz 4 der Verfassung, § 54 Abs. 1 des Gesetzes über den Verfassungsgerichtshof geschaffen, welches in der Literatur als „Popularklage“ bezeichnet wird⁴⁶.

Um von dem klassischen Begriff der „Verfassungsbeschwerde“, welchem man ei-

⁴² Vgl. *Boulanger*, a.a.O., S. 62.

⁴³ *Nawiasky/Leusser*, a.a.O., S. 170.

⁴⁴ Vgl. *Boulanger*, a.a.O., S. 40.

⁴⁵ *Nawiasky/Leusser*, a.a.O., S. 202.

⁴⁶ Näheres über die bayerische Popularklage bei *Domcke*, in: *Starck/Stern* (Hrsg.), *Landesverfassungsgerichtsbarkeit II*, S. 230 ff.

nen „spezifisch bayerischen Charakter“⁴⁷ zuschreiben mag, Abstand zu nehmen, vermieden die hessische Verfassung vom 11. Dezember 1946 und das hessische Staatsgerichtshofgesetz vom 12. Dezember 1947 diese Bezeichnung. Stattdessen benutzten die §§ 45 ff. dieses Gesetzes den neutralen Ausdruck „Antrag“. Mit diesem konnte jedermann vor dem Staatsgerichtshof die Verletzung seiner Grundrechte, sei es durch die Exekutive, Judikative oder Legislative, rügen.

Diese Art Rechtsbehelf mit dem umfangreichsten Kontrollbereich wurde jedoch mit der Verabschiedung des BVerfGG am 12. März 1951 eben als „Verfassungsbeschwerde“ bezeichnet. Bis dahin unterlag der Begriff der Verfassungsbeschwerde auf der Bundesebene freilich Schwankungen in der Konzeption. Dieser Begriff deutete im Herrenchiemseer Konvent im Grunde auf die Verfassungsbeschwerde im klassischen Sinne hin. Das heißt, der Beschwerdegegenstand sollte sich auf „eine behördliche Anordnung“⁴⁸ beschränken. Folgerichtig war die Erforderlichkeit bzw. (sogar) Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde nicht unbestritten, einerseits weil für den Grundrechtsschutz gegen eine behördliche Anordnung schon eine Generalklausel vorgesehen war, andererseits weil die Rechtskraft der wegen des Gebots der Rechtswegerschöpfung vorgeschalteten Entscheidungen anderer oberster Gerichte nach der herrschenden Meinung im Verfassungskonvent auf jeden Fall nicht entwertet werden durfte⁴⁹.

Im Parlamentarischen Rat findet sich hingegen kein konsequenter Sprachgebrauch bezüglich der Verfassungsbeschwerde. In der 5. Sitzung des Kombinierten Ausschusses vom 23. September 1948 wurden die Verfassungsbeschwerde und die Popularklage anscheinend begrifflich nicht deutlich voneinander unterschieden⁵⁰. Dabei ging es in der Hauptdebatte darum, ob das Bundesverfassungsgericht angesichts der Überlastungsmöglichkeit über sog. Popularklagen „nicht in erster Instanz, sondern in letzter Instanz“⁵¹ entscheiden sollte. Hierfür sprach sich *Mücke* aus⁵² und *Zinn* stimmte dem Vorschlag zu, aber nur mit dem Vorbehalt, dass auf jeden Fall von den Staatsgerichtshöfen der Länder ein Weg zum Bundesverfassungsgericht eröffnet werden sollte, um die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu sichern⁵³. Dagegen waren *Löwenthal* und *Selbert*. Nach ihrer Meinung sollte das Gericht „in ers-

⁴⁷ *Schumann*, a.a.O., S. 157.

⁴⁸ *Beyerle*, Diskuss., in: HCh, Plenarsitzungen vom 23. Aug. 1948 (veröff. in: PR, Akten und Protokolle II, S. 454 u. 458).

⁴⁹ Vgl. HCh, Bericht des Unterausschusses III (veröff. in: PR, Akten und Protokolle II, S. 324).

⁵⁰ Vgl. *Hain*, a.a.O., S. 52.

⁵¹ *Mücke*, Diskuss., in: PR, Organisationsausschuss, kombiniert mit dem Rechtspflegeausschuss, StenProt. der 5. Sitzung vom 23. Sep. 1948, S. 77 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 34).

⁵² Ebenda.

⁵³ *Zinn*, Diskuss., in: ebenda, S. 81 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 36).

ter und letzter Instanz⁵⁴ entscheiden, weil ein Rechtszug in den verfassungsrechtlichen Sachen, die meist sehr dringlich seien, nur eine Verschleppung bedeute⁵⁵ oder weil wegen der Bedeutung der Popularklage die Entscheidung hierüber nicht auf die untere Ebene verlagert werden könne⁵⁶. Nachdem die Sitzung ohne über dieses Thema abzustimmen geschlossen worden war, wurden mehrere schriftliche Vorschläge zur Verfassungsbeschwerde unterbreitet, darunter *Zinns* Vorschlag vom 3. November 1948⁵⁷. Nach seiner Konzeption schien das Institut der Verfassungsbeschwerde aber hauptsächlich auf eine Art Normenkontrolle abzielen. Denn die Verfassungsbeschwerde war nach seinem Vorschlag nur dann statthaft, wenn „die Bedeutung der Sache über den Einzelfall hinausgeht, insbesondere mit einer Wiederholung zu rechnen ist und daher eine allgemeine Regelung erforderlich erscheint“. Hinzu kommt, dass die Entscheidung hierüber „Gesetzeskraft“ haben sollte. Eine andere Konzeption findet sich in *Strauß*' Vorschlag vom 8. Nov. 1948. Er konzipierte die Verfassungsbeschwerde als Verfahren, das eine etwaige Lücke in der Verwaltungsgerichtsbarkeit schließen sollte. Sein Vorschlag lautete:

„(1) Jeder Deutsche kann Verfassungsbeschwerde erheben, wenn er sich durch die Verfügung oder Entscheidung einer Behörde in einem Grundrecht oder in einem sonst nach diesem Grundgesetz zustehenden Recht verletzt glaubt.

(2) Die Verfassungsbeschwerde ist nur zulässig, soweit nicht der Rechtsweg an die Gerichte oder die Verwaltungsgerichte eröffnet ist; sie ist erst zulässig, wenn der Verwaltungsweg erschöpft ist.

(3) Richtet sich die Verfassungsbeschwerde gegen eine Verfügung oder Entscheidung einer Bundesbehörde oder einer Behörde der bundesunmittelbaren Selbstverwaltung, so ist das Oberste Bundesgericht, sonst das Verfassungsgericht des beteiligten Landes zuständig. Das Nähere wird durch Gesetz bestimmt.“⁵⁸

Ohne dass diese Vorschläge in den weiteren Beratungen diskutiert wurden, scheiterte im Ergebnis die Aufnahme der Verfassungsbeschwerde in das Grundgesetz. Jedenfalls ist bemerkenswert, dass nach diesen beiden Vorschlägen die Entscheidung über Verfassungsbeschwerden nunmehr nicht dem Bundesverfassungsgericht oblag, sondern dem Obersten Bundesgericht, das sich an dem Vorbild des US *Supreme Court* orientierte. Dies deutet darauf hin, dass eine angebliche Grundrechtsverletzung durch Gerichtsurteile normalerweise nicht im Wege der Verfassungsbeschwerde, sondern durch ein ordentliches Rechtsmittel an das Oberste Bundesge-

⁵⁴ *Löwenthal*, Diskuss., in: ebenda, S. 78 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 34).

⁵⁵ Ebenda.

⁵⁶ *Selbert*, Diskuss., in: ebenda, S. 79 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 35).

⁵⁷ Siehe oben Erster Teil, Fn. 146, Art. N.

⁵⁸ Dr. *Strauß*, Neue Vorschläge zur Formulierung der Art. 97-100 (8. Nov. 1948), Anlage 2, veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 410.

richt gelangen sollte.

Somit lässt sich festhalten, dass es in der deutschen Rechtsgeschichte kein einheitliches Konzept der Verfassungsbeschwerde gab. Abgesehen von dem gemeinsamen Zweck des Grundrechtsschutzes haben etwa der Beschwerdegegenstand und der Entscheidungsträger je nach Epoche stark geschwankt. Zumindest in einigen Konzepten wurde auf die alleinige Zuständigkeit eines verselbständigten Verfassungsgerichts für Verfassungsbeschwerden verzichtet. Dies war der Fall insbesondere beim Reichsgericht der Frankfurter Reichsverfassung von 1849 und bei den Vorschlägen im Parlamentarischen Rat, das Bundesverfassungsgericht nicht in erster Instanz entscheiden zu lassen oder die Entscheidung über Verfassungsbeschwerden dem Obersten Bundesgericht zu überantworten. Wenn all diese Varianten unter dem Begriff der Verfassungsbeschwerde zu kategorisieren sind, liegt die Schlussfolgerung nahe, dass der heute in Deutschland geläufige Begriff der Verfassungsbeschwerde nur einen spezifischen Typus von verschiedenen Varianten aufweist.

2. Ein Blick auf ausländische besondere Grundrechtsschutzinstrumente

Wenn man die Definition der Verfassungsbeschwerde noch allgemeiner fassen möchte, ist es zweckmäßig, dabei auch auf die ausländischen Grundrechtsschutzinstrumente zu blicken, zumal die Institutionalisierung eines gesonderten justiziellen Grundrechts- bzw. Menschenrechtsschutzes heutzutage ein weltweites Phänomen ist. Dadurch kann man nicht nur der Gefahr, „den Begriffen unserer eigenen Dogmatik verhaftet zu bleiben“⁵⁹, effektiv begegnen, sondern auch die Vorzüge bzw. Nachteile eines bestimmten Rechtsinstituts in rechtvergleichender Perspektive in aufschlussreicher Weise würdigen. Da eine umfangreiche Darstellung der ausländischen Pendanten zur Verfassungsbeschwerde aber über das Untersuchungsziel dieser Arbeit hinausgeht, werden hier nur wenige Beispiele skizzenhaft erwähnt.

a) Die USA

In den USA ist ein gesondertes Gerichtsverfahren für den Grundrechtsschutz nicht vorgesehen. Zur Prüfung der Grundrechtskonformität der Akte der öffentlichen Gewalt dient grundsätzlich das normale Gerichtsverfahren. Freilich hat das *Appeal-Verfahren* beim US *Supreme Court* näher betrachtet gewissermaßen den Charakter eines solchen besonderen Gerichtsverfahrens. Dies hängt insbesondere damit zusammen, dass „ein Überwechseln von der einzelstaatlichen in die bundesstaatliche

⁵⁹ Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 34.

Gerichtshoheit⁶⁰ in den USA, anders als in Deutschland, nur ausnahmsweise statthaft ist. Eine solche Ausnahme liegt u.a. vor, wenn Entscheidungen von einzelstaatlichen höchsten Gerichten ein durch die Bundesverfassung gewährleitetes Recht nicht hinreichend berücksichtigt haben, so dass sie im Wege des „*Writ of Certiorari*“ – aber ermessensabhängig angenommen – der Kontrolle durch den US *Supreme Court* unterliegen. Hierbei spricht man zwar von einem *Appeal*-(d.h. Revisions-)Verfahren, es geht jedoch materiell um ein außerordentliches Verfahren zur Aufhebung der normalerweise als „letztinstanzlich“⁶¹ zu bezeichnenden Entscheidungen einzelstaatlicher höchster Gerichte wegen ihrer Grundrechtswidrigkeit.

Als ein Sonderverfahren, das dem Grundrechtsschutz dient, ist noch das Verfahren des „*Writ of Habeas Corpus*“ zu erwähnen. Dieses Rechtsinstitut geht in seinen Wurzeln auf die englische Verfassungsordnung des 17. Jahrhunderts zurück. Der *Writ of Habeas Corpus* dient generell dem Schutz der persönlichen Freiheit vor willkürlicher Inhaftierung in jeglicher Form. Auffällig ist, dass der Antrag auf *Writ of Habeas Corpus* zum *Supreme Court* gelegentlich – wenn auch in begrenztem Umfang – eine ähnliche Funktion wie die deutsche Verfassungsbeschwerde hat. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn inhaftierte und bereits verurteilte Straftäter den US *Supreme Court* anrufen, um regelmäßig eine Missachtung der bundesverfassungsrechtlichen Gewährleistungen in einzelstaatlichen Strafverfahren geltend zu machen⁶². Als eine Voraussetzung hierfür muss der Antragsteller freilich vorher die Rechtsschutzmöglichkeiten durch den einzelstaatlichen Rechtsweg erschöpfen, und zwar dadurch, dass er zumindest einmal in einem Verfahren vor dem höchsten einzelstaatlichen Gericht die betreffende Rechtsfrage erörtert.

b) Die Schweiz

Ebenso wie der US *Supreme Court* vereinigt das schweizerische Bundesgericht sowohl die Verfassungsgerichtsbarkeit als auch die Fachgerichtsbarkeit in sich. Merkwürdig ist, dass sich das Fehlen eines verselbständigten Verfassungsgerichts in der Schweiz niemals negativ auf die Charakterisierung des besonderen Grundrechtsschutzinstruments beim Bundesgericht als Verfassungsbeschwerde ausgewirkt hat. Als schweizerische Verfassungsbeschwerde galt bis vor Kurzem die sog. „staatsrechtliche Beschwerde“. Zwar gliedert sich das Bundesgericht je nach Fachbereich in mehrere Abteilungen sowie Kammern und die Entscheidung über staatsrechtliche Beschwerden oblag der staatsrechtlichen Kammer der staats- und verwaltungsrechtlichen Abteilung. Allerdings ist nicht zutreffend, nur diese Kammer bzw. Abteilung

⁶⁰ *Kau*, United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht, S. 375.

⁶¹ Ebenda, S. 375.

⁶² Ebenda, S. 371.

als Träger der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit zu betrachten; ungeachtet der internen Geschäftsverteilung steht die Kompetenz zur Staatsrechtspflege, ebenso wie die zur Verwaltungsrechtspflege, zur Zivilrechtspflege bzw. zur Strafrechtspflege, dem Bundesgericht als Ganzem zu⁶³.

Die Entstehung der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit hing von Anfang an mit den Bestrebungen auf „Stärkung der Bundesgewalt im Sinne der Errichtung des Bundesstaates und damit auch eines ständigen eidgenössischen Rechtspflegeorgans“⁶⁴ zusammen. Demgemäß eröffnete Art. 105 der Bundesverfassung von 1848 zwar erstmals die Möglichkeit der bundesgerichtlichen Abhilfe für den Fall der Verletzung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechte des Einzelnen durch die Staatsgewalt⁶⁵, zu dieser gehörten jedoch nur kantonale Behörde, aber nicht Bundesorgane. Damals war dies „naturgemäß“, zumal die Bundesgewalt „zunächst noch nicht bestand“ und auch nach dem Erlass der Bundesverfassung von 1848 „ihr Aufgabenkreis [...] sehr eng umschrieben war“⁶⁶. Aber ein Schutzbedürfnis gegenüber der Bundesgewalt wurde nach wie vor nicht anerkannt, als das Institut der staatsrechtlichen Beschwerde anlässlich der Totalrevision der Bundesverfassung im Jahre 1874 eingeführt wurde⁶⁷. Infolgedessen wurde die staatsrechtliche Beschwerde nur gegen kantonale Akte zugelassen. In diesem Zusammenhang ist es kein Wunder, dass behauptet wird, das Institut der staatsrechtlichen Beschwerde habe einen „ausgesprochen bundestaatlichen Charakter“⁶⁸ und stelle sich als eine „eigentümliche Form der Bundesaufsicht“⁶⁹ oder als „Ersatzinstitution für die fehlende justizmäßige Bundesaufsicht“⁷⁰ dar.

Außer der Verfassungsbeschwerde gibt es in der Schweiz andere Rechtsmittel, wie etwa die zivilrechtliche oder strafrechtliche Beschwerde, die der materiellen Ausübung der Verfassungsgerichtsbarkeit dienen können. Allerdings erfolgt der Grundrechtsschutz dabei lediglich inzident. Anders als in den USA, erscheinen sie nicht als außerordentlicher Rechtsbehelf zum Schutz der Grundrechte. Hierfür sind mehrere Faktoren verantwortlich: Da die Gesetzgebung etwa auf den Gebieten des Zivil- und des Strafrechts in der Schweiz dem Bund zugewiesen ist⁷¹, bildet die Wei-

⁶³ Vgl. *Giacometti*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichtes, S. 21; *Schuler*, JöR n.F. 19 (1970), 129 (139 f.).

⁶⁴ *Giacometti*, a.a.O., S. 28.

⁶⁵ Art. 105 der Bundesverfassung von 1848: „Das Bundesgericht urteilt im ferneren über Verletzung der durch die Bundesverfassung garantierten Rechte, wenn hierauf bezügliche Klagen von der Bundesversammlung an dasselbe gewiesen werden.“ Zitiert nach *Giacometti*, a.a.O., S. 33.

⁶⁶ *Giacometti*, a.a.O., S. 33 f.

⁶⁷ Vgl. *Giacometti*, a.a.O., S. 42.

⁶⁸ *Schmidt-Bleibtreu*, a.a.O., Rn. 13.

⁶⁹ *Schmidt-Bleibtreu*, ebenda; *H. Huber*, Die Verfassungsbeschwerde, S. 6.

⁷⁰ *H. Alexy*, in: *Mosler* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, S. 738 (741, Fn. 36).

⁷¹ Vgl. *Häfelin/Haller/Keller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Rn. 1734 u. 1740.

terziehung der kantonalen Gerichtsentscheidung an das Bundesgericht zur Sicherstellung der einheitlichen Anwendung des Zivil- oder Strafrechts in der Schweiz keinen „Sonderfall“, wie dies in den USA der Fall wäre, weil hier beispielsweise das Strafrecht überwiegend das eigene Werk der jeweiligen Einzelstaaten ist⁷². Des Weiteren spielen auch die unterschiedlichen Gerichtsstrukturen eine Rolle. Während der mit 9 Richtern besetzte US *Supreme Court* angesichts einer Bevölkerung von 300 Millionen den Zugang zu ihm strikt auf die Fälle, die wichtige bundesverfassungsrechtliche Fragen mit sich bringen, beschränken muss, kann sich das nunmehr aus 35-45 ordentlichen Richtern und noch weiteren nebenamtlichen Richtern, deren Zahl höchstens zwei Drittel der Zahl der ordentlichen Richter betragen darf, bestehende schweizerische Bundesgericht bei einer Bevölkerung von 7,4 Million großzügiger mit den einfachrechtlichen Streitigkeiten beschäftigen⁷³. Damit existiert in der Schweiz als außerordentliche Verfahrensart zum Schutz der Grundrechte nur die staatsrechtliche Beschwerde, welche nur unter ausdrücklicher Heranziehung der Verletzung der verfassungsmäßigen Rechte als Beschwerdegrund eingelegt werden kann.

Das frühere Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) wurde durch das Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG) vom 17. Juni 2005 ersetzt, das am 1. Januar 2007 in Kraft trat. Dadurch wurde eine Totalrevision der Bundesrechtspflege durchgeführt. Als „ordentliche“ Beschwerde⁷⁴ an das Bundesgericht gibt es nunmehr die Beschwerde in Zivilsachen, die Beschwerde in Strafsachen und die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten umfasst Beschwerden gegen Entscheide in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts, also „im Wesentlichen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts und letzter kantonalen Instanzen in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts“⁷⁵, sowie gegen kantonale Erlasse (Art. 82 lit. a, b BGG). Allerdings beschränken sich die Beschwerdegründe dabei nicht auf verfassungsmäßige Rechte, sie umfassen vielmehr prinzipiell das ganze Bundesrecht, das Völkerrecht, die kantonalen verfassungsmäßigen Rechte, das interkantonale Recht usw., und zwar gleichgültig, ob es um Beschwerden in Zivilsachen, in Strafsachen oder in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geht (Art. 95 ff. BGG). Somit lässt sich sagen, dass zumindest im Bereich der ordentlichen Beschwerde „die Funktion des Bundesgerichts als Hüter der Verfassung verwischt“ wurde⁷⁶, obwohl die jetzige Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gerade an die Stelle der staatsrechtli-

⁷² *Kau*, a.a.O., S. 375.

⁷³ Vgl. *Kau*, a.a.O., S 88; Art. 1 Abs. 3, 4 BGG.

⁷⁴ Vgl. die Überschrift des 3. Kapitels des BGG.

⁷⁵ *Häfelin/Haller/Keller*, a.a.O., Rn. 1932.

⁷⁶ *Häfelin/Haller/Keller*, a.a.O., Rn. 1972.

chen Beschwerde und der Verwaltungsgerichtsbeschwerde treten soll⁷⁷. Die Konzeption der früheren staatsrechtlichen Beschwerde ist anscheinend eher in einem anderen Rechtsinstitut, nämlich der sog. „subsidiären Verfassungsbeschwerde“ (Art. 113-119 BGG), verwirklicht. Sie behält den Charakter als außerordentlicher Rechtsbehelf zum Schutz der Grundrechte, zumal bei ihr die Beschwerdegründe auf die Verletzung von verfassungsmäßigen Rechten beschränkt sind (Art. 116 BGG). Allerdings sind kantonale Erlasse nunmehr als Beschwerdegegenstand ausgeschlossen und ferner ist die Verfassungsbeschwerde gegen kantonale Entscheide u.a. im Verhältnis zu der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nur (absolut) subsidiär statthaft (Art. 113 BGG), so dass ihr voraussichtlich kein großes Gewicht in der Praxis zukommen wird.

c) Ö sterreich

In Ö sterreich geht die Schaffung eines besonderen Rechtsinstituts für den Grundrechtsschutz auf das „Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867, RGBL. Nr. 143, über die Einsetzung eines Reichsgerichts“ zurück⁷⁸. Gemäß § 3 lit. b dieses Gesetzes hatte das Reichsgericht über „Beschwerden der Staatsbürger wegen Verletzung der ihnen durch die Verfassung gewährleisteten politischen Rechte“ zu entscheiden. Der Katalog dieser Rechte findet sich in dem „Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867, RGBL. Nr. 142, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger“, welches „das übliche Bukett liberaler Grundrechte“ „mit weitreichenden Gesetzesvorbehalten“ versah⁷⁹.

Die Schaffung dieses besonderen Grundrechtsschutzinstruments ist gewissermaßen einem „liberalistisch-positivistischen“⁸⁰ Rechtsgedanken zu verdanken⁸¹. Danach kam Grundrechtssätzen als „phraseologische Diktion“ eigentlich über die präzisen positivrechtlichen Regelungen hinaus keine Normativität zu⁸². Somit beschränkte sich die justizielle Kognition in der Regel auf die Gesetzmäßigkeit, welche ihrerseits in außerordentlichem Maße die Grundrechtskonformität indizierte. Aber wie wäre es denn, wenn in Bezug auf einen angefochtenen Verwaltungsakt kein gesetzlicher Maßstab vorhanden wäre? Es war klar, dass die individuelle Freiheit

⁷⁷ Häfelin/Haller/Keller, a.a.O., Rn. 1932.

⁷⁸ Vgl. Hellbling, JBl. 1951, 197.

⁷⁹ Walter, in: Vogel (Red.), Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle, S. 1 (10).

⁸⁰ Ermacora, Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte, S. 30.

⁸¹ Demgegenüber lässt sich eine föderative Funktion der Beschwerde an das Reichsgericht freilich, anders als in der Schweiz, nicht in den Vordergrund rücken; die nach der Dezembervfassung konstituierte österreichische Reichshälfte, also die „im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder“, stellte einen sog. „dezentralisierten Einheitsstaat“ dar. Vgl. Jabloner, in: FS für Koja zum 65. Geburtstag, S. 245 (251).

⁸² Ebenda.

vor einem ungesetzlichen Eingriff geschützt werden sollte. Dies ergab sich schon aus einem ebenfalls liberalistisch-positivistischen Gebot, nämlich dem sog. Legalitätsprinzip (oder Gesetzesvorbehaltsprinzip). Hierfür war es freilich unerlässlich, Grundrechte zum justiziablen subjektiven öffentlichen Recht zu machen. Allerdings oblag ein solches Judizieren in Österreich nicht den normalen Gerichten, sondern einem besonderen Gericht, dessen Zusammensetzungsweise gewissermaßen der politischen Empfindlichkeit derartiger Rechtsachen gerecht wurde, indem die Volksvertretung als Gegenmacht zur Exekutive auf die Wahl der Mitglieder des Gerichts einen entscheidenden Einfluss ausüben konnte⁸³. Diese Konzeption bildete die Grundlage für die seitherige Entwicklung des Grundrechtsschutzinstruments, welche von einer „starken inhaltlichen Kontinuität“⁸⁴ geprägt ist.

Mit dem Bundesverfassungsgesetz von 1920 erhielt der Verfassungsgerichtshof die Kompetenz zur Entscheidung über „Beschwerden wegen Verletzung der verfassungsmäßig gewährleisteten Rechte durch die Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungsbehörde“ (Art. 144 Abs. 1 B-VG 1920). In der Judikatur war die Kognition der Grundrechtsverletzung sehr eingeschränkt. „Nur die unmittelbare Verletzung der Verfassung, nicht aber eine einfache Gesetzesverletzung, wenn diese sich auch mittelbar als Verletzung der Verfassung darstellt“⁸⁵, konnte die Beschwerden begründen. Damit war die unmittelbare Grundrechtsverletzung praktisch nur im Falle der Gesetzlosigkeit festzustellen. Die (Quasi-)Gesetzlosigkeit lag vor, wenn sich der angefochtene Akt überhaupt nicht als Anwendung eines Gesetzes darstellte oder wenn das angewendete Gesetz – insbesondere im Wege der aufgrund Art. 140 Abs. 1 am Ende B-VG 1920 von Amts wegen eingeleiteten Normenkontrolle – als verfassungswidrig aufgehoben worden war⁸⁶. Demgegenüber stand die sonstige Gesetzmäßigkeitskontrolle dem Verwaltungsgerichtshof zu. Dieser Gerichtshof hatte keinen Anlass, Grundrechte unmittelbar als Entscheidungsnorm heranzuziehen, zumal die Beurteilung der Bedenken gegen die unmittelbare Grundrechtsverletzung dem Verfassungsgerichtshof oblag und „die Angelegenheiten, die zur Kompetenz des Verfassungsgerichtshofes gehören“, von der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes ausgeschlossen waren (Art. 131 Z. 1 B-VG 1920).

Diese scharfe Kompetenzabgrenzung je nach „anzulegendem Prüfungsmaßstab“⁸⁷ stellt eine Eigenschaft des traditionellen österreichischen Justizsystems dar. Auch heute ist der Verwaltungsgerichtshof zwar generell „zur Sicherung der Gesetzmäßigkeit der gesamten öffentlichen Verwaltung“ berufen (Art. 129 B-VG), jedoch ist

⁸³ Azizi, ÖJZ 1979, 627 (634).

⁸⁴ Walter, a.a.O., S. 4.

⁸⁵ Adamovich, ZöfR 4 (1925), 367 (429 f.).

⁸⁶ Vgl. ebenda, 430.

⁸⁷ Vgl. Ringhofer, in: FS für Melichar, S. 161 (165).

diese „Generalkompetenz“ – nunmehr aufgrund des Art. 133 Z. 1 B-VG⁸⁸ – durch die „Spezialkompetenz“ des Verfassungsgerichtshofs eingeschränkt⁸⁹. Das heißt, der Verwaltungsgerichtshof hat die (unmittelbare) Verletzung⁹⁰ von verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten durch Verwaltungsakte, welche gemäß Art. 144 Abs. 1 B-VG beim Verfassungsgerichtshof zu beanstanden ist, nicht zu kontrollieren⁹¹. In diesem Zusammenhang ist die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof gegenüber der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof nicht subsidiär, sondern parallel zu erheben⁹².

Allerdings lässt sich heutzutage auch in der österreichischen Judikatur die Tendenz beobachten, dass die justiziellen Kognitionsfelder des Verfassungsgerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofes einander immer stärker durchdringen. Dies zeigt sich symptomatisch daran, dass der Verfassungsgerichtshof sich als befugt ansieht, die Bindung der Behörde an die Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes insoweit zu lösen, als das angewendete Gesetz „zufolge des Erfordernisses der verfassungskonformen Auslegung einen anderen Inhalt haben [muss], als der [Verwaltungsgerichtshof] ihm unterstellt hat“⁹³. Diese Rechtsprechung ist zweischneidig, denn sie führt nicht nur dazu, dass sich der Eingriffsbereich des Verfassungsgerichtshofs tatsächlich bis zur Anwendung einfacher Gesetze erstreckt, sondern auch dazu, dass der Verwaltungsgerichtshof seinerseits noch tiefer in die Wahrung der Grundrechte einbezogen wird. Zwar gibt es hiergegen einige kritische

⁸⁸ Art. 133 Z. 1 B-VG übernahm die Bestimmung des Art. 131 Z. 1 B-VG 1920.

⁸⁹ *Kelsen/Froehlich/Merkl*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920, S. 244. In diesem Punkt ist das Verhältnis zwischen der Verfassungsbeschwerde und den anderen Rechtsmitteln in Österreich verglichen mit dem schweizerischen Beispiel genau umgekehrt. Denn die schweizerische Verfassungsbeschwerde steht zu den anderen Rechtsmitteln in der Schweiz „im Verhältnis der *lex generalis* zur *lex specialis*“. Vgl. *Giacometti*, a.a.O., S. 133.

⁹⁰ Hierbei handelt es sich um zwei Konstellationen: Entweder ist der Grundrechtseingriff durch den Verwaltungsakt direkt erfolgt, wenn dieser Akt geradezu *gesetzlos* bzw. *beruhend auf einer denkmöglichen Interpretation des Gesetzes* erging, oder die Grundrechtsbeeinträchtigung resultiert daraus, dass der Verwaltungsakt auf einer verfassungswidrigen Norm beruht. Bei der letzten Konstellation sollte der Verfassungsgerichtshof zunächst ein Normenkontrollverfahren einleiten und nach der Aufhebung der betreffenden Norm die Beschwerde *an der bereinigten Rechtslage* messen. Vgl. *Jahnel*, in: *Merten/Papier*, HGR VII/1, § 201 Rn. 33 ff.

⁹¹ Vgl. VwGH 11. 12. 1996, 92/03/0192.

⁹² Allerdings ist das System der Parallelbeschwerde nicht unproblematisch. In diesem Zusammenhang ist u.a. von den „Gefahren der Doppelkompetenz für die Rechtseinheit und die Rechtssicherheit“, von einer unökonomischen „Duplizität des Verfahrens“ oder von der Überlastung des Verfassungsgerichtshofs die Rede. Diesbezüglich sind zahlreiche Vorschläge zur Verbesserung des Justizsystems oder zur Neubegrenzung der Kompetenzen gemacht worden. Näheres bei *Klecatsky*, ÖJZ 1973, 113 ff.; *Schreiber*, Die Reform der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, S. 78 ff.; *Kopp/Pressinger*, JBl. 1978, 617 ff.; *Walter*, ÖJZ 1979, 225 ff.; *Aichreiter*, JBl. 1980, 406 ff.; *Berchtold*, EuGRZ 1984, 385 ff.; *Jablonek*, ÖJZ 1998, 161 ff.; *Schmalenbach*, in: *Maiera/Sommermann* (Hrsg.), Freiheit, Rechtsstaat und Sozialstaat in Europa, S. 135 ff.

⁹³ VfSlg 10459/1985 mit Hinweis auf VfSlg. 8536/1979, 8782/1980, 9110/1981, 9166/1981 und 9514/1982.

Stimmen⁹⁴, jedoch erscheint der Trend zur Verwischung der Prüfungsmaßstäbe unumkehrbar. Sowohl Befürworter als auch Kritiker der Judikatur gehen nämlich nunmehr davon aus, dass ein Urteil über die einfachgesetzliche Rechtslage einen Blick auf die Verfassungsrechtslage verlangt und ebenso eine umgekehrte Notwendigkeit besteht⁹⁵.

Eine weitere Abweichung von der überlieferten Vorstellung, dass Grundrechte nur vom Verfassungsgerichtshof unmittelbar heranzuziehen sind, findet sich auch im Feld der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Neben dem Gebot der verfassungskonformen Auslegung ist bemerkenswert, dass im Jahre 1992 die sog. „Grundrechtsbeschwerde“ in Österreich eingeführt wurde. Sie ist wegen Verletzung des Grundrechtes auf persönliche Freiheit durch eine strafgerichtliche Entscheidung oder Verfügung – insbesondere durch eine unverhältnismäßige Untersuchungshaft – nach Erschöpfung des Instanzenzuges an den Obersten Gerichtshof zu erheben (§ 1 Grundrechtsbeschwerdegesetz). Dadurch, dass der Obersten Gerichtshof binnen weniger Tage entscheidet, ob eine Verletzung des Grundrechtes auf persönliche Freiheit vorliegt, wird dem Betroffenen ein effektiver Grundrechtsschutz gewährleistet⁹⁶. Damit ist der Oberste Gerichtshof insofern „im Dienste des speziellen Grundrechtsschutzes tätig“⁹⁷.

War das Rechtsinstitut gemäß Art. 144 Abs. 1 B-VG, also die österreichische Verfassungsbeschwerde, früher deshalb als außerordentlicher Rechtsbehelf zum Schutz der Grundrechte zu bezeichnen, weil nur dieses den unmittelbaren Grundrechtsschutz ermöglichte, bedarf diese Konzeption, also das „Monopol eines Verfassungsgerichts für die Wahrung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Individualrechte“⁹⁸, nun einer Modifikation. Die direkte Berufung auf Grundrechte ist nicht mehr allein Sache des Verfassungsgerichtshofes. Das Gebot der verfassungskonformen Auslegung und das Institut der Grundrechtsbeschwerde gehören zu den Faktoren, die in Österreich einen Paradigmenwechsel herbeigeführt haben. Seit Langem wird die Notwendigkeit, dass der Verfassungsgerichtshof bloß zum Judizieren der Grundrechte die belastende „Aufgabe als Sonderverwaltungsgerichtshof“⁹⁹ übernehmen

⁹⁴ Azizi, a.a.O., 631 ff.; Aichlreiter, a.a.O., 412, Fn. 48a; Oberndorfer, Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 44; Jabloner, ZÖ R 60 (2005), 163 ff.; hingegen zustimmend Spielbüchler, in: FS für Melichar, S. 221 ff.

⁹⁵ Azizi, a.a.O., 629; Aichlreiter, a.a.O., 409 f.; Spielbüchler, a.a.O., S. 229; hingegen zur verfassungskonformen Auslegung kritisch, zumal zugunsten der Derogation des Gesetzes als solches, Jabloner, a.a.O. (Fn. 94), 173 ff.; Handstanger, Ö JZ 1998, 169, (174).

⁹⁶ Vgl. Ratz, Ö JZ 2006, 318 (319).

⁹⁷ Schmalenbach, in: Magiera/Sommernann (Hrsg.), Freiheit, Rechtsstaat und Sozialstaat in Europa, S. 135 (136).

⁹⁸ Kopp/Pressinger, a.a.O., 619 f.

⁹⁹ Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rn. 1205.

sollte, bezweifelt. Wiederholt wurde die Auffassung vertreten, dass eine solche Aufgabe zur Gänze an den Verwaltungsgerichtshof übertragen werden sollte¹⁰⁰. Allerdings besteht in der Wissenschaft noch keine Einigkeit über die weitere Reformfrage, ob gegen Gerichtsurteile eine Verfassungsbeschwerde an den Verfassungsgerichtshof ermöglicht werden sollte¹⁰¹ oder – als Alternative zur Urteilsverfassungsbeschwerde – der Prozesspartei die Möglichkeit gegeben werden sollte, Beschwerde gegen die einer gerichtlichen Entscheidung zugrunde liegende Norm zu erheben¹⁰².

d) Lateinamerika

Beim sog. „*Amparo*-Verfahren“¹⁰³ handelt es sich um ein Rechtsinstitut, welches insbesondere in Lateinamerika weit verbreitet ist¹⁰⁴. Es ist als ein besonderes Grundrechtsschutzinstrument konzipiert. Selbst wenn in einigen Ländern, wie etwa Guatemala oder Bolivien, auch Gesetze als Prüfungsmaßstab des Verfahrens aufgezählt werden, ist doch zu beachten, dass im *Amparo*-Verfahren einfaches Recht meistens nur in Verbindung mit Grundrechten kumulativ oder zumindest dadurch, dass es seinerseits grundrechtliche Relevanz besitzt, in Frage gestellt werden kann¹⁰⁵. Der allgemeine Trend in Lateinamerika ist, dass der Grundrechtsschutz durch das *Ampa-*

¹⁰⁰ Klecatsky, a.a.O., 119 ff.; Kopp/Pressinger, a.a.O., 618 ff.; Azizi, a.a.O., 634; Jabloner, a.a.O. (Fn. 92), 164.

¹⁰¹ Spanner, in: Ermacora/Klecatsky/Marcic (Hrsg.), Hundert Jahre Verfassungsgerichtsbarkeit – Fünfzig Jahre Verfassungsgerichtshof in Österreich, S. 143 (152); Kopp/Pressinger, a.a.O., 621; Aadmovich/Funk/Holzinger, Österreichisches Staatsrecht II, Rn. 39.037; Schlicher, in: Österreichische Juristenkommission (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Grundrechtsschutzes, S. 169 (177); im Österreich-Konvent, der am 2. Mai 2003 eingerichtet wurde und bis zum 31. Januar 2005 über Vorschläge für eine grundlegende Staats- und Verfassungsreform in Österreich beraten hat (vgl. http://www.konvent.gv.at/K/Willkommen_Portal.shtml), wurde die Einführung einer Urteilsverfassungsbeschwerde hingegen mehrheitlich abgelehnt. Vgl. Holzinger, in: Bundesministerium für Inneres (Hrsg.), Terror – Prävention – Rechtsschutz, S. 103 (111).

¹⁰² Jabloner, a.a.O. (Fn. 92), 168; Hollaender, Hüter der Verfassung, S. 29.

¹⁰³ Nach der wörtlichen Bedeutung heißt „*Amparo*“ auf Deutsch „Schutz“. Die Bezeichnung „*Amparo*“ stammt aus dem seit 1841 entwickelten mexikanischen Rechtsinstitut, „*juicio de amparo*“. Dieses umfasst nunmehr fünf verschiedene Funktionen: Schutz der Freiheit (*amparo-libertad*), Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen (*amparo contra leyes*), Überprüfung von Gerichtsentscheidungen (*amparo casación*), Überprüfung von Verwaltungsakten (*amparo administrativo*) und schließlich Schutz der sozialen Rechte der Bauern im Zusammenhang mit Vorhaben der Agrarreform (*amparo agrario*). Vgl. Hofmann, ZaöRV 53 (1993), 271 ff.; Lösing, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika, S. 61 f.; Brewer-Carías, Constitutional Protection of Human Rights in Latin America, S. 83 f. u. 123 ff. Allerdings ist diese umfangreiche Konzeption des *Amparos* ziemlich einzigartig; in den meisten lateinamerikanischen Ländern ist eine engere Konzeption üblich. Vgl. Brewer-Carías, a.a.O., S. 84.

¹⁰⁴ In Chile benutzt man für diese Verfahrensart zwar statt „*Amparo*“ die Bezeichnung „*Recurso de protección*“, sie ist jedoch ihrem Wesen nach unter den Oberbegriff des *Amparo*-Verfahrens einzuordnen. Dies gilt ebenfalls für die kolumbianische „*Acción de tutela*“ und die brasilianische „*Mandado de segurança*“ sowie „*Mandado de injunção*“. Dieser Ansicht ist Brewer-Carías, a.a.O., S. 77.

¹⁰⁵ Vgl. Brewer-Carías, a.a.O., S. 215.

ro-Verfahren nicht die persönliche Freiheit oder die informationelle Selbstbestimmung umfasst, weil hierfür ein selbständiges Verfahren, nämlich das *Habeas-Corpus*- oder das *Habeas-Data*-Verfahren, vorgesehen ist¹⁰⁶.

Ebenso wie das *Habeas-Corpus*-Verfahren¹⁰⁷ zielt das *Amparo*-Verfahren auf einen prompten und effizienten Rechtsschutz ab und gestaltet sich in der Regel als ein summarisches Verfahren. Hierbei wird lediglich geprüft, ob eine offenkundige, krasse bzw. willkürliche Grundrechtsverletzung vorlag¹⁰⁸. Für den Fall, dass die Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines umfangreichen Beweiserhebungsverfahrens bedarf, wird das *Amparo*-Verfahren nicht als geeignet angesehen, so dass die Klage auf *Amparo* beispielsweise nach der argentinischen Vorschrift (§ 2d des *Amparo*-Gesetzes) sogar als unzulässig abgewiesen werden kann¹⁰⁹. In Anbetracht dessen, dass im *Amparo*-Verfahren nicht alle denkbaren Rechtsprobleme dem Grunde nach überprüft werden, hat die Zurückweisung der Klage auf *Amparo* selbst keine präjudizierende Wirkung auf einen späteren ordentlichen Prozess¹¹⁰.

Mit dem *Amparo* wird bezweckt, den Genuss der verfassungsmäßigen Rechte, welcher vor der verletzenden Handlung gegeben war, wiederherzustellen. Wenn der angefochtene Akt in irreparabler Weise vollgezogen worden ist und somit die Wiederherstellung der vorherigen Rechtslage unmöglich ist, darf die Klage auf *Amparo* als zwecklos nicht mehr zugelassen werden¹¹¹. Außerdem ist der *Amparo*-Klage stattzugeben, falls eine konkrete Gefahr eines irreparablen Schadens unmittelbar bevorsteht¹¹². Insoweit hat das *Amparo*-Verfahren auch eine Präventivfunktion. Zu beachten ist, dass die stattgebende Entscheidung durch ein *Amparo*-Gericht nicht ohne Weiteres zur objektiven Aufhebung des angefochtenen Akts führt. Sie hat grundsätzlich nur eine *inter-partes*-Wirkung, so dass der angefochtene Akt beim erfolgreichen *Amparo* nur gegenüber dem Kläger in einem konkreten Fall nicht durchgesetzt werden kann¹¹³.

In Bezug auf das Verhältnis des *Amparo*-Verfahrens zu den anderen gewöhnlichen

¹⁰⁶ Die Ausnahmen von diesem Trend sind Mexiko und Venezuela. In diesen Ländern findet sich kein *Habeas-Corpus*-Verfahren, jedoch ist dort die persönliche Freiheit durch das *Amparo*-Verfahren zu schützen. Vgl. *Brewer-Carías*, a.a.O., S. 212, Fn. 408. Das selbständige *Habeas-Data*-Verfahren ist hingegen in einer geringeren Zahl von Ländern, wie etwa Argentinien, Brasilien, Ecuador, Paraguay und Peru, eingeführt. Vgl. *Lösing*, a.a.O., S. 231, 266 f., 305 f., 349 u. 362.

¹⁰⁷ Zum Verhältnis des lateinamerikanischen *Habeas-Corpus*-Verfahrens zu ordentlichen Strafverfahren vgl. *Belaunde*, JöR n.F. 49 (2001), 513 (531).

¹⁰⁸ Vgl. *Brewer-Carías*, a.a.O., S. 267, 390 f.

¹⁰⁹ Vgl. *Brewer-Carías*, a.a.O., S. 359.

¹¹⁰ Vgl. *Brewer-Carías*, a.a.O., S. 390 ff.; *Lösing*, a.a.O., S. 98

¹¹¹ Vgl. *Brewer-Carías*, a.a.O., S. 276 ff.; *Barberis*, in: *Mosler* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, S. 392 (396); *Lösing*, a.a.O., S. 168, 348 u. 398.

¹¹² Vgl. *Brewer-Carías*, a.a.O., S. 283 ff.

¹¹³ Vgl. *Brewer-Carías*, a.a.O., S. 382 ff.

Rechtsbehelfen erscheint es missverständlich, jenes Rechtsinstitut bloß als „Eilverfahren“¹¹⁴ zu bezeichnen. Im Allgemeinen beschränkt sich die *Amparo*-Entscheidung nicht auf einen vorläufigen Rechtsschutz, sondern erstrebt einen endgültigen Rechtsschutz¹¹⁵. Daneben ist zu beachten, dass eine einstweilige Verfügung ergehen kann, um bis zur *Amparo*-Entscheidung den *Status quo* zu erhalten oder die Entstehung eines irreparablen Schadens zu vermeiden, es sei denn, dass die Klage auf *Amparo in limine litis* offensichtlich unzulässig ist¹¹⁶.

In den meisten lateinamerikanischen Ländern hat das *Amparo*-Verfahren einen subsidiären Charakter¹¹⁷. Das heißt, es ist grundsätzlich nur statthaft, wenn es keinen anderen Rechtsbehelf für den Grundrechtsschutz gibt. Ist ein anderer Rechtsbehelf zwar existent, aber nicht geeignet, um einen effektiven Grundrechtsschutz zu gewährleisten, oder führt die vorherige Erschöpfung des Rechtswegs zu einem irreparablen Schaden, kann die Klage auf *Amparo* doch zugelassen werden.

Sicherlich ist die Konzeption des *Amparo*-Verfahrens in vielerlei Hinsicht anders als die der deutschen Verfassungsbeschwerde. Vor allem unterscheiden sich die beiden in dem Punkt voneinander, dass jenes Rechtsinstitut hauptsächlich einen *einfachen und schnellen* Schutz der subjektiven Grundrechte vor einer offensichtlich widerrechtlichen Verletzung bzw. Gefährdung fokussiert, während die deutsche Verfassungsbeschwerde großen Wert auf eine *grundlegende Klärung* der Verfassungsmäßigkeit des Beschwerdegegenstands in einem relativ komplizierten Fall legt. Dies führt wiederum zu mehreren Unterschieden zwischen den beiden Rechtsinstituten, und zwar bezüglich des Beschwerdegegenstandes, des zuständigen Gerichts, der Häufigkeit der Anerkennung der Ausnahme von dem Gebot der Rechtswegerschöpfung usw. Freilich variiert die konkrete Ausgestaltung des *Amparo*-Verfahrens je nach Land.

Auffällig ist, dass die Zuständigkeit für *Amparo*-Verfahren in der Mehrheit der lateinamerikanischen Länder nicht auf ein einziges Gericht konzentriert ist. Nur in

¹¹⁴ Sommermann, in: Horn/Weber (Hrsg.), Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika, Spanien und Portugal, S. 23 (41).

¹¹⁵ Vgl. Brewer-Carías, a.a.O., S. 367. Eine Ausnahme bildet der venezolanische *Amparo*, welcher spezifisch in unselbständiger Weise, also zusätzlich etwa zu einer Anfechtungsklage oder einer abstrakten Normenkontrolle, beantragt wird. In diesem Fall fungiert das *Amparo*-Verfahren materiell lediglich als ein Mittel, den vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren. Vgl. Brewer-Carías, a.a.O., S. 133 f.; Lösing, a.a.O., S. 396. In ähnlicher Weise kann auch das kolumbianische *Tutela*-Verfahren als vorläufiger Rechtsschutz dienen. Vgl. Brewer-Carías, a.a.O., S. 150.

¹¹⁶ Vgl. Brewer-Carías, a.a.O., S. 367 ff. Bemerkenswert ist, dass in Costa Rica der Antrag auf *Amparo* ohne Weiteres eine aufschiebende Wirkung hat. Vgl. Brewer-Carías, a.a.O., S. 369; Lösing, a.a.O., S. 96.

¹¹⁷ Vgl. Brewer-Carías, a.a.O., S. 331 ff. Allerdings gilt die Voraussetzung der Rechtswegerschöpfung nicht für einige Länder, wie etwa die Dominikanische Republik oder Costa Rica. Vgl. Brewer-Carías, a.a.O., S. 334; Lösing, a.a.O., S. 94.

Costa Rica, El Salvador und Nikaragua obliegt die Entscheidung von *Amparo*-Klagen ausschließlich dem Verfassungssenat des Obersten Gerichtshofs¹¹⁸. Die Aufteilung der Zuständigkeit für *Amparo*-Verfahren ist sogar in denjenigen Ländern, die ein selbständiges Verfassungsgericht errichtet haben, zu beobachten. Hierzu gehören Bolivien, Chile, Kolumbien, Ekuador, Peru und Guatemala. Die Zuweisung der Kompetenz zur *Amparo*-Entscheidung an mehrere Gerichte hängt anscheinend nicht unmittelbar damit zusammen, ob ein diffuses oder ein konzentriertes Normenkontrollsystem errichtet worden ist¹¹⁹. Jedenfalls unterliegen Entscheidungen über *Amparo*-Klagen durch untere Gerichte in der Regel der Kontrolle durch das höchste Normenkontrollgericht¹²⁰.

Während die Zuständigkeit für *Amparo*-Verfahren, wie oben gesehen, einem breiteren Kreis von Gerichten übertragen ist, sind die Gegenstände der *Amparo*-Klage tendenziell restriktiv begrenzt. Dies betrifft insbesondere den Ausschluss von Gesetzen bzw. Gerichtsurteilen. Der summarische Charakter des *Amparo*-Verfahrens scheint gegen die Möglichkeit einer *Amparo*-Klage gegen Gesetze bzw. Gerichtsurteile zu sprechen. Ein äußerst einfaches, beschleunigtes Verfahren erscheint für eine detaillierte Nachprüfung von Gesetzen oder Gerichtsurteilen auf ihre Grundrechtskonformität nicht besonders geeignet. Außerdem ist auch eine spezifische Kompetenzverteilung von großer Bedeutung. Zum Beispiel ist in Panama, der Dominikanischen Republik und Uruguay die unmittelbare *Amparo*-Klage gegen Gesetze im Großen und Ganzen entbehrlich, weil hier eine andere Klagemöglichkeit besteht, nämlich eine Art Popularklage („*acción de inconstitucionalidad*“) gegen Gesetze in Panama und der Dominikanischen Republik oder der direkte Klageweg („*vía de acción*“) zum Normenkontrollverfahren durch einen Betroffenen in Uruguay¹²¹.

¹¹⁸ Vgl. *Brewer-Carías*, a.a.O., S. 103.

¹¹⁹ In Lateinamerika hat allein Argentinien das diffuse Normenkontrollsystem. Demgegenüber ist die Normenkontrollkompetenz in Bolivien und Chile auf das Verfassungsgericht und in Panama, Paraguay und Uruguay auf den Obersten Gerichtshof konzentriert. Die übrigen lateinamerikanischen Länder haben das Normenkontrollsystem der gemischten Form. Vgl. *Brewer-Carías*, a.a.O., S. 87-91.

¹²⁰ Die Ausnahmen hiervon sind Chile, Panama, Paraguay, Uruguay und die Dominikanische Republik. In diesen Ländern gibt es keine Regelung, welche die Nachprüfung der untergerichtlichen *Amparo*-Entscheidungen durch das Verfassungsgericht oder den Obersten Gerichtshof gewährleistet. Vgl. *Brewer-Carías*, a.a.O., S. 403 u. 406.

¹²¹ Vgl. *Lösing*, a.a.O., S. 177-179, 181 f., 187 f., 371 f. Die Popularklage findet sich zwar auch in Nikaragua und Kolumbien. Allerdings macht sie hier die unmittelbare *Amparo*-Klage gegen Gesetze nicht ohne Weiteres entbehrlich, weil in diesen Ländern eine Art Ausschlussfrist für die Popularklage vorgesehen ist: Sie ist in Nikaragua innerhalb von 60 Tagen nach Inkrafttreten der Norm, in Kolumbien innerhalb von einem Jahr nach Veröffentlichung der Norm einzulegen. Vgl. *Lösing*, a.a.O., S. 166 u. 328. Auf der anderen Seite verliert die *Amparo*-Klage gegen Gesetze nicht deswegen *per se* ihre Bedeutung, weil die Popularklage nicht verjährt. Beispielsweise sind die beiden Rechtsinstitute dahingehend kombinierbar, dass das *Amparo*-Verfahren gegen Gesetze im Verhältnis zur Popularklage als eine Art Eilverfahren fungiert, was in Venezuela der Fall ist. Vgl. *Brewer-Carías*, a.a.O., S. 133 f. In demselben Sinne lässt sich verstehen, dass in El Salvador ebenfalls beide Rechtsinstitute eingeführt sind; das *Amparo*-Verfahren kann eine relativ schnelle Suspendierung der angefochtenen

Ebenso naheliegend erscheint der Ausschluss der Möglichkeit der direkten *Amparo*-Klage gegen Gesetze bei Ländern wie etwa Bolivien und Chile, welche ein konzentriertes Normenkontrollsystem haben, wo aber die Zuständigkeit für *Amparo*-Verfahren verschiedenen unteren Gerichten zugewiesen ist¹²². Somit ist die *Amparo*-Klage gegen Gesetze nur in wenigen Ländern statthaft, und dann auch nur, wenn das fragliche Gesetz unmittelbar, also ohne einen Vollzugsakt, in ein Grundrecht eingreift. Zu diesen Ländern gehören Mexiko, Venezuela, Guatemala, Honduras, Costa Rica und El Salvador¹²³. Unabhängig davon bleibt die Möglichkeit unberührt, der *Amparo*-Entscheidung die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit einer dem angefochtenen Akt zugrunde liegenden Norm – sei es in konzentrierter oder diffuser Weise¹²⁴ – vorzuschalten.

Angesichts seiner von der deutschen Verfassungsbeschwerde abweichenden Konzeption ist das *Amparo*-Verfahren gegen eine gerichtliche Entscheidung gewissermaßen bedenklich: „In principle, it is difficult to believe that one can obtain in a very brief procedural route what one cannot obtain in the longer route.“¹²⁵ Des Weiteren führt das Gebot der Rechtswegerschöpfung dazu, dass die Nachprüfung von letztinstanzlichen Urteilen im Wege des *Amparo*-Verfahrens noch unwahrscheinlicher erscheint, zumal die Zuständigkeit für *Amparo*-Verfahren in den meisten lateinamerikanischen Ländern zunächst von unteren Gerichten ausgeübt wird.

Ausnahmsweise wird in einigen Ländern allerdings die Möglichkeit der *Amparo*-Klage gegen Gerichtsurteile anerkannt. In Panama und Brasilien ergibt sich eine solche Möglichkeit gerade aus der „Dringlichkeit der Abwendung der Verfassungsverletzung“¹²⁶. Nach der brasilianischen Rechtsprechung ist ein *mandado de segurança*, welches der *Amparo*-Klage entspricht, dann gegen gerichtliche Entscheidungen zu erheben, „wenn eine noch rechtsmittelfähige Entscheidung zu einem

Norm gegenüber dem Kläger herbeiführen, während die Entscheidung über die Popularklage, anders als beim *Amparo*-Verfahren, die Norm *erga omnes* annullieren kann. Vgl. *Lösing*, a.a.O., S. 113 ff. In ähnlicher Weise gibt es in Honduras, genauso wie in Uruguay, einen direkten Klageweg zum Normenkontrollverfahren, wobei daneben auch die Möglichkeit der unmittelbaren *Amparo*-Klage gegen Gesetze eröffnet ist. Hiergegen werden allerdings die Bedenken geäußert, dass die gemeinsame Existenz der beiden Rechtswege „überflüssig“ sei, weil die Entscheidungen in den beiden Verfahrensarten in ihrer Wirkung keinen Unterschied zeigen würden, da sie beide lediglich eine *inter partes*-Wirkung hätten. Siehe *Lösing*, a.a.O., S. 156.

¹²² Vgl. *Brewer-Carías*, a.a.O., S. 107 ff.

¹²³ Vgl. *Brewer-Carías*, a.a.O., S. 309 ff.; *Lösing*, a.a.O., S. 95 u. 116.

¹²⁴ Zum Beispiel müssen untere Gerichte in Chile, die für den *recurso de protección* zuständig sind, die den angefochtenen Akt stützenden Gesetze dem Verfassungsgericht zur Nachprüfung ihrer Verfassungsmäßigkeit vorlegen. Vgl. *Brewer-Carías*, a.a.O., S. 111. Im Gegensatz dazu kann jedes *Amparo*-Gericht in Argentinien die Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Norm erklären. Vgl. *Brewer-Carías*, a.a.O., S. 101.

¹²⁵ *Belaunde*, a.a.O., S. 531.

¹²⁶ Vgl. *Lösing*, a.a.O., S. 182.

irreparablen Schaden beim Rechtssuchenden führen würde¹²⁷.

In Venezuela erfolgt *Amparo* gegen eine gerichtliche Entscheidung in unselbständiger Weise. Das heißt, der Antrag auf *Amparo* kann hierbei nur in Verbindung mit dem normalen Rechtsmittel vor dem nächsthöheren Instanzgericht¹²⁸ gestellt werden. Dabei liegt die praktische Funktion der *Amparo*-Entscheidung hauptsächlich in der Suspendierung des angefochtenen Urteils¹²⁹.

Demgegenüber setzt der mexikanische *Amparo* gegen eine richterliche Entscheidung grundsätzlich die Endgültigkeit der angefochtenen Entscheidung voraus¹³⁰. Die *Amparo*-Klage gegen noch nicht endgültige Gerichtsurteile ist nur ausnahmsweise statthaft in folgenden Fällen: 1. wenn das angefochtene Gerichtsurteil „eine Gefahr des Verlustes des Lebens, der Deportierung oder der Verbannung oder einer der in Art. 22 der Verfassung verbotenen Maßnahmen herbeiführen“ würde oder 2. wenn sich die *Amparo*-Klage gegen Verfahrensakte richtet, „deren Durchführung außerhalb oder nach Beendigung des Verfahrens nicht wieder gutzumachen ist“¹³¹. Nach der brasilianischen Rechtsprechung ist die *Amparo*-Klage auch ohne Erschöpfung der ordentlichen Rechtsmittel beispielsweise dann zulässig, „wenn dem Beschwerdeführer kein rechtliches Gehör gewährt wurde, weil er nicht in gesetzlich vorgeschriebener Form geladen wurde“¹³². Abgesehen von diesen Fällen müssen die durch die *Amparo*-Klage angefochtenen Entscheidungen solche sein, welche einen Streit in der Hauptsache entscheiden und gegen welche keine ordentlichen Rechtsmittel mehr vorhanden sind¹³³. Die *Amparo*-Klage gegen ein Gerichtsurteil ist je nach Wichtigkeit des Falles beim Obersten Gerichtshof oder bei einem der Kollegialgerichte einzureichen. Mit der *Amparo*-Klage kann gerügt werden, dass die fragliche Entscheidung keine Rechtsgrundlage hat, dass das Gericht das Gesetz willkürlich angewendet hat oder dass das Gesetz mit der Verfassung unvereinbar ist, so dass die auf dem Gesetz beruhende Entscheidung auch rechtswidrig ist¹³⁴. Somit bietet das mexikanische *Amparo*-Verfahren eine relativ umfangreiche Prüfungsmöglichkeit hinsichtlich der Grundrechtsverletzung durch gerichtliche Entscheidungen.

Allerdings weicht das mexikanische Beispiel eher vom allgemeinen Trend in den

¹²⁷ Vgl. Lösing, a.a.O., S. 268.

¹²⁸ Vgl. Lösing, a.a.O., S. 400.

¹²⁹ Vgl. Brewer-Carías, a.a.O., S. 133 ff.

¹³⁰ Vgl. Barberis, a.a.O., S. 403.

¹³¹ Vgl. Barberis, a.a.O., S. 404.

¹³² Vgl. Barberis, a.a.O., S. 404.

¹³³ Vgl. Barberis, a.a.O., S. 403 f.

¹³⁴ Vgl. Hofmann, a.a.O., S. 279 f. Die *Amparo*-Klage gegen eine willkürliche Entscheidung nennt man in Mexiko „*amparo de casación*“, die *Amparo*-Klage gegen eine auf einer verfassungswidrigen Norm beruhenden Entscheidung hingegen „*recurso de inconstitucionalidad*“. Erstere ist von zahlenmäßig großer Bedeutung; ihr Anteil beträgt mehr als 80% aller *Amparo*-Verfahren.

Ländern ab, in denen die Möglichkeit der *Amparo*-Klage gegen Gerichtsurteile eröffnet ist. In El Salvador, wo *Amparo*-Klagen ausschließlich einem einzigem Spruchkörper, nämlich dem Verfassungssenat des Obersten Gerichtshofs, zugewiesen sind, beschränkt sich der Gegenstand der Urteils-*Amparo*-Klage – nach dem Gesetzeswortlaut – auf Urteile des Verwaltungssenates¹³⁵.

In Guatemala ist der Prüfungsumfang so eingeschränkt, dass ein *Amparo* gegen eine Grundrechtsverletzung durch gerichtliche Entscheidungen nur zugelassen ist, „wenn ein unmittelbarer Verstoß gegen eine Verfassungsnorm vorliegt oder wenn eine offensichtliche Verletzung des ordentlichen Verfahrens gerügt wird“¹³⁶. Die Last der zahlreichen *Amparo*-Verfahren verteilt sich dabei auf das gesamte Gerichtssystem. Das Verfassungsgericht entscheidet über *Amparo*-Klagen normalerweise in letzter Instanz, jedoch ist es als einzige Instanz zuständig für den Fall, dass sich die Klage gegen den Obersten Gerichtshof richtet¹³⁷.

In Peru ist die Urteils-*Amparo*-Klage ebenfalls nur statthaft, wenn die angefochtene Entscheidung „unter Verletzung der Verfahrensvorschriften ergangen“ ist und somit ein „Verstoß gegen die Grundsätze des fairen Verfahrens“ in Frage steht¹³⁸. Sie kann in letzter Instanz vom Verfassungsgericht entschieden werden, welchem allerdings der Verfassungssenat des Obersten Gerichtshofes als vorherige Instanz vorgeschaltet werden muss¹³⁹.

Daneben ist erwähnenswert, dass in Paraguay und Argentinien zwar keine *Amparo*-Klage gegen Gerichtsurteile statthaft ist, jedoch eine alternative Institution vorliegt. Die sog. Normenkontrollklage („*acción de inconstitucionalidad*“) in Paraguay führt gelegentlich zur Überprüfung des einer gerichtlichen Entscheidung zugrunde liegenden Gesetzes auf seine Verfassungsmäßigkeit. In diesem Fall hat das Urteil des Verfassungssenats des Obersten Gerichtshofes, sofern es der Klage stattgibt, die Nichtigkeit der angefochtenen Entscheidung zu erklären und die Sache an das betroffene Gericht zurückzuverweisen¹⁴⁰.

In Argentinien können Urteile, gegen die es keine ordentlichen Rechtsmittel gibt, im Wege des außerordentlichen Rechtsmittels an den Obersten Gerichtshof gelangen, damit ihre Bundesgesetz- bzw. Verfassungsmäßigkeit überprüft wird. Aufgrund des Gebots der Rechtswegerschöpfung muss allerdings die entsprechende Partei die angebliche Verletzung von Verfassungsrecht oder Bundesrecht im Ausgangsprozess

¹³⁵ Vgl. Lösing, a.a.O., S. 116, Fn. 378; Brewer-Carías, a.a.O., S. 324.

¹³⁶ Vgl. Lösing, a.a.O., S. 140.

¹³⁷ Vgl. Lösing, a.a.O., S. 141.

¹³⁸ Vgl. Lösing, a.a.O., S. 361.

¹³⁹ Vgl. Lösing, a.a.O., S. 362.

¹⁴⁰ Vgl. Lösing, a.a.O., S. 344.

bzw. bei erster Gelegenheit in der nächsten Instanz anzeigen. Bezüglich des Rechtscharakters dieses außerordentlichen Rechtsmittels wird die Auffassung vertreten, dass es eine Variante des *Amparo*-Verfahrens darstelle, die herrschende Meinung ordnet es jedoch als „außerordentliches Berufungsverfahren“ ein¹⁴¹.

Schließlich lässt sich als eine weitere Besonderheit des lateinamerikanischen *Amparo*-Verfahrens hervorheben, dass sich der *Amparo* nicht nur gegen die staatliche Gewalt, sondern auch direkt gegen Privatpersonen richten kann, welche in der Lage sind, eine Verletzung bzw. Gefährdung der Grundrechte herbeizuführen¹⁴². Dies wurde 1958 im Fall „*Samuel Kot*“ zum ersten Mal durch den argentinischen Obersten Gerichtshof anerkannt und wurde mittlerweile in zahlreichen lateinamerikanischen Ländern übernommen¹⁴³. Dazu gehören etwa Argentinien, Paraguay, Peru, Uruguay, Venezuela, Chile und die Dominikanische Republik¹⁴⁴. Auch in Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Ekuador und Kolumbien sind Privatpersonen zwar passiv legitimiert, jedoch eher im restriktiven Sinne¹⁴⁵: Ein *Amparo* gegen Privatpersonen ist nur insoweit möglich, als ein Unter- bzw. Überordnungsverhältnis vorliegt. Weiterhin wird in Ekuador noch verlangt, dass durch die fragliche Handlung bzw. Unterlassung von Privatpersonen kollektive, diffuse oder allgemeine Interessen erheblich und unmittelbar beeinträchtigt werden müssen. Demgegenüber ist die *Amparo*-Klage in Mexiko, Nikaragua, Panama und Brasilien gegen Privatpersonen nicht möglich¹⁴⁶.

III. Allgemeine Definition der Verfassungsbeschwerde

1. Die Möglichkeit einer allgemeinen Definition der Verfassungsbeschwerde

Bei einem internationalen Kolloquium im Jahr 1961 hat *Helmut Alexy* in seinem vergleichenden Sachbericht die Verfassungsbeschwerde folgendermaßen definiert: „Unter Verfassungsbeschwerde soll für den Zweck der vergleichenden Übersicht jedes durch Verfassung oder Gesetz vorgesehene besondere Verfahren zum Schutz von verfassungsmäßig garantierten Rechten des Einzelnen verstanden werden.“¹⁴⁷ Zur Verfassungsbeschwerde zählte er neben der österreichischen Beschwerde sowie der schweizerischen staatsrechtlichen Beschwerde auch das *Habeas-Corpus*-Verfahren und das *Amparo*-Verfahren. Die sog. Popularklage liegt nach seiner An-

¹⁴¹ Vgl. *Lösing*, a.a.O., S. 217 ff.

¹⁴² Vgl. *Brewer-Carías*, a.a.O., S. 299.

¹⁴³ Vgl. *Brewer-Carías*, a.a.O., S. 300.

¹⁴⁴ Vgl. *Lösing*, a.a.O., S. 98, 224 f., 348, 361, 374 u. 399; *Brewer-Carías*, a.a.O., S. 301 f.

¹⁴⁵ Vgl. *Lösing*, a.a.O., S. 97 f., 118, 140 f., 302 u. 334 f.

¹⁴⁶ Vgl. *Lösing*, a.a.O., S. 97, 167, 182 u. 267.

¹⁴⁷ *H. Alexy*, a.a.O., S. 738.

sicht hingegen an der Grenze zur Verfassungsbeschwerde¹⁴⁸. Bei der Charakterisierung der entsprechenden Rechtsinstitute in Deutschland, Österreich, der Schweiz, Mexiko und Argentinien als Verfassungsbeschwerde hielt er es nicht für ausschlaggebend, ob die Zuständigkeit hierfür einem verselbständigten Verfassungsgericht zugewiesen ist oder nicht. Ferner wurde darauf hingewiesen, dass sich der Schutz etwa in Argentinien nicht nur gegen den Staat, sondern auch direkt gegen Privatpersonen richten kann. Zu Recht sah Alexy auch „im Rahmen normaler oder anderer besonders gearteter Gerichtsverfahren“ die Möglichkeit, Verletzungen von Individualrechten der Verfassung geltend zu machen¹⁴⁹. Er behandelte jedoch nicht die Frage, durch welche Merkmale sich eine derart weit begriffene Verfassungsbeschwerde von normalen Gerichtsverfahren abgrenzt, zumal wenn diese auch die Funktion der Judizierung der Grundrechte haben sollten.

Ebenfalls für den rechtsvergleichenden Zweck benutzte Allan R. Brewer-Carías den Terminus „Amparo“ als einen universalen Begriff für alle besonderen Grundrechtsschutzinstrumente. Die jeweiligen Rechtsinstitute in Deutschland, Österreich, der Schweiz oder Spanien nannte er dementsprechend „European amparo actions“¹⁵⁰. Dieser Sprachgebrauch ist durchaus verständlich, zumal der spanische Ausdruck „recurso de amparo“ in der Literatur mit „Verfassungsbeschwerde“ übersetzt wird¹⁵¹. Allerdings zeigte Brewer-Carías – abgesehen von dem besonderen Zweck, spezifisch Grundrechtsschutz zu gewähren, – nicht auf, durch welche Merkmale ein Rechtsbehelf als ein derartiger „Amparo“ gekennzeichnet werden kann.

Immerhin lassen die obigen Beispiele schon die Möglichkeit bzw. das Bedürfnis erkennen, die Verfassungsbeschwerde als einen universalen Terminus für weltweite Grundrechtsschutzinstrumente anzusehen und demgemäß ihre Definition in einer sehr allgemeinen Form zu formulieren. Dadurch können wir einen wichtigen Ansatzpunkt für eine umfangreiche Rechtsvergleichung erhalten.

2. Eigene Entwicklung einer allgemeinen Definition

Bei der Entwicklung einer allgemeinen Definition der Verfassungsbeschwerde müssen zwei Aspekte berücksichtigt werden. Erstens sollte man nicht auf das eigene dogmatische Vorverständnis beharren, um die verschiedenen fremden Konzeptionen berücksichtigen zu können. Zweitens muss ein gemeinsames Merkmal gefunden werden, mit dem die Verfassungsbeschwerde und andere, dem Grundrechtsschutz dienende Gerichtsverfahren begrifflich voneinander unterschieden werden können.

¹⁴⁸ H. Alexy, a.a.O., S. 738 f.

¹⁴⁹ H. Alexy, a.a.O., S. 741.

¹⁵⁰ Brewer-Carías, a.a.O., S. 73.

¹⁵¹ Weber, JöR n.F. 34 (1985), 245 (271 ff.); Sommermann, a.a.O., S. 46.

a) Einige vorurteilsverhaftete Dogmen

Nachfolgend wird zunächst auf einige vorurteilsverhaftete dogmatische Ansätze eingegangen.

aa) Beschwerdegegenstand

- In der koreanischen Diskussion wird die Frage aufgeworfen, ob aus dem Wesen der Verfassungsbeschwerde zwingend folgt, dass sie gegen Gerichtsurteile erhoben werden kann. Die meisten Verfechter der Einführung der Urteilsverfassungsbeschwerde in Korea bejahen dies. Ihr Vorverständnis der Verfassungsbeschwerde orientiert sich stark an der deutschen Rechtslage. Dabei verkennen sie aber, dass sich der Gegenstand der Verfassungsbeschwerde in Deutschland trotz der gleichbleibenden Bezeichnung gewandelt hat. Bis zur Gründung der Bundesrepublik Deutschland war das rechtskräftige Urteil selbst durch die Verfassungsbeschwerde nicht anfechtbar. Die Durchbrechung der traditionellen Rechtskraftdogmatik war bei der Einführung der Verfassungsbeschwerde nicht unumstritten, worauf später noch zurückzukommen ist. Die klassische Verfassungsbeschwerde hatte lediglich die Funktion, einen fehlenden oder lückenhaften verwaltungsgerichtlichen Rechtsweg zu ergänzen oder in einem föderativen Staatsgefüge die subsidiäre Kontrolle der einzelstaatlichen Rechtsprechung durch die bundesgerichtliche Gewalt herbeizuführen. Die Eröffnung der Möglichkeit, sogar die rechtskräftige Entscheidung durch das höchste (Bundes-)Instanzgericht selbst im Wege der Verfassungsbeschwerde aufzuheben, stellt eine Errungenschaft aus der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg dar. Mit Rücksicht auf die lange Geschichte des Begriffs der Verfassungsbeschwerde scheidet jedoch die Begründung der Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses der Gerichtsurteile vom Beschwerdegegenstand mit einem schlechthin begriffslogischen Argument aus.

- Sollte etwa das argentinische *Amparo*-Verfahren gegen Privatpersonen als Verfassungsbeschwerde zu kennzeichnen sein, stellt sich zwangsläufig die Frage, ob es angemessen ist, das Subjekt der grundrechtsverletzenden Handlung bzw. Unterlassung auf den Träger der öffentlichen Gewalt zu beschränken. Diesbezüglich ist zwar zu beachten, dass sich Grundrechte geschichtlich als Abwehrrechte gegen die Staatsgewalt entwickelt haben. Daneben ist darauf hinzuweisen, dass eine uneingeschränkte Erweiterung der sog. Drittwirkung möglicherweise zu einer übermäßigen Konstitutionalisierung führt, zumal im Bereich des Privatrechts. Dennoch wäre es eine flexiblere Alternative, nur die „Grundrechtsverletzung“ als ein wesentliches Merkmal des Beschwerdegegenstandes in den Vordergrund zu rücken, während die

Frage, wer das Subjekt der Grundrechtsverletzung sein kann, der Entwicklung der verfassungsrechtlichen Dogmatik überlassen wird.

bb) Entscheidungsträger

Fraglich ist, ob der Entscheidungsträger bei Verfassungsbeschwerden begriffswesentlich ein Verfassungsgericht sein muss oder zumindest ein Gerichtswesen mit einer „konzentrierten Verfassungsgerichtsbarkeit“¹⁵² bestehen muss. Bei dieser Fragestellung geht es um die Zweckmäßigkeit der Definition für die Rechtsvergleichung. Bejaht man die obige Frage, dann werden etwa unteren Gerichten zugewiesene *Amparo*- bzw. *Habeas-Corpus*-Verfahren von der Kategorie der Verfassungsbeschwerde ausgeschlossen¹⁵³. Eine Verneinung der Frage wird hingegen zur Folge haben, dass sich der Umfang der Rechtsvergleichung erweitert, und zugleich Anlass geben, die Rigidität eines dogmatischen Ansatzes anzuzweifeln, welcher nur aus begrifflichen Gründen die Verteilung der Zuständigkeit für Verfassungsbeschwerden, wie etwa die Einführung der sog. Verfahrensgrundrechtsbeschwerde, ablehnt. Es bedarf keiner weiteren Erklärung, dass letztere Variante dem rechtsvergleichenden Zweck weiter gehend dienen wird.

cc) Rechtswegerschöpfung

Die Rechtswegerschöpfung als solche ist kein Begriffsmerkmal der Verfassungsbeschwerde. Dies lässt sich schon an der Tatsache erkennen, dass § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG die Möglichkeit vorsieht, die Verfassungsbeschwerde – ausnahmsweise – ohne Rechtswegerschöpfung zu erheben. Dennoch wird das grundsätzliche Erfordernis der Rechtswegerschöpfung als ausschlaggebend dafür angesehen, die Verfassungsbeschwerde als außerordentlichen Rechtsbehelf zu charakterisieren. Nach einer gängigen Erklärung beruht eine solche Charakterisierung namentlich darauf, dass die Verfassungsbeschwerde, anders als normale Rechtsmittel, keinen Suspensiveffekt habe, was wiederum gerade aus dem Erfordernis der Erschöpfung des Rechtsweges im Sinne des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG ableitbar sei¹⁵⁴. Somit erscheint die Rechtswegerschöpfung oder die Rechtskraft eines angefochtenen Ur-

¹⁵² Brunner, a.a.O., S. 197.

¹⁵³ Anscheinend ist beispielsweise Georg Brunner dieser Ansicht. Er sieht dementsprechend nur in der Nachprüfung der untergerichtlichen *Amparo*-Entscheidung durch das höchste Gericht ein Gegenstück zur Verfassungsbeschwerde, welches er aber als „Grundrechtsrevision“ bezeichnet. Vgl. Brunner, a.a.O., S. 203 ff.

¹⁵⁴ Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, S. 33; Berg, in: Starck/Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit II, S. 529 (532); Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, §12 Rn. 12.

teils als Urgrund für den außerordentlichen Charakter der Verfassungsbeschwerde. Daraus könnte aber auch die umgekehrte Aussage abgeleitet werden, dass die Verfassungsbeschwerde, abgesehen vom Fall der ausnahmsweisen Vorabentscheidung im Sinne des § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG, wegen ihrer wesenhaften Außerordentlichkeit nur gegen unanfechtbare Gerichtsurteile erhoben werden kann.

Freilich ist zu beachten, dass sich die Eigenschaft der Verfassungsbeschwerde als außerordentlicher Rechtsbehelf nicht bloß in der Ermöglichung der Kassation von rechtskräftigen Gerichtsurteilen erschöpft. Diesbezüglich ist auf das lateinamerikanische bzw. spanische *Amparo*-Verfahren hinzuweisen. Hier beruht der außerordentliche Charakter überwiegend auf den „Grundsätzen der Priorität (*preferencia*) und Schnelligkeit (*sumariedad*)“¹⁵⁵. Gerade bei dieser Konzeption erübrigt sich die Rechtswegerschöpfung häufig wegen der Gefahr des irreparablen Schadens. Dies gilt sogar für *Amparo* gegen Gerichtsurteile. Demnach kann beispielsweise die *Amparo*-Klage in Mexiko auch gegen noch nicht rechtskräftige Gerichtsurteile erhoben werden. Auch in Brasilien richtet sich die „*mandado de segurança*“-Klage ausnahmsweise gegen eine noch rechtsmittelfähige Entscheidung, wenn sie zu einem irreparablen Schaden beim Rechtssuchenden führen würde. Bemerkenswert ist, dass dabei hauptsächlich Verstöße gegen Verfahrensgrundrechte gerügt werden.

Eine solche Vorgehensweise ist auch in Deutschland theoretisch – zumal unter Berücksichtigung der Möglichkeit der „Eilverfassungsbeschwerde“¹⁵⁶ aufgrund des § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG – nicht *per se* ausgeschlossen, sie ist jedoch nicht üblich, weil die Endgültigkeit der angegriffenen Entscheidung in der Tat als eine unentbehrliche Voraussetzung für die verfassungsgerichtliche Nachprüfung von Gerichtsurteilen gilt. Allerdings bleibt zu erwägen, ob es sowohl für den Grundrechtsschutz als auch für die Prozessökonomie effektiver wäre, etwa eine schlechthin willkürliche Tatsachenfeststellung durch ein unteres Gericht ohne Abwarten des revisionsgerichtlichen Endurteils vorab im Wege der Verfassungsbeschwerde kontrollieren zu lassen. Die Dringlichkeit des verfassungsgerichtlichen Eingriffs in einem solchen Fall könnte zumindest auf der Landesebene durchaus anerkannt werden, zumal die Landesverfassungsgerichte in Deutschland nach der Bestätigung einer untergerichtlichen Entscheidung durch einen Obersten Gerichtshof des Bundes selbst keine Möglichkeit mehr besitzen, landesgerichtliches Verfahrensverhalten auf Unvereinbarkeit mit Verfahrensgrundrechten zu prüfen¹⁵⁷.

Jedenfalls ist festzuhalten, dass nicht allein die Rechtswegerschöpfung – oder ihre

¹⁵⁵ Vgl. Sommermann, a.a.O., S. 42.

¹⁵⁶ Schumann, in: Starck/Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit II, S. 149 (217).

¹⁵⁷ Zur Unzulässigkeit der Landesverfassungsbeschwerde beim Angriff gegen landesgerichtliche Entscheidungen, die von einem Bundesgericht (sachlich) bestätigt wurden, vgl. Schumann, ebenda, S. 203 f.

richterlich fortgebildete Version, der Grundsatz des Subsidiaritätsprinzips, – den außerordentlichen Charakter der Verfassungsbeschwerde begründet.

b) Merkmale zur Abgrenzung der Verfassungsbeschwerde von anderen Rechtsinstituten

aa) Aktivlegitimation

Bei der Verfassungsbeschwerde handelt es sich um eine Verfahrensart, die in erster Linie dem subjektiven Rechtsschutz dienen soll. Gerade in diesem Punkt unterscheidet sich die Verfassungsbeschwerde von anderen objektiven Verfahrensarten, wie etwa der abstrakten Normenkontrolle. Ein entscheidendes Indiz für diese Subjektivität ist vor allem die *Beschränkung der aktiven Sachlegitimation auf (selbst, gegenwärtig und unmittelbar) betroffene Grundrechtsträger*. Zwar können etwa die Normenkontrolle aufgrund richterlicher Vorlage oder die Popularklage auch gelegentlich dem Schutz der Grundrechte anderer dienen, jedoch fehlt ihnen gerade dieses Merkmal. Auf die Frage, wer die Grundrechtsfähigkeit bzw. die Beschwerdebefugnis hat, wird hier nicht näher eingegangen, weil sie notwendig von der konkreten Rechtslage bzw. Dogmatik in einem einzelnen Land abhängt.

bb) Gerichtlicher Rechtsbehelf

Dass die Verfassungsbeschwerde ein gerichtlicher Rechtsbehelf sein sollte, ist deshalb zu erwähnen, weil mit ihr einst ein politischer Rechtsbehelf gemeint war. Dies war der Fall insbesondere bei der bayerischen Beschwerde von 1818. Hier stellte sich die Verfassungsbeschwerde als mit dem Petitionsrecht verwandt¹⁵⁸ dar. Allerdings sind die beiden Institute vom heutigen Standpunkt aus voneinander zu unterscheiden, so dass in dieser Arbeit ein solcher politischer Rechtsbehelf von dem Begriff der Verfassungsbeschwerde ausgeschlossen wird.

cc) Außerordentlichkeit beim Grundrechtsschutz

Im Verhältnis zu den normalen Gerichtsverfahren ist die Verfassungsbeschwerde ein außerordentlicher Rechtsbehelf. Allerdings ist unklar, was mit „außerordentlich“ gemeint ist. Die Schwierigkeit verstärkt sich wohl dadurch, dass bei der hiesigen Rekonstruktion einer generellen Definition der Verfassungsbeschwerde zunächst auf das Dogma, der Entscheidungsträger der Verfassungsbeschwerde müsse ein Verfassungsgericht sein, verzichtet werden sollte. Es ist ja nicht zu verneinen,

¹⁵⁸ Vgl. Schumann, a.a.O., S. 163 f.

dass dadurch eine vermeintliche deutliche Abgrenzungslinie der Verfassungsbeschwerde gegenüber normalen Rechtsbehelfen verloren geht. Doch ergibt sich gerade daraus auch ein Anlass, den Unterschied zwischen Verfassungsbeschwerde und normalen Rechtsbehelfen nicht hinsichtlich der ideellen Eigenschaft des Entscheidungsträgers, sondern einmal hinsichtlich der materiellen Besonderheit ihrer Funktion zu erläutern.

Allerdings ist es eine delikate Frage, wie sich die Funktion der Verfassungsbeschwerde von derjenigen der ordentlichen Rechtsmittel unterscheidet. Hierbei sind mehrere Faktoren zu berücksichtigen. Erstens ist zu beachten, dass auch normale Gerichtsverfahren – insbesondere verwaltungsgerichtliche Verfahren – durchaus der Judizierung der Grundrechte und damit dem Grundrechtsschutz dienen. Grundrechte können nunmehr als unmittelbar bindendes Recht – abgesehen von der traditionellen österreichischen Konzeption – vor jedem Gericht geltend gemacht und als Entscheidungsmaßstab herangezogen werden, soweit es für einen konkreten Rechtsstreit relevant ist. Es wird sogar als sehr wünschenswert angesehen, dass Grundrechte schon durch normale Gerichtsverfahren genügend gesichert werden. Dementsprechend müssen die Richter der Fachgerichtsbarkeit immer stärker in den Grundrechtsschutz einbezogen werden. Zweitens dringt die Funktion der Verfassungsbeschwerde entsprechend der Entwicklung der Grundrechtsdogmatik tendenziell immer tiefer in den eigenen Tätigkeitsbereich der Fachgerichtsbarkeit ein. Die Beschränkung des Prüfungsmaßstabs auf enumerativ aufgezählte Grundrechte erweist sich mittlerweile als keine ausreichende Absicherung dagegen, mit der Gesetzeswidrigkeit einer Beeinträchtigung der grundrechtlichen Güter die Verletzung der Grundrechte zu begründen. Von daher taucht eine Reihe von Fragen auf, die sich bislang hinter der möglicherweise überschätzten Autorität des Verfassungsgerichts verborgen haben: Wozu ist die Verfassungsbeschwerde noch erforderlich? Ist die Selbstständigkeit dieser Verfahrensart notwendig? Kann man als Alternative nicht über eine einfachere Lösung nachdenken, also etwa für eine zusätzliche Absicherung des Grundrechtsschutzes den normalen Gerichtsverfahren noch ein weiteres Rechtsmittel hinzufügen? Und zwar mit einer radikalen Vorstellung, dass dabei das Verfassungsgericht als letztes Rechtsmittelgericht immer dann auftritt, wenn sein hervorgehobenes Ansehen als „Hüter der Verfassung“ für die endgültige Grundrechtsjudikatur als unabdingbar eingeschätzt wird¹⁵⁹. Um diesen Zweifeln entgegen zu können, sollte man die Konzeption der Außerordentlichkeit nicht allein mit der Funktion des Grundrechtsschutzes identifizieren. Freilich wäre es eine eher oberflächliche These, die Verfassungsbeschwerde deshalb als außerordentlich zu bezeichnen, weil sie in der Regel gegen rechtskräftige Urteile erhoben wird. Es erscheint zutreffender,

¹⁵⁹ In diese Richtung etwa Broß, BayVBl. 2000, 513 ff., der das BVerfG „gleichsam als Revisionsgericht für Verfassungsrecht“ betrachtet.

umgekehrt zu sagen, dass die Verfassungsbeschwerde „ordentlich“ nicht anfechtbare Entscheidungen in Frage stellen kann, weil sie ein außerordentlicher Rechtsbehelf ist. Somit bleibt noch zu klären, welche ursprünglichere Funktion – außer der Ermöglichung des Angriffs gegen rechtskräftige Gerichtsurteile – die Verfassungsbeschwerde zum außerordentlichen Rechtsbehelf werden lässt. Hier wäre es verfehlt, diesbezüglich den Unterschied zwischen Revision und Kassation hervorzuheben. Anders als ein Revisionsgericht kann ein Kassationsgericht zwar nicht in der Sache entscheiden, sondern nur letztinstanzliche Entscheidungen kassieren. Eine solche Kassation ist jedoch in Ländern der sog. „Romanischen Rechtsfamilie“, wie etwa Frankreich und Italien, eine übliche Form des ordentlichen Rechtsmittels¹⁶⁰.

Man kann vielleicht darauf aufmerksam machen, dass die Verfassungsbeschwerde nur gegen die Verletzung der enumerativ aufgezählten Grundrechte gerichtet werden kann. Zwar bildet die Einschränkung des Prüfungsmaßstabes auf Grundrechte ein wichtiges Indiz für die Außerordentlichkeit der Verfassungsbeschwerde. Allerdings erscheint fraglich, ob der außerordentliche Charakter lediglich mit einem solchen Tatbestand begründet werden kann. Es ist theoretisch nicht *per se* unmöglich, die Revisionsgründe auf die Verletzung der Grundrechte zu beschränken. Eine derartige Einschränkung lässt sich schon beim US *Supreme Court* beobachten. Doch kann man hier nicht generell von einer Umgestaltung des ordentlichen Rechtsmittels zur Verfassungsbeschwerde sprechen. Hierbei ist durchaus erklärungsbedürftig, aufgrund welcher Konzeption eine solche Einschränkung erfolgt. Eine Konzentration auf grundsätzliche bzw. gravierende Rechtsfragen, wie etwa die Frage nach der Grundrechtskonformität der öffentlichen Gewalt, wegen einer bloßen Überlastung des höchsten Gerichts wäre kein ausreichendes Motiv, um ein ordentliches Rechtsmittel in die Verfassungsbeschwerde zu verwandeln. Wichtiger ist vielmehr der Grund, warum die Ausdehnung des Prüfungsmaßstabes auf einfaches Recht verwehrt werden sollte, obwohl sich dieser Prüfungsmaßstab gegebenenfalls auf den effektiven Rechtsschutz vorteilhaft auswirken kann.

Es sollte darüber nachgedacht werden, ob die Schaffung der Verfassungsbeschwerde einerseits zwar auf dem Bedürfnis nach Überwachung der Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grenze durch die Fachgerichte beruhte, aber zugleich andererseits auch auf der Beachtung ihrer eigenen Funktionsbereiche. Die Zurückhaltung eines für Verfassungsbeschwerdesachen zuständigen Gerichts richtet sich etwa bei den ehemaligen bayerischen oder österreichischen Sonderverwaltungsgerichtsbarkeiten nach der Kontrollmöglichkeit innerhalb von Verwaltungswegen bzw. verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfen, bei den US-amerikanischen oder schweizerischen föderativen Justizhoheiten nach einzelstaatlichen Justizhoheiten, bei der Bun-

¹⁶⁰ Vgl. *Zweigert/Kötz*, a.a.O., S. 118 ff.

desrepublik Deutschland nach der gesamten Fachgerichtsbarkeit – d.h. sowohl auf Landes- als auch auf Bundesebene – und bei den lateinamerikanischen summarischen *Amparo*-Verfahren nach den normalen, relativ langwierigen Gerichtsverfahren. Dieser Befund lässt erkennen, dass die Außerordentlichkeit der Verfassungsbeschwerde nicht nur durch die Reduzierung des Prüfungsmaßstabes bestimmt wird, sondern auch durch eine konkrete Konzeption über die Kombination von Verfassungsbeschwerde und ordentlichen Rechtsbehelfen. Nur mit Rücksicht auf eine solche Konzeption kann erklärt werden, was das abstrakte Merkmal der Außerordentlichkeit im Konkreten bedeutet.

Schließlich ist zu erläutern, dass eine derartige Konzeption selbst veränderlich ist. Zum Beispiel wurde in der Schweiz die Möglichkeit der Erhebung einer Verfassungsbeschwerde zum Bundesgericht dadurch verdrängt, dass der Eingriff dieses Gerichts in die kantonale Rechtsprechung immer mehr in der Form der ordentlichen Rechtsmittel erfolgt. In Österreich hingegen wird die traditionelle Aufgabenverteilung zwischen dem Verfassungsgerichtshof und dem Verwaltungsgerichtshof anhand der Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Grundrechtsverletzung seit Langem dadurch erschüttert, dass die verfassungskonforme Auslegung immer deutlicher als eine den beiden Gerichtshöfen gemeinsam zustehende Aufgabe erkannt wird. Demgemäß ist der Begriff der „Außerordentlichkeit“ nicht starr, sondern entsprechend dem Zeitwandel flexibel.

c) Eigene Definition

Zusammenfassend lautet eine allgemeine Definition der Verfassungsbeschwerde: Die Verfassungsbeschwerde ist *ein Antrag des betroffenen Grundrechtsträgers auf einen außerordentlichen gerichtlichen Rechtsbehelf gegen die Grundrechtsverletzung*.

B. Die Problemlage der Urteilsverfassungsbeschwerde in Deutschland

I. Der Mustercharakter der deutschen Urteilsverfassungsbeschwerde

Bei der Urteilsverfassungsbeschwerde handelt es sich um einen außerordentlichen Rechtsbehelf gegen ordentliche Gerichtsurteile. Sicherlich stellt sie ein heikles Thema dar, angenommen, dass das Wort „außerordentlich“, wie oben erläutert, paradoxerweise gewissermaßen von der Beachtung des eigenen Funktionsbereichs der ordentlichen Rechtsmittel ausgehen sollte. Es ist wohl eine ewige Frage, wie das hierfür zuständige Gericht zwischen den zwei Motiven, d.h. der Beachtung einerseits und der Kontrolle andererseits, balancieren kann.

Durch die rechtsvergleichende Betrachtung lässt sich erkennen, dass es in dieser Kategorie verschiedene Varianten geben kann. Eine Variante ist die schweizerische staatsrechtliche Beschwerde gegen kantonale Gerichtsurteile. Hierbei führt die Urteilsverfassungsbeschwerde zur Konfrontation der Bundesjustizhoheit mit der kantonalen Rechtsprechung. Allerdings erscheint das nicht so problematisch, weil das Bundesgericht der kantonalen Gerichtsbarkeit materiell vielfach übergeordnet ist. Es tritt nicht nur als Hüter der eidgenössischen Verfassung auf, sondern auch als Hüter der kantonalen Verfassungen (Art. 95 BGG). Ohnehin kann das Gericht als letztes Rechtsmittelgericht in den normalen Gerichtsverfahren angerufen werden, zumal vor dem Hintergrund der zunehmenden eidgenössischen Gesetzgebung. Außerdem ist das Gewicht der Verfassungsbeschwerde dadurch, dass die ehemalige Funktion der Verfassungsbeschwerde neuerdings in großem Umfang auf die ordentlichen Rechtsmittel übertragen wurde, stark reduziert.

Als eine andere Variante lässt sich das lateinamerikanische *Amparo*-Verfahren gegen Gerichtsurteile betrachten. Interessanterweise handelt es sich hierbei meistens um eine Eilverfassungsbeschwerde, so dass Gerichtsurteile schon vor dem Inkrafttreten im Wege der *Amparo*-Klage kontrolliert werden können. Freilich ist der Prüfungsumfang dabei so stark eingeschränkt, dass normalerweise nur ein offenkundig willkürliches Justizverhalten gerügt werden kann. Deshalb hat dieser Typ der Urteilsverfassungsbeschwerde anscheinend kein großes Gewicht in der Grundrechtsjudikatur.

Bei der Urteilsverfassungsbeschwerde in der Bundesrepublik Deutschland gestaltet sich die Situation ganz anders. Während die anderen Typen der Urteilsverfassungsbeschwerde nicht unbedingt ein verselbständigtes Verfassungsgericht voraussetzen, ist die Zuständigkeit für Urteilsverfassungsbeschwerden in der Bundesrepub-

lik Deutschland auf das Bundesverfassungsgericht beschränkt. Dieses Gericht hat gegenüber den kontrollierten Gerichten keine übergeordnete Position im Instanzenzug¹⁶¹. Seine Kontrollkompetenz gegenüber den anderen Gerichten lässt sich nicht aus einem föderativen Gerichts Aufbau ableiten; auch Urteile der obersten Gerichtshöfe des Bundes selbst können zum Beschwerdegegenstand werden. Ausschlaggebend hierfür ist vielmehr die funktionelle Unterscheidung zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit und der Fachgerichtsbarkeit. Soweit eine autoritative Auslegung der Verfassung erforderlich ist, hat jenes Gericht eine umfangreiche Nachprüfung von angefochtenen fachgerichtlichen Entscheidungen auf ihre Grundrechtskonformität durchzuführen. Im Prinzip wird jede Art rechtskräftiger Gerichtsentscheidungen zum potentiellen Beschwerdegegenstand, nachdem das Postulat der Rechtswegerschöpfung erfüllt worden ist. Dieses Konzept, also die Nachprüfung von rechtskräftigen Fachgerichtsurteilen durch ein verselbständigtes Verfassungsgericht, stellt sich als eine eindrucksvolle Neuerung dar, welche die deutsche Urteilsverfassungsbeschwerde von den anderen Beispielen unterscheidet. Vorbildlich ist daneben, dass diese Verfahrensart sowohl quantitativ als auch qualitativ zur Stärkung der verfassungsgerichtlichen Judikatur erheblich beiträgt. „Durch die Einrichtung der Verfassungsbeschwerde“, das heißt vor allem durch die Urteilsverfassungsbeschwerde, „avancierte das Bundesverfassungsgericht zum Hüter der Grundrechte *par excellence*“¹⁶². Dadurch, dass das Rechtsinstitut über den „kasuistischen Kassationseffekt“ hinaus einen „generellen Edukationseffekt“¹⁶³ hat, fördert es das Bestreben der Fachgerichte, den Entscheidungsprozess zu rationalisieren¹⁶⁴ und ihre Entscheidungen „grundrechtssicher“ zu machen¹⁶⁵. Vor allem ist hervorzuheben, dass die deutsche Urteilsverfassungsbeschwerde, verglichen mit den anderen Beispielen, über eine relativ starke objektive Verfassungsschutzfunktion verfügt; die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über Urteilsverfassungsbeschwerden hat allen Trägern der öffentlichen Gewalt gegenüber Bindungswirkung (§ 31 Abs. 1 BVerfGG) und darüber hinaus kann das einem grundrechtsverletzenden Gerichtsurteil zugrunde liegende Gesetz – sei es Bundesgesetz oder Landesgesetz – auch aufgrund § 95 Abs. 3 Satz 2 BVerfGG mit *erga-omnes*-Wirkung für nichtig erklärt werden. Gerade vor diesem Hintergrund konnten zahlreiche schlagkräftige Judikate des Bundesverfassungsgerichts im Wege der Urteilsverfassungsbeschwerde ergehen¹⁶⁶.

In diesem Zusammenhang dient die deutsche Verfassungsbeschwerde den Ländern,

¹⁶¹ Vgl. Geiger, BVerfGG, S. 280.

¹⁶² Stern, a.a.O., S. 1267.

¹⁶³ Zweigert, JZ 1952, 321; Geiger, BVerfGG, S. 273; BVerfGE 33, 247 (258 f.).

¹⁶⁴ Düwel, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts, S. 293.

¹⁶⁵ Zweigert, a.a.O., 321; Stern, a.a.O., S. 1268.

¹⁶⁶ Vgl. Häberle, in: FS 50 Jahre BVerfG, S. 311 (329).

in denen ebenfalls eine von der Fachgerichtsbarkeit institutionell getrennte Verfassungsgerichtsbarkeit vorhanden ist, als eine Art Lieblingsmuster für ihre Schaffung von Grundrechtsschutzinstrumenten. Dies ist auch in Korea der Fall: Die auf einem föderativen Staatsaufbau beruhende Kontrolle von einzelstaatlichen Gerichtsurteilen scheidet schon aus, weil Korea kein Bundes-, sondern ein Einheitsstaat ist. Eine maßgebende Grundlage für die seit Langem dauernde Debatte über die Einführung der Urteilsverfassungsbeschwerde in Korea ist die Errichtung einer institutionell von der Fachgerichtsbarkeit getrennten Verfassungsgerichtsbarkeit.

Allerdings birgt das deutsche Modell auch viele Probleme in sich, die im koreanischen Schrifttum noch nicht umfassend behandelt worden sind. Hierauf wird im Folgenden eingegangen.

II. Die Dilemmas der Urteilsverfassungsbeschwerde

1. Das Dilemma der Flut von Urteilsverfassungsbeschwerden

Das Institut der Urteilsverfassungsbeschwerde ist zwar „eines eigenen Kapitels in der Erfolgsgeschichte“ des Bundesverfassungsgerichts würdig¹⁶⁷. Doch bereitet es dem Gericht auch eine dauernde „Plage“¹⁶⁸. Hierbei spricht man – mit verschiedenen Nuancen – von dem Dilemma der Urteilsverfassungsbeschwerde. Dabei wird zum einen auf die Überbelastung des Gerichts hingewiesen. Von 1991 bis 2010 betrug die gesamte Zahl von Urteilsverfassungsbeschwerden 97.093¹⁶⁹. Somit hatte das Gericht jährlich gut 4.800 Gerichtsurteile auf ihre Grundrechtskonformität zu prüfen. Diese große Zahl von Anträgen ist einerseits die Basis der Effektivität dieser Verfahrensart; durch sie sind die Bürger umfangreich „mobilisiert“ worden¹⁷⁰, um über die Einhaltung der Verfassung durch die Inanspruchnahme von verfassungsgerichtlichem Schutz zu wachen. Andererseits wird zugleich eine querulatorische Antragstellung befürchtet¹⁷¹. Sollte sich das Bundesverfassungsgericht ständig „mit einer großen Zahl von Einzelfragen oft geringerer Bedeutung“¹⁷² konfrontiert sehen, könnte es sich unter Berücksichtigung seiner begrenzten Arbeitskapazität nicht mehr für die Qualität seiner Entscheidungen bzw. eine angemessene Verfahrensdauer verbürgen. Darum sagt man häufig mit Sorge, „*die Flut der Verfassungsbeschwerde*

¹⁶⁷ Gusy, in: van Ooyen/Möllers (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht im politischen System, S. 201.

¹⁶⁸ Depenheuer, in: 헌법논총 [Archiv des Verfassungsrechts] 19 (2008), 829 (831 u. 852).

¹⁶⁹ BVerfG Statistik: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2010/A-IV-4.html>.

¹⁷⁰ Zur Mobilisierungsfunktion der Verfassungsbeschwerde vgl. Gusy, a.a.O., S. 210 ff.

¹⁷¹ Nach einer empirischen Untersuchung sind durchschnittlich 13% der in das Verfahrensregister aufgenommene Verfassungsbeschwerden als querulatorisch einzustufen. Vgl. Wellkamp, in: FS für Blankenburg, S. 569 f.

¹⁷² Gusy, a.a.O., S. 203.

gefährde die Verfassungsgerichtsbarkeit insgesamt¹⁷³.

2. Das Dilemma der Verwischung des Verfassungsrechts und des einfachen Rechts

In einem differenzierten Sinne wird es zum anderen ebenso als ein Dilemma betrachtet, dass „jedes unrichtige und damit grundrechtsverletzende Urteil eines Fachgerichtes im Rahmen der Verfassungsbeschwerde der vollen verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegen und der Aufhebung anheimfallen müsste, dass aber andererseits das Bundesverfassungsgericht seiner grundgesetzlich intendierten Stellung und Funktion nach ‚Hüter der Verfassung‘ sein soll, und nicht ein ‚Superrevisionsgericht‘ für sämtliche Gerichte der Fachgerichtsbarkeit“¹⁷⁴. Der Ausgangspunkt ist die Tatsache, dass die Beschränkung des Prüfungsmaßstabes bei der Verfassungsbeschwerde auf die enumerativ aufgezählten Grundrechte sowie grundrechtsgleichen Rechte keine ausreichende Abgrenzungslinie zwischen der Verfassungs- und der Fachgerichtsbarkeit darstellt. Dies zeigt sich schon deutlich bei zwei frühen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, dem Elfes-Urteil¹⁷⁵ vom 16. 1. 1957 und dem Lüth-Urteil¹⁷⁶ vom 15. 1. 1958.

Das erste Urteil geht davon aus, dass aufgrund Art. 2 Abs. 1 GG die allgemeine Handlungsfreiheit gewährleistet wird. Sie sei „nur an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden“, soweit die fragliche Handlung nicht Rechte anderer verletzt oder gegen das Sittengesetz verstößt. Wenn eine diese Handlungsfreiheit beeinträchtigende Rechtsnorm aus inhaltlichen oder formellen Gründen nicht als der verfassungsmäßigen Ordnung angehörend beurteilt wird, liege eine Verletzung des Grundrechts vor. Zwar thematisierte das Elfes-Urteil nur die Verletzung der Handlungsfreiheit durch eine verfassungswidrige *Rechtsnorm*. Allerdings wird dieses Urteil verallgemeinert dahingehend verstanden, dass die allgemeine Handlungsfreiheit auch vor demjenigen *Einzelakt*, der gegen objektives Verfassungsrecht verstößt, geschützt werden sollte¹⁷⁷. Zum objektiven Verfassungsrecht gehört die Bindung des Richters an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG). In der Folge des Elfes-Urteils verwischt sich die Grenze zwischen der Grundrechtsverletzung und dem Gesetzesverstoß erheblich; das Urteil legt die Folgerung nahe, dass jede falsche Anwendung einfachen Rechts durch Gerichte zumindest als eine Verletzung der

¹⁷³ Vgl. Gusy, a.a.O., S. 203.

¹⁷⁴ Roth, AöR 121 (1996), 544 (547 f.).

¹⁷⁵ BVerfGE 6, 32.

¹⁷⁶ BVerfGE 7, 198.

¹⁷⁷ Vgl. Koriath, in: FS 50 Jahre BVerfG, S. 55 (60); Roth, a.a.O., S. 547; Alleweldt, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, S. 46 f.

allgemeinen Freiheitsrechte im Wege der Verfassungsbeschwerde gerügt werden kann.

Das Lüth-Urteil ging darüber noch hinaus. In diesem Urteil führte das Bundesverfassungsgericht aus, dass das Grundgesetz in seinen Grundrechtsbestimmungen eine „objektive Wertordnung“ aufgerichtet habe. Sie müsse als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten. Gerichte hätten bei Auslegung und Anwendung von einfachem Recht, insbesondere von Generalklauseln, diesen verfassungsrechtlichen „Richtlinien“ Rechnung zu tragen. Verfehle der Richter diese Maßstäbe, könne das Bundesverfassungsgericht die Missachtung dieser „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte im Wege der Verfassungsbeschwerde beanstanden. In dieser Konstellation verweben sich Grundrechte und einfache Gesetze in eine kaum aufzulösende Normativität, so dass hierbei die Grundrechtsverletzung und die Gesetzwidrigkeit nur schwer getrennt denkbar sind.

Unter diesem Umstand stellt sich die Frage, ob das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde fachgerichtliche Entscheidungen auch auf ihre einfachrechtliche Richtigkeit hin nachprüfen sollte, weil eine etwaige falsche Gesetzesanwendung im Ergebnis eine Grundrechtsverletzung darstellen kann. Folgt man der bisherigen Entwicklung der materiellen Grundrechtsdogmatik, erscheint es durchaus schlüssig, die Befugnis des Verfassungsgerichts zu einer derartigen Nachprüfung anzuerkennen. Ein „Entrinnen“ daraus ist dogmatisch kaum denkbar¹⁷⁸.

Allerdings ergeben sich hieraus mehrere Probleme. Zunächst dürfte die Durchführung einer solchen Prüfung zu einer massiven Aushöhlung der Autorität derjenigen Gerichte, die in Art. 95 Abs. 1 GG als „oberste Gerichtshöfe“ bezeichnet werden, in ihrem jeweiligen Fachbereich führen. Dies wäre jedoch mit der im GG vorgesehenen Funktionalität der Fachgerichtsbarkeit nicht vereinbar. Freilich ist diese Problematik eher eine hypothetische. Wichtiger ist, dass das BVerfG den anderen Gerichten in Bezug auf Sachnähe sowie Fachkunde im einfachrechtlichen Bereich kaum überlegen sein kann. Die verfassungsrechtliche Aufgabenverteilung zwischen der Verfassungs- und der Fachgerichtsbarkeit impliziert dies schon. Des Weiteren ist das BVerfG, verglichen mit den höchsten Fachgerichten, in höchstem Maße überlastet. Der Belastungsquotient des Gerichts betrug beispielsweise im Jahre 2008 knapp 400. Dies ist gut fünfmal höher als der Belastungsquotient des Bundesarbeitsgerichts und knapp vierzehnmal höher als der des Bundesverwaltungsgerichts.

¹⁷⁸ Berkemann, DVBl. 1996, 1028 (1029).

Tabelle: Die Belastungsquotienten der Bundesgerichte im Jahr 2008¹⁷⁹

	BVerfG	BAG	BGH	BSG	BFH	BVerwG
Neuzugänge (A)	6.378	2.614	5.174 (Zivilsachen) 3.594 (Strafsachen)	2.574	3.394	1.612
Zahl der Richter (B)	16	34	126	40,25	57	56
Belastungsquotient (A/B)	398,6	76,9	69,6	64,0	59,5	28,8

Da jeder Verfassungsrichter nicht nur als Berichterstatter eine bestimmte Anzahl von Sachen bearbeiten sollte, sondern auch eine noch größere Zahl von Kammer- bzw. Senatsentscheidungen mitentscheiden, an den Ausschuss- sowie Plenarsitzungen teilnehmen und sonstige Verwaltungs- oder Repräsentationsaufgaben wahrnehmen muss, ist die Überbelastungssituation des Bundesverfassungsgerichts umso drastischer. In diesem Zusammenhang lässt sich die folgende Wehklage des ehemaligen Verfassungsrichters *Böckenförde* verstehen: Als Ausweg bleibe „nur, entweder die Vorbereitung auf die Senatsberatungen oder die Bearbeitung eigener Voten für den *Senat* ganz einzustellen oder beide schludern zu lassen, oder eben doch den unzulässigen Weg reihenweiser Blindunterschriften unter Kammerfälle zu gehen“¹⁸⁰. Folglich ist es in der Regel realitätsfern, vom Bundesverfassungsgericht eine bessere Qualität von schlechthin einfachrechtlichen Judikaten zu erwarten. Deshalb wird dem Gericht häufig davon abgeraten, sich tief „in die Niederung des einfachen Rechts zu begeben“¹⁸¹.

¹⁷⁹ Vgl. Statistiken des BVerfG sowie des Bundesjustizamts:

<http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2008/A-III-1.html>;

http://www.bundesjustizamt.de/cln_108/nn_1635220/DE/Themen/Justizstatistik/Geschaeftsbelastungen/downloads/Geschaeftsentwicklung_Gerichte_Staatsanwaltschaften,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/Geschaeftsentwicklung_Gerichte_Staatsanwaltschaften.pdf;

http://www.bundesjustizamt.de/cln_108/nn_1635272/DE/Themen/Justizstatistik/Personal/downloads/Gesamtstatistik_Anzahl_Richter_Staatsanwaelte_Vertreter_des_oeffentlichen_Interesses_2008,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/Gesamtstatistik_Anzahl_Richter_Staatsanwaelte_Vertreter_des_oeffentlichen_Interesses_2008.pdf.

¹⁸⁰ *Böckenförde*, ZRP 1996, 281 (282).

¹⁸¹ *Kennmer*, DÖ V 2005, 269.

III. Bisherige Lösungen und ihre Problematik

Für das Dilemma der Urteilsverfassungsbeschwerde gibt es mittlerweile zwei Lösungen: die Einschränkung des „Prüfungsumfangs“ und die Einrichtung von „verfahrensrechtlichen Zugangshürden“¹⁸². Mithilfe dieser beiden Instrumente scheint das BVerfG mit Mühe und Not seinen Alltag zu bewerkstelligen. Dennoch führt ihre Anwendung nicht dazu, dass die kritischen Stimmen verstummen. Vielmehr führt dies zu neuen Problemen, wie die große Menge an Literatur¹⁸³ zu diesem Thema belegt. Die damit angesprochene „Krise des Bundesverfassungsgerichts“¹⁸⁴ ist ernst zu nehmen; die Situation ist umso peinlicher, als ab und zu der Eindruck entsteht, als ob die Kritiker des als „Hüter der Verfassung“ titulierten „Verfassungsorgans“¹⁸⁵ wegen jener dogmatisch nicht unzweifelhaften Lösungen die Verfassungsrichter als „eine Gruppe von Rechtsbrechern“¹⁸⁶ ansähen. In diesem Zusammenhang könnte man voreilig die völlige Abschaffung der (Urteils-)Verfassungsbeschwerde fordern, um das Gericht aus der unglücklichen Lage zu befreien¹⁸⁷. Allerdings ist zuvor zu überlegen, ob die geläufigen dogmatischen Ansätze, die die Praxis des BVerfG steuern, nicht so umgestaltet werden können, dass verfassungsrechtliche Zweifel an den Judikaten des Gerichts möglichst vermieden oder gemildert werden können.

Unter diesem Blickwinkel werden im Folgenden zunächst verschiedene prozessrechtliche Mittel zur Steuerung der Verfassungsbeschwerde und dann Formeln für die Einschränkung des „Prüfungsumfangs“ erörtert, woran sich eigene kritische

¹⁸² Gusy, in: FS 50 Jahre BVerfG, S. 641 (666).

¹⁸³ Siehe etwa Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen; Burmeister, DVBl. 1969, 605; Steinwedel, „Spezifisches Verfassungsrecht“ und „einfaches Recht“; Papier, in: FG 25 Jahre BVerfG, S. 432; Ossenbühl, in: FS für Ipsen, S. 129; Schuppert, AöR 103 (1978), 43; Gündisch, NJW 1981, 1813; Kirchberg, NJW 1987, 1988; Schenke, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit; Bender, Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung gerichtlicher Entscheidungen; Berkemann, DVBl. 1996, 1028; Starck, JZ 1996, 1033; Roth, AöR 121 (1996), 544; Weyreuther, DVBl. 1997, 925; Robbers, NJW 1998, 935; Düwel, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts; Koriath, in: FS 50 Jahre BVerfG, S. 55; Jestaedt, DVBl. 2001, 1309; Alexy, in: VVDStRL 61 (2002), 7; Kunig, in: VVDStRL 61 (2002), 34; Hoffmann-Riem, AöR 128 (2003), 173; Pieroth/Aubel, JZ 2003, 504; Kentner, NJW 2005, 785; Alleweldt, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit.

¹⁸⁴ Isensee, JZ 1996, 1085 (1089 ff.); Haas, in: FS zum 50-jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, S. 27 (29).

¹⁸⁵ Vgl. § 1 BVerfGG; BVerfG, Denkschrift vom 27. 6. 1952 („Status-Denkschrift“), in: JöR n.F. 6 (1957), 144 ff.

¹⁸⁶ Gegen die Auffassung, dass das Verfassungsgericht „Rechtsbruch“ begehe, kritisch Küchenhoff, Diskuss., in: Verhandlungen des 61. DJT, Band II/1, S. 077 ff.

¹⁸⁷ Vgl. etwa Knies, Diskuss., in: Verhandlungen des 61. DJT, Band II/1, S. 087 f., der der Meinung ist, dass die Ersetzung der Urteilsverfassungsbeschwerde durch eine in der Vergangenheit vom Bundesrat vorgeschlagene „Grundrechtsklage“, welche sich auf die Beschwerde gegen die Verletzung von Grundrechten durch Normen beschränken sollte, neu zu erwägen sei.

Bemerkungen anschließen.

1. Prozessrechtliche Steuerungsmittel

Um der Flut von Urteilsverfassungsbeschwerden zu begegnen, entwickelten sich verschiedene prozessrechtliche Steuerungsmittel. Hierzu gehören etwa die Eintragung mangelhafter Verfassungsbeschwerden in das sog. „Allgemeine Register“ (§ 60 Abs. 2 Geschäftsordnung des BVerfG), das Annahmeverfahren (§§ 93a – 93d BVerfGG), die Auferlegung einer Missbrauchsgebühr (§ 34 Abs. 2 BVerfGG) und die strenge Auslegung von Sachentscheidungsvoraussetzungen wie das Erfordernis der Substantiierung oder der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde. Diese Mittel sind aber nicht unbedenklich.

Zum Beispiel wird an dem System des Allgemeinen Registers beanstandet, dass „die einschlägigen Regelungen ‚nur‘ in der Geschäftsordnung des BVerfG und nicht im BVerfGG zu finden sind“¹⁸⁸. Diese Bedenken erscheinen nicht grundlos, zumal das Verfahren der Eintragung ins Allgemeine Register in Verbindung mit der Missbrauchsgebühr im Ergebnis gegenüber denjenigen, welche sich an das BVerfG wenden wollen, eine die Beschwerde stark erschwerende Funktion hat: Beim Eintrag ins Allgemeine Register wird der Beschwerdeführer nämlich mittels eines sog. „Belehrungsschreibens“ nicht nur darauf hingewiesen, dass nach der Einschätzung des Präsidialrats des BVerfG seine Verfassungsbeschwerde „offensichtlich unzulässig“ ist oder „unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts offensichtlich keinen Erfolg haben“ kann (§ 60 Abs. 2 lit. a GO-BVerfG), sondern durch das grundsätzlich jeder Belehrung beigefügte¹⁸⁹ Merkblatt¹⁹⁰ gleichzeitig vor dem Missbrauch der Verfassungsbeschwerde gewarnt, und zwar mit der Drohung, dass bei Missbrauch eine Gebühr von bis zu 2.600 Euro verhängt werden kann. Dadurch werden wohl zahlreiche juristische Laien tatsächlich von einer Beschwerde abgeschreckt, entgegen dieser Unterrichtung über die Rechtslage weiterhin eine richterliche Entscheidung zu begehren¹⁹¹; jährlich werden ca. 4.000 Verfassungsbeschwerden in das Allgemeine Register aufgenommen, davon erledigen sich zwischen 60 und 80 % schon nach der Belehrung, weil die Beschwerdeführer darauf verzichten, den im Allgemeinen Register eingetragenen Vorgang in das sog. „Ver-

¹⁸⁸ Vgl. *Spieß*, BayVBl. 1996, 294 (295); *Schlink*, NJW 1984, 89 (91).

¹⁸⁹ Vgl. *Langrock*, in: *Umbach/Clemens/Dollinger*, BVerfGG, Nach §§ 90-93 Rn. 13.

¹⁹⁰ Abrufbar per Internet: http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/vb_merkblatt.html.

¹⁹¹ Auch die Tatsache, dass in der Begründung für die Auferlegung der Missbrauchsgebühr oft auf die vorausgegangene Belehrung abgehoben wird (vgl. *Langrock*, a.a.O., Rn. 9), legt die Vermutung nahe, dass eine solche Belehrung etwas mit dem faktischen Abraten von der Weiterführung der Verfassungsbeschwerde zu tun hat.

fahrensregister“ übertragen zu lassen¹⁹². Trotz der vorhergehenden Belehrung erscheint es – zumindest in der fragwürdigen Kombination der negativen Beurteilung über die Erfolgsaussicht durch die Präsidualräte einerseits und der Suggestion des Risikos der Missbrauchsgebühr andererseits – überaus zweifelhaft, ob es allein mit der Entlastungsfunktion rechtfertigbar ist, Beschwerdeführer ohne gesetzliche Grundlage durch eine hoheitliche Maßnahme *faktisch* davon abzuhalten, ihre Verfassungsbeschwerden weiterzuführen. Ü berdies stellt sich eine grundlegendere Frage: Können Entscheidungen der Präsidualräte nicht durch summarische Entscheidungen des BVerfG ersetzt werden, zumal wenn die fraglichen Verfassungsbeschwerden so extrem mangelhaft sind, dass sie keiner eingehenden Prüfung mehr bedürfen? Dabei bräuchte der Präsidualrat nur den Adressaten seines Schreibens zu ändern, nämlich von Beschwerdeführer auf Verfassungsrichter. Dadurch hätte es seinerseits die Chance, hinsichtlich seiner Richtigkeit von Verfassungsrichtern bestätigt zu werden.

In Bezug auf das Erfordernis der Substantiierung, welches sich auf § 23 Abs. 1, § 92 BVerfGG stützt, wird befürchtet, dass mit der wachsenden Belastung des BVerfG die Anforderungen an die substantiierte Darlegung eines angeblich grundrechtsverletzenden Sachverhalts so drastisch steigen werden, dass dem Beschwerdeführer nicht selten Rechtskenntnisse auf einem hohen Niveau abverlangt werden, welchem „auch Spitzenanwälte und Rechtsprofessoren nicht mehr gewachsen sind“¹⁹³. Das Erfordernis der Substantiierung wurde mittlerweile fallrechtlich konkretisiert und umfasst nunmehr über die bloße Darlegung des als grundrechtsverletzend angesehenen Vorgangs hinaus noch eine Auseinandersetzung mit den angegriffenen Entscheidungen, die Vorlage bzw. Wiedergabe des Inhalts von Dokumenten und auch Darlegungen bezüglich der Wahrung anderer prozessualer Verfassungsbeschwerdevoraussetzungen:

Zum Beispiel fordert das Erfordernis der Substantiierung in Bezug auf den Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, dass die Begründung der Verfassungsbeschwerde nicht nur den Vortrag über die ordnungsgemäße Rechtswegerschöpfung im Sinne des § 90 Abs. 2 BVerfGG enthalten muss, sondern auch die „Darlegung, dass die sonstigen verfügbaren prozessualen Möglichkeiten ergriffen wurden; aus der Begründung der Verfassungsbeschwerde muss sich demnach ergeben, ob der Beschwerdeführer potentiell zweckdienliche Anträge aller Art gestellt und ob er die mit der Verfassungsbeschwerde vorgetragenen Rügen, soweit das Verfahrensrecht dazu eine Handhabe bot, bereits im Instanzenzug vorgetragen hat. Dem zufolge muss der Beschwerdeführer seine Rechtsbehelfs- und sonstigen Antragsschriften aus dem fachgerichtlichen Verfahren vorlegen oder deren Inhalt so wiedergeben, dass ersichtlich wird, ob er seinen Rügeobliegenheiten nachgekommen

¹⁹² Vgl. Langrock, a.a.O., Rn. 8.

¹⁹³ Lübke-Wolff, EuGRZ 2004, 669 (676).

ist¹⁹⁴.

Eine solche anspruchsvolle Substantiierung muss außerdem innerhalb der Beschwerdefrist erfolgen. Es ist nicht vorgesehen, dem Beschwerdeführer etwa mittels einer Nachfrage Gelegenheit zu einem ergänzenden Vortrag zu geben¹⁹⁵. Damit liegt die Annahme nahe, dass manch ein Beschwerdeführer – insbesondere der anwaltlich nicht vertretene – das Erfordernis der Substantiierung lediglich deshalb nicht erfüllt, weil er bis zum Ablauf der Beschwerdefrist einfach nicht genügend Kenntnisse darüber besitzt, was er außer der Einreichung der Verfassungsbeschwerdeschrift zur erfolgreichen Substantiierung tun muss.

Das entspricht allerdings der aus dem nicht erforderlichen Anwaltszwang zu entnehmenden Intention des Gesetzgebers, „die Einlegung von Verfassungsbeschwerden soweit wie möglich zu erleichtern“¹⁹⁶, nicht. Ohnehin ist es durchaus kritikwürdig, auf das sog. „Stolpersteinprinzip“¹⁹⁷ angewiesen zu sein, um unzulässige, aber noch verbesserbare Verfassungsbeschwerden ohne weitere Bemühungen, deren Berichtigung zu veranlassen, relativ schnell zu erledigen. Nimmt man diese Vorgehensweise ernst, so verwundert es nicht, dass manch einem „das Lob“ für die Judikatur zu Verfassungsbeschwerden „im Halse stecken“ bleibt¹⁹⁸.

Die vorstehenden Beanstandungen sowohl an dem Allgemeinen Register als auch an dem Erfordernis der Substantiierung bedürfen wohl keiner weiteren dogmatischen Auseinandersetzung. Demgegenüber knüpfen das Institut des Annahmeverfahrens und der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde anscheinend an die in dieser Untersuchung im Vordergrund stehende Frage, wie das Wesen der Verfassungsbeschwerde aufgefasst werden sollte, an. Deshalb wird im Folgenden darauf näher eingegangen.

a) Das Annahmeverfahren

aa) Das terminologische Problem

Der Begriff des „Annahmeverfahrens“ wird normalerweise mit dem des „Vorprüfungsverfahrens“ gleichgesetzt. Dagegen wäre im Allgemeinen wohl nichts einzuwenden, zumal angesichts dessen, dass in der Regel die sechs Kammern, die sich jeweils aus drei Mitgliedern eines Senats zusammensetzen, über die Annahme von Verfassungsbeschwerden befinden und der Senat erst danach Sachentscheidungen

¹⁹⁴ Vgl. *Lübbe-Wolff*, a.a.O., 681.

¹⁹⁵ Vgl. *Lübbe-Wolff*, a.a.O., 676 u. 680.

¹⁹⁶ *Seibert*, in: FS für Hirsch, S. 491 (514).

¹⁹⁷ *Lübbe-Wolff*, a.a.O., 682.

¹⁹⁸ *Schmidt*, *VerwArch* 92 (2001), 443 (444).

treffen kann. Freilich findet sich im Schrifttum auch der Versuch, die beiden Begriffe zu unterscheiden. Danach lasse sich von einem Annahmeverfahren „nur sprechen, wenn außerhalb einer Prüfung der Verfahrensvoraussetzungen/der Begründetheit des Rechtsbehelfs entschieden wird, ob sich das angerufene Gericht überhaupt mit dem Rechtsschutzbegehren des Antragstellers befassen darf. Bei einem Vorprüfungsverfahren werden dagegen Zulässigkeits- und/oder Begründetheitsfragen des Rechtsbehelfs zum Gegenstand der Entscheidung gemacht“¹⁹⁹. Da eine solche Unterscheidung nicht bedeutungslos erscheint, folgt ihr diese Untersuchung.

bb) Das Wesen bzw. die Bedeutung des Annahmeverfahrens

Nach dem Vorbild des sog. *certiorari*-Verfahrens des US *Supreme Court* wurde das nunmehr in §§ 93a ff. BVerfGG geregelte Annahmeverfahren als eine Art „Gerichts-Zugangsverfahren *sui generis*“²⁰⁰ konzipiert. Demnach bedarf die Verfassungsbeschwerde aufgrund § 93a Abs. 1 BVerfGG der Annahme zur Entscheidung. Dies stützt sich verfassungsrechtlich auf Art. 94 Abs. 2 Satz 2 GG, wonach ein Bundesgesetz ein besonderes Annahmeverfahren vorsehen kann. Gemäß § 93a Abs. 2 BVerfGG ist die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung anzunehmen, „soweit ihr *grundsätzliche* verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt“, oder „wenn es zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 genannten Rechte angezeigt ist“. Dies könne etwa dann der Fall sein, „wenn dem Beschwerdeführer durch die Versagung der Entscheidung zur Sache ein *besonders* schwerer Nachteil entsteht“ (§ 93a Abs. 2 Buchstabe b Satz 2 BVerfGG); demnach wäre ein *einfacher* schwerer Nachteil wohl nicht ausreichend²⁰¹. Aus den Annahmeverfahrensvoraussetzungen lässt sich schon erkennen, dass Verfassungsbeschwerden – gewissermaßen „losgelöst von der Zulässigkeit und/oder Begründetheit“²⁰² – nach ihrer objektiven bzw. subjektiven Wichtigkeit angenommen werden können. Deshalb ist die Entscheidung über die Annahme keinesfalls als Entscheidung über die Zulässigkeit bzw. die Begründetheit anzusehen. Bei einer Nichtannahmeentscheidung entsteht somit keine materielle Rechtskraft hinsichtlich der Unzulässigkeit bzw. Unbegründetheit der Verfassungsbeschwerde; die Verfassungsbeschwerdesache bleibt hierbei „unentschieden“²⁰³.

Das Annahmeverfahren dient der Entlastung des BVerfG in großem Maße. Von 2006 bis 2010 wurden insgesamt 29.043 Verfassungsbeschwerden in der Form der

¹⁹⁹ Lechner/Zuck, BVerfGG, Vor §§ 93a ff. Rn. 4. Nach diesem Kriterium sei etwa das *certiorari*-Verfahren wirklich ein Annahmeverfahren, während das Verfahren nach Art. 28 EMRK eher ein Vorprüfungsverfahren sei.

²⁰⁰ Lechner/Zuck, a.a.O., Rn. 5.

²⁰¹ Vgl. Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, Rn. 374.

²⁰² Lechner/Zuck, a.a.O., Rn. 5.

²⁰³ Vgl. Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 268.

Nichtannahmeentscheidung durch Kammern erledigt, das sind ca. 95 % aller damals erledigten Verfassungsbeschwerden²⁰⁴. Angesichts dessen gilt das (Nicht-)Annahmeverfahren „trotz aller Fragen und auch vieler Kritik“ als „unverzichtbar“²⁰⁵.

cc) Die Besonderheiten des geltenden Annahmeverfahrens im Vergleich mit dem US-amerikanischen *certiorari*-Verfahren

Die Entstehungsgeschichte²⁰⁶ des Annahmeverfahrens zeigt, dass dieses von vornherein von dem *certiorari*-Verfahren²⁰⁷ des US *Supreme Court* inspiriert worden ist. Das BVerfG regte schon in seiner Denkschrift vom 23. 12. 1954 eine Einführung „einer – dem amerikanischen *writ of certiorari* nachgebildeten – Vorprüfung“ an, „die in einem vereinfachten Verfahren Verfassungsbeschwerden von geringem Gehalt ausscheidet und eine Konzentration der Arbeit auf die der Entscheidung durch ein Verfassungsgericht würdigen Fälle ermöglicht“²⁰⁸. Allerdings wurde eine vollständige Nachahmung des *certiorari*-Verfahrens immer wieder vom Gesetzgeber verweigert.

Ein großer Unterschied besteht darin, dass beim deutschen Annahmeverfahren die Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde nicht dem *freien* Ermessen des BVerfG überlassen ist, während beim amerikanischen Pendant der *Supreme Court* selbst bestimmen kann, in welchem Fall das Gericht einen Antrag annimmt oder nicht; liegen die in § 93a Abs. 2 BVerfGG geregelten Annahmeveraussetzungen vor, so „ist“ die Verfassungsbeschwerde jedenfalls zur Entscheidung anzunehmen. Dies hängt damit zusammen, dass aus der Regelung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG der Charakter der Verfassungsbeschwerde als „grundrechtsähnliches Verfahrensrecht“ folgt²⁰⁹. Hingegen ist der *writ of certiorari* von einer ganz anderen Konzeption geprägt: Eine Vorschrift in der Geschäftsordnung, nämlich „*Supreme Court Rule 10*“, erklärt ausdrücklich: „review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion“.

Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass der US *Supreme Court* anzunehmende Fälle in einer Plenarsitzung auswählt, während in Deutschland die Entscheidung

²⁰⁴ BVerfG Statistik: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2010/A-IV-1.html>.

²⁰⁵ *Hömig*, in: FS für Driehaus, S. 463 (473).

²⁰⁶ Zur Entstehungsgeschichte des Annahmeverfahrens vgl. *Anzenberger*, Das Bundesverfassungsgericht auf dem Weg zu einem freien Annahmeverfahren nach dem Vorbild des U.S. Supreme Court, S. 9-42.

²⁰⁷ Zum *certiorari*-Verfahren vgl. *Currie*, in: *Bogs* (Hrsg.), Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht, S. 39 ff.

²⁰⁸ Zitiert nach *Rinck*, NJW 1959, 169 (170).

²⁰⁹ Vgl. *Benda/Klein*, a.a.O., Rn. 383.

über die Annahme der Verfassungsbeschwerde entweder den Senaten des BVerfG (§ 93b Satz 2 BVerfGG) oder zum größeren Teil den sechs Kammern obliegt. Je größer der Annahmespielraum ist, umso wichtiger erscheint ein großer Spruchkörper; ansonsten besteht die Gefahr, dass mehrere kleine Spruchkörper uneinheitliche Annahmeentscheidungen treffen, was im Hinblick auf den Gleichheitssatz kaum erträglich wäre.

Vielleicht sieht sich das BVerfG mehr oder weniger mit derselben Schwierigkeit konfrontiert; durch unbestimmte Begriffe wie „grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung“ und „angezeigt“ hat nämlich auch das Gericht bei der Entscheidung über die Annahme tatsächlich einen ziemlich großen Ermessensspielraum. Dem Gericht wird bisweilen die „sich immer stärker verselbständigende Kammerrechtsprechung“²¹⁰ vorgeworfen²¹¹. Immerhin scheint einem solchen Problem entgegenzuwirken, dass die Anwendung der gesetzlichen Annahmekriterien häufig stark von der Zulässigkeit sowie Begründetheit abhängt²¹².

Ganz abgesehen von der Frage, inwiefern die Verfassungsbeschwerde ihren „individualrechtsschützenden Charakter“²¹³ behalten sollte, hat jedes Modell seinen eigenen Entlastungseffekt: Beim Modell des *certiorari*-Verfahrens mindert sich die Last der Sorge für die vereinheitlichte Annahmepaxis. Ein großer Spruchkörper wie ein Senat könnte „einen Überblick über die insgesamt aufgeworfenen verfassungsrechtlichen und verfassungspolitischen Problemkreise gewinnen, seine Arbeitssituation zuverlässig einschätzen und so steuern, daß eine Erledigung der zur Entscheidung angenommenen Verfassungsbeschwerden innerhalb angemessener Zeit erfolgt“²¹⁴. Dadurch würde die Anwendung der Annahmekriterien noch stärker von den Zulässigkeitsvoraussetzungen bzw. der Begründetheit entkoppelt werden, zumal sich die Annahme „nicht mehr nach gesetzlich vorgegebenen Kriterien richtet, sondern eine im Ermessen des Senats liegende echte Auswahl darstellt“²¹⁵. Die Reduzierung der Sachentscheidungslast nach seiner Arbeitskapazität ist das Kernstück dieses Modells.

²¹⁰ H. H. Klein, in: FG für Graßhof, S. 367 (380).

²¹¹ Vgl. Uerpmann, in: FS 50 Jahre BVerfG, S. 673 (692): „Eine offene Regelung wie die des § 93a BVerfGG ist freilich anfällig für Fehlentwicklungen. Die Gefahr steigt, wenn die Anwendung auf sechs mehr oder weniger unabhängig agierende Kammern verteilt ist.“

²¹² Vgl. Uerpmann, a.a.O., 683 ff.: „Die objektive und subjektive Wichtigkeit der Sache im Sinne von § 93a II Buchst. b BVerfGG wird in den veröffentlichten Entscheidungen zumeist wegen mangelnder Erfolgsaussichten verneint. Ist eine Verfassungsbeschwerde unbegründet, weil keine Grundrechte verletzt sind, bedarf es keiner Annahme zum Zweck der Grundrechtsdurchsetzung. [...] Häufig finden sich in Nichtannahmebeschlüssen zudem Ausführungen zur Zulässigkeit. Die Unzulässigkeit nimmt einer Verfassungsbeschwerde wie die Unbegründetheit jede objektive und individuelle Wichtigkeit. [...] Eher Ausnahmecharakter haben Kammerbeschlüsse, in denen die objektive und individuelle Wichtigkeit ohne Rückgriff auf die Erfolgsaussichten verneint wird.“

²¹³ Böckenförde, ZRP 1996, 281 (283).

²¹⁴ Bericht der Kommission zur Entlastung des BVerfG, S. 48.

²¹⁵ Ebenda, S. 48.

Hingegen liegt der Entlastungseffekt des geltenden Annahmeverfahrens darin, dass sämtliche Annahmefälle an mehrere Kammern verteilt werden. Das heißt, dass ein einzelner Annahmefall mit einem geringeren personellen Aufwand bearbeitet werden kann.

Freilich kann man vielleicht eine Vermittlungslösung finden. Zum Beispiel könnte man dabei von der folgenden These ausgehen: Je bestimmter die Annahmekriterien sind, desto kleiner darf der hierfür zuständige Spruchkörper sein. Dann könnte man mehreren Vorprüfungsausschüssen die Aufgabe zuweisen, offensichtlich unzulässige und/oder unbegründete Verfassungsbeschwerden auszufiltern, während die weitere ermessensbedürftige Annahmeentscheidung etwa in den Fällen, in denen die Unzulässigkeit bzw. Unbegründetheit der Verfassungsbeschwerde auf den ersten Blick nicht erkennbar ist, ausschließlich vom Senat selbst getroffen werden würde. Dadurch würde den Mitgliedern eines einzelnen Vorprüfungsausschusses möglicherweise die „Nervenbelastung“ erspart, welche sich aus der Sorge um die Zersplitterung der Annahmehandlung ergibt. Dies stützt sich wohl auch auf die Erkenntnis, „dass ein Verzicht auf Begründung, den das Gesetz schon lange ermöglichte, wirklich zur Arbeitersparnis beiträgt, wenn sich eine *Richtermehrheit* über das Ergebnis leicht verständigt, nicht aber über die Gründe hierfür“²¹⁶.

Hinsichtlich des praktischen Entlastungseffekts hat das geltende Annahmeverfahren im Schrifttum anscheinend gegenüber dem Modell des *certiorari*-Verfahrens, wie es Ende 1997 von einer Kommission zur Entlastung des BVerfG vorgeschlagen wurde, den Sieg davongetragen:

- „Das Annahmesystem [wie *certiorari*-Verfahren] bringt nicht die erhoffte Entlastung, sondern belastet die Richter stärker als bisher. [...] Der Richter hätte also die dreifache Anzahl von Verfassungsbeschwerdeakten zu bearbeiten, als es nach der gegenwärtigen Rechtslage der Fall ist“²¹⁷.
- „Es wurde ausprobiert. Es hatte nicht den erhofften Effekt. Eine Entlastung war nicht spürbar. Einige Monate wurde probeweise im Ersten Senat nach Ermessen über die Annahme von Verfassungsbeschwerden entschieden. Der Senat hatte in dieser Zeit monatlich etwa 200 jeweils von einem Berichterstatter und einem Mitberichterstatter zu begutachtende Verfahren, die den anderen sechs Richtern zur Prüfung zugeleitet wurden. Die Aktenflut war unbeschreiblich. [...] Im Ergebnis hat also das Bundesverfassungsgericht nicht umgesetzt, was die Kommission zur Entlastung des Bundesverfassungsgerichts sich in mühevoller Arbeit ausgedacht hat. Die Praxis schlug die Theorie“²¹⁸.

Allerdings erscheint diese Beurteilung nicht einwandfrei; dem Versuch fehlte eine

²¹⁶ Jaeger, EuGRZ 2003, 149 (152).

²¹⁷ Söllner, ZRP 1997, 273 (275).

²¹⁸ Jaeger, a.a.O., 151 f.

notwendige Voraussetzung, nämlich die Änderung des Grundgesetzes, wie sie von der Kommission zur Entlastung des BVerfG empfohlen wurde²¹⁹. Währenddessen musste die Verfassungsbeschwerde nach wie vor als prozessuales grundrechtsgleiches Recht angesehen werden. Ob unter diesem Umstand eine grundlegende Änderung der bisherigen Arbeitsweise überhaupt zu erwarten war, ist sicherlich zweifelhaft. Die berechtigte Aussage, „Entlastung setzt vor allem die richtige mentale Einstellung voraus“²²⁰, trifft hier erst recht zu. Deshalb ist die Frage nicht, ob die Annahme nach freiem Ermessen wirklich die erhoffte Entlastung herbeiführen kann, sondern eher, ob man bereit ist, die herkömmliche Konzeption der Verfassungsbeschwerde zu ändern.

Entscheidend ist freilich, dass die Umwandlung der Verfassungsbeschwerde „von einem Recht in ein Privileg“²²¹ verfassungspolitisch nur wenig Zustimmung findet: Das freie Annahmeverfahren entspreche nicht der deutschen rechtsstaatlichen Tradition; einem Beschwerdeführer, der darüber im Unklaren bleibt, warum seine Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen worden ist, müsse ein solches Annahmeverfahren als richterliche Willkür oder als „Roulettspiel“ erscheinen²²². Es sei doch für das Gericht „ungeheuer schädlich, wenn es auch nur mit dem Hauch des Verdachtes belastet ist, seine Auswahl der Verfahren, die Auswahl dessen, was es entscheiden will, sei von Willkür geleitet“²²³.

dd) Kritik an dem geltenden Annahmeverfahren im Schrifttum

Mit ähnlichen Gesichtspunkten, wie sie dem freien Annahmeverfahren entgegengehalten werden, ist aber auch das geltende Annahmeverfahren zu kritisieren. Und zwar vor dem folgenden Hintergrund: Die Annahme derjenigen Verfassungsbeschwerden, welche weder von *grundsätzlicher* verfassungsrechtlicher Bedeutung sind noch dem Schutz eines Grundrechts vor einer *besonders gewichtigen* Gefährdung dienen, geschieht nach gerichtlichem Ermessen. Der „dezisionistische Spielraum“²²⁴ ergibt sich schon aus der Unbestimmtheit der Voraussetzungen für die Annahmepflicht. Beispielsweise ist an § 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG mit guten Gründen zu beanstanden, dass „das Ausmaß der Beeinträchtigung im Einzelfall oftmals gar nicht zu beziffern oder zu bemessen ist, und eine Anknüpfung an dieses Kriterium die Zulassung daher unvorhersehbar werden und dem Einschätzungsbe-

²¹⁹ Vgl. Bericht der Kommission zur Entlastung des BVerfG, S. 54 ff.

²²⁰ Jaeger, a.a.O., 151.

²²¹ Vitzthum, JöR n.F. 53 (2005), 319 (330).

²²² Söllner, a.a.O., 275.

²²³ Knies, Diskuss., in: Verhandlungen des 61. DJT, Band II/1, S. O87.

²²⁴ Zacher, in: FG 25 Jahre BVerfG, S. 396 (428).

lieben des angerufenen Gerichts anheimfallen läßt“²²⁵. Hinzu kommt, dass die „Messlatte für Verfassungsbeschwerden“, wie etwa das Erfordernis der Substantiierung, im Rahmen der Annahmeentscheidung immer „höher gelegt“ und gegebenenfalls sogar – zuungunsten des Beschwerdeführers – beseitigt wird. Aus diesem Grund wird der Zugang zum BVerfG nunmehr wegen seiner Unkalkulierbarkeit überspitzt als „Karlsruher Lotterie“ bezeichnet²²⁶.

Unter Individualschutzgesichtspunkten wird es allerdings für kaum erträglich gehalten, dass vor allem „eine begründete oder auch nur möglicherweise begründete Verfassungsbeschwerde [...] im Annahmeverfahren scheitern“ könnte²²⁷. Kritiker ziehen hierfür zum einen Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG heran. Das in dieser Verfassungsvorschrift verbürgte Recht auf verfassungsgerichtlichen Grundrechtsschutz dürfe Grundrechtsträgern „nicht durch ein auf die Verfahrensregelungsermächtigung des Art. 94 Abs. 2 S. 2 GG gestütztes einfaches Gesetz genommen werden“²²⁸. Beim Annahmeverfahren könne es demnach allenfalls um einen Filter gehen, durch welchen nur „unzulässige oder unbegründete Verfassungsbeschwerden möglichst frühzeitig auszusondern“ sind²²⁹. In diesem Sinne treffe das Kriterium der objektiven und subjektiven Wichtigkeit, wie es nunmehr in § 93a Abs. 2 BVerfGG normiert ist, den zentralen Zweck der Verfassungsbeschwerde nur ungenau²³⁰. Selbst erfolgversprechende Verfassungsbeschwerden auszuschneiden, entferne sich nämlich „vom legitimen Zweck des Annahmeverfahrens in unzulässiger und von Art. 94 Abs. 2 S. 2 GG nicht sanktionierter Weise“ und verstoße schließlich gegen Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG²³¹.

Zum anderen wird materiell-verfassungsrechtlich auf die vom Art. 3 Abs. 1 GG gewährleistete Rechtsanwendungsgleichheit hingewiesen, auf die die Entscheidung des BVerfG zur Nichtannahme der Revision gemäß § 554b ZPO i.d.F. von 1975 Bezug genommen hat. Bei dieser Plenarentscheidung war das Gericht der Auffassung, dass „von Verfassungs wegen die Annahme einer Revision [...], die nach der in diesem Stadium gebotenen Prüfung Aussicht auf Erfolg im Endergebnis besitzt,

²²⁵ Roth, AöR 121 (1996), 544 (555).

²²⁶ Lamprecht, NJW 2000, 3543.

²²⁷ Vgl. Uerpmann, a.a.O., S. 686; Zacher, a.a.O., S. 416; Seibert, a.a.O., S. 501; Roth, a.a.O., 557.

²²⁸ Vgl. Roth, a.a.O., 556.

²²⁹ Vgl. Roth, a.a.O., 556.

²³⁰ Vgl. Zacher, a.a.O., S.428; Roth, a.a.O., 556.

²³¹ Vgl. Roth, a.a.O., 556 f.; a.A. etwa Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 273. Danach sei die Verfassungsbeschwerde 1969 in das GG so inkorporiert worden, wie sie damals vorgefunden wurde. Folgerichtig decke Art. 94 Abs. 2 Satz 2 GG „nicht bloß überhaupt ein Verfahren der Annahme, sondern auch besondere Kriterien der objektiven und subjektiven Wichtigkeit für die Annahme oder deren Ablehnung. Diese Kriterien waren dem Verfassungsgesetzgeber 1969 bekannt, so daß er sie (stillschweigend) akzeptiert haben dürfte“; ähnlich Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, Rn. 366 f.

nicht aus Gründen der Selbststeuerung seiner Arbeitslast durch das Revisionsgericht abgelehnt werden darf“; „zur Steuerung der Arbeitslast auch gegenüber erfolgversprechenden Revisionen eingesetzt, beschwöre die Ablehnungsregelung die Gefahr einer so unterschiedlichen Handhabung herauf, daß dies nicht mehr als ein auf die einzelne Rechtssache bezogener, sondern von ihr nahezu völlig unabhängiger, mehr oder minder dem Zufall überlassener und mithin willkürlicher Maßstab erschiene“²³². Diese Ausführung müsse aber genauso für die Auslegung des § 93a Abs. 2 BVerfGG gelten, zumal die Verfassungsbeschwerde „*de constitutione lata* vorrangig“ dem Individualrechtsschutz des Beschwerdeführers diene²³³.

Auch unter Entlastungsgesichtspunkten sei eine Nichtannahme begründeter Verfassungsbeschwerden kaum zu vertreten: „Ist der Verfassungsverstoß festgestellt, bedeutet es im Rahmen von § 93c BVerfGG keinen nennenswerten Zusatzaufwand, daraus Konsequenzen zu ziehen und die verfassungswidrigen Entscheidungen aufzuheben“²³⁴.

Im Übrigen stößt auch der durch § 93d Abs. 1 Satz 2 BVerfGG eingeführte Begründungsverzicht auf scharfe Kritik. Dass bei den Nichtannahmeentscheidungen des BVerfG die Begründungen entfallen können, führe dazu, dass „der Charakter des Gerichts als rechtsprechende Gewalt und ein Fundament seiner Überzeugungskraft deutlich geschwächt“ werde; „*die autoritative Entscheidung des leeren Blattes überzeugt nicht, sondern fordert Gehorsam*. Dies ist nicht Recht-Sprechung – kein Vorgang des rechtlichen Miteinandersprechens –, sondern lediglich Ausübung von Entscheidungsgewalt“²³⁵. Des Weiteren habe die begründungslose Nichtannahmeentscheidung möglicherweise zur Folge, dass die Anrufung des EGMR in unzumutbarer Weise behindert wird²³⁶.

ee) Würdigung

Aus der vorstehenden Darstellung lässt sich erkennen, dass jede Kritik am bestehenden Annahmeverfahren einen gemeinsamen Ausgangspunkt hat, nämlich die Aussage, eine Annahme nach Ermessen widerspräche dem „grundgesetzlichen Leitbild eines (auch) dem subjektiven Rechtsschutz dienenden Verfassungsbeschwerdverfahrens“²³⁷. Mit diesem Ausgangspunkt müssen sich die Befürworter einer sol-

²³² BVerfGE 54, 277 (293).

²³³ Vgl. Roth, a.a.O., 558 f.

²³⁴ Uerpmann, a.a.O., S. 689 f.

²³⁵ P. Kirchhof, in: Bogs (Hrsg.), Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht, S. 71 (76).

²³⁶ Vgl. Lechner/Zuck, BVerfGG, § 93d Rn. 7.

²³⁷ Roth, a.a.O., 560.

chen Annahme auseinandersetzen. Ein wichtiges Argument für das Annahmeverfahren lautet: Vor dem Hintergrund, dass sich das BVerfG wegen seiner ungeheuren Überlastung durch die Flut von Verfassungsbeschwerden auf dem Weg „zum Kollaps, zum Zerfall [...] von innen“²³⁸ befindet, sei das „Zurücktreten des individualrechtsschützenden Charakters der Verfassungsbeschwerde zugunsten ihrer objektivrechtlichen Funktion“²³⁹ hinzunehmen²³⁹. Neben seiner praktischen Notwendigkeit wird das Annahmeverfahren theoretisch mit dem Argument verteidigt, dass es auch der *Außerordentlichkeit* der Verfassungsbeschwerde entspreche²⁴⁰. Ohne den Begriff der *Außerordentlichkeit* präzise zu definieren, beschreibt man dabei die Verfassungsbeschwerde bzw. die Aufgabe des BVerfG wie folgt:

- „Die Verfassungsbeschwerde soll über den individuellen Rechtsschutz hinaus der Auslegung und Fortbildung des objektiven Verfassungsrechts dienen“²⁴¹.
- „Die Verfassungsbeschwerde steht am Ende des Rechtswegs, nicht an seinem Anfang. [...] Eine sinnvolle Arbeitsteilung zwischen Fachgerichten und Bundesverfassungsgericht ist angesichts dieser Gegebenheiten nur möglich, wenn das Bundesverfassungsgericht bei der Bearbeitung von Verfassungsbeschwerden gegen Gerichtsentscheidungen darauf zielt, den anderen Gerichten zu einer optimalen Verwirklichung der Grundrechte zu verhelfen“²⁴².
- „Die Justizgewähr auch auf dem Gebiet der Grundrechte ist Sache der Gerichte (einschließlich ihrer Vorlagepflicht nach Art. 100 I GG); durch sie sind die Grundrechte voll rechtsschutzbewehrt. [...] Die Geltung der Grundrechte im Einzelfall sicherzustellen, ist [...] vornehmlich Sache der anderen Gerichte. ‚Dem BVerfG obliegt es lediglich, die Beachtung der grundrechtlichen Normen und Maßstäbe durch die Gerichte sicherzustellen‘, dies aber kann es in der Regel nicht [...] in concreto, sondern nur in abstracto, im Blick also auf die Rechtsprechung der Gerichte überhaupt, wenn auch aus Anlaß eines konkreten Falles“²⁴³.

Hierzu gibt es auch die Gegenauffassung, dass das (freie) Annahmeverfahren mit der *Außerordentlichkeit* der Verfassungsbeschwerde nichts zu tun habe:

Nach dieser Ansicht ist „das Bundesverfassungsgericht ein spezialisiertes Verfassungsgericht außerhalb des Instanzenzuges, dessen Aufgabe nicht zuletzt der durch Verfassungsbeschwerden aktivierte individuelle Grundrechtsschutz ist. Bei einer Annahme nach Ermessen könnte das Gericht die Wahrnehmung dieser wesentypischen Funktion selbst ein-

²³⁸ Böckenförde, ZRP 1996, 281 (282).

²³⁹ Vgl. Böckenförde, a.a.O., 283.

²⁴⁰ Vgl. Wieland, Der Staat 29 (1999), 333 (352); ders., in: Bogs (Hrsg.), Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht, S. 47 (52); Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 275 ff.

²⁴¹ Wieland, Der Staat 29 (1999), 352.

²⁴² Wieland, in: Bogs (Hrsg.), Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht, S. 52; Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 276.

²⁴³ Schlaich/Korioth, a.a.O., Rn. 275 f.

schränken. Dem begegnen deshalb größere Bedenken als die Auswahlfreiheit eines obersten Rechtsmittelgerichts. Schon für zivilrechtliche Revisionsachen hat das Bundesverfassungsgericht in einer früheren Entscheidung ein Ermessen des Bundesgerichtshofs abgelehnt. Dürfen für das spezialisierte Verfassungsgericht andere Anforderungen gelten? Die Außerordentlichkeit der Verfassungsbeschwerde ist hier kein Argument. Auch und gerade im Grundrechtsbereich besteht ein Bedürfnis nach effektiver, ‚höchstrichterlicher‘ Rechtsdurchsetzung²⁴⁴.

Damit sieht es so aus, als ob bis heute keine konvergente Auffassung über dieses Kardinalmerkmal vorliege, obwohl von ihr nun die Zulässigkeit des Annahmeverfahrens abhängig sein kann. Die eine Auffassung scheint zu sagen, dass die Außerordentlichkeit der Verfassungsbeschwerde beim BVerfG in der Spezialisierung des Gerichts auf den individuellen Grundrechtsschutz liege. Die andere Auffassung hingegen verneint anscheinend eine solche Spezialisierung und bezieht vielmehr Fachgerichte primär in den individuellen Grundrechtsschutz ein, während der Schwerpunkt der Verfassungsbeschwerde eher auf eine abstrakt-generelle Grundrechtsfortbildung gelegt wird.

Im Hinblick auf die Zulässigkeit des Annahmeverfahrens kann aber dahinstehen, welche Auffassung dem spezifischen Inhalt der Außerordentlichkeit der Verfassungsbeschwerde an das BVerfG besser entspricht. Stattdessen lässt sich bezweifeln, ob das Annahmeverfahren überhaupt mit der Eigenständigkeit des Verfassungsbeschwerdeverfahrens vereinbar ist. Gleichgültig, welche der beiden Funktionen der Verfassungsbeschwerde betont wird, besteht Einigkeit darüber, dass die Verfassungsbeschwerde kein Rechtsmittel darstellt; die Einlegung der Verfassungsbeschwerde hemmt nicht den Eintritt der Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen²⁴⁵. Soweit sich die Verfassungsbeschwerde gegen ein rechtskräftiges Gerichtsurteil richtet, bildet gerade dieses Urteil den Beschwerdegegenstand, nicht aber der ursprüngliche Streitgegenstand im instanzgerichtlichen Prozess. Zu prüfen ist also, ob das Gericht bei seiner Entscheidung *seine eigene* (nachträgliche) grundrechtliche Schutzpflicht richtig wahrgenommen hat. Eine Sachentscheidung über das Anlassverfahren als solches zu treffen, ist dem BVerfG hingegen verwehrt; nach § 95 Abs. 2 BVerfGG ist ihm nur die Kompetenz zur *Kassation* zugewiesen. Anders als das Ausgangsverfahren ist das Verfassungsbeschwerdeverfahren außerdem kein kontradiktorisches Verfahren²⁴⁶. Die Prozessparteien im Ausgangsverfahren werden nicht ohne Weiteres zu Prozessbeteiligten im Verfassungsbeschwerdeverfahren. Aus alledem folgt, dass das Verfassungsbeschwerdeverfahren prozessrechtlich ein ganz selbständiges Verfahren ist, für welches das BVerfG in erster und zugleich letzter

²⁴⁴ Vitzthum, JöR n.F. 53 (2005), 319 (337 f.).

²⁴⁵ Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, S. 33.

²⁴⁶ Vgl. Voßkuhle, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 93 Rn. 171.

Instanz zuständig ist²⁴⁷. Folglich befindet sich das BVerfG in einer ganz anderen Lage als der US *Supreme Court*, welcher als höchstes Rechtsmittelgericht fungiert. Gerade dieser Unterschied stellt eine wichtige Weichenstellung für die Ausgestaltung des Vorprüfungsverfahrens dar.

Angesichts der Rechtslage in den USA erscheint dort ein – sogar freies – Annahmeverfahren wenig problematisch. Trotz des großen Annahmespielraums des US *Supreme Court* wird hier das Prinzip, dass bei der Erfüllung aller Sachentscheidungsvoraussetzungen eine gerichtliche Sachentscheidung ergehen muss, nie durchbrochen; eine derartige Sachentscheidungspflicht wird zumindest einmal in der Regel von unteren Gerichten wahrgenommen. Was hier durch eine Nichtannahmeentscheidung verweigert wird, ist lediglich der *Rechtszug* zum höchsten Rechtsmittelgericht *in derselben Sache*. Aufgrund der Aufgabenverteilung innerhalb eines Instanzenzugs ist eine solche Zugangshürde mit dem angesprochenen Prinzip durchaus kompatibel.

Demgegenüber höhlt das Annahmeverfahren beim BVerfG das genannte Prinzip in starkem Maße aus; mittels einer Nichtannahmeentscheidung kann das Gericht auch bei erfüllten Sachentscheidungsvoraussetzungen nunmehr von der Entscheidungspflicht ausgenommen werden. Hierbei bleibt die Verfassungsbeschwerdesache *völlig unentschieden*, zumal für Verfassungsbeschwerden keine anderen Gerichte als das BVerfG zuständig sind. Zugespitzt gesagt: „Trotz Erfüllung aller Sachentscheidungsvoraussetzungen, keine Sachentscheidungspflicht“. Das stellt sich als ein gravierender Systembruch dar, welcher selbst in den USA ein Fremdkörper wäre und der deutschen Tradition des Rechtsstaats erst recht fremd ist. Vor allem wäre es seltsam, wenn für Rechtssuchende eine solche Unentschiedenheit als *Justizverweigerung* erscheinen könnte, welche in der deutschen Rechtsgeschichte gerade das Motiv für die Einführung des Instituts der Verfassungsbeschwerde als deren Vorkehrung war²⁴⁸.

Um diesem fragwürdigen Zustand zu entinnen, kann man vielleicht zwei Alternativen erwägen: entweder die Verfassungsbeschwerde in eine Art Superrevision – wie in den USA – umzuwandeln oder die Annahmeveraussetzungen zu neuen Sachentscheidungsvoraussetzungen umzudeuten. Sollte die Verfassungsbeschwerde aber nicht als zusätzliches Rechtsmittel eingeführt, sondern als ein außerordentlicher Rechtsbehelf beibehalten werden, ist jedenfalls die folgende Konsequenz zu ziehen: „Im Rahmen eines zulässigen Verfahrens trifft das Bundesverfassungsgericht eine

²⁴⁷ In diesem Zusammenhang erscheint es sehr missverständlich, lediglich zu sagen, die Verfassungsbeschwerde stehe am Ende des Rechtswegs, nicht an seinem Anfang.

²⁴⁸ Zum Beispiel findet sich eine Regelung über „Beschwerden wegen verweigerter oder gehemmter Rechtspflege“ schon in § 126 lit. h der Frankfurter Reichsverfassung von 1849. Siehe oben A. II. 1. b).

Entscheidungspflicht. Es darf nicht nach politischer Einschätzung bestimmen, ob ihm eine Entscheidung gegenwärtig opportun erscheint; [...] Sollte das Gericht selbst bestimmen können, welche Verfahren es entscheiden will, *so würde das Gericht mit dieser Auswahl zu einer politischen Instanz*, damit seiner Dignität als rechtsprechende Gewalt teilweise beraubt²⁴⁹.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Zulässigkeit des Annahmeverfahrens dem Charakteristikum der Verfassungsbeschwerde widerspricht. Ein solches Verfahren könnte nur dann vom Ruch der Justizverweigerung befreit werden, wenn die Verfassungsbeschwerde in eine Superrevision verwandelt würde. Als verfassungsrechtliche Legitimation hierfür wäre freilich eine Rechtsgrundlage für das Annahmeverfahren als solches, wie Art. 94 Abs. 2 GG in der heutigen Fassung, allein nicht ausreichend; vielmehr müssten darüber hinaus auch die Verfassungsbestimmungen über die Grundkonzeption der Verfassungsbeschwerde bzw. der Justizorganisation, wie etwa Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a sowie Art. 95 GG, entsprechend geändert werden. Ist man hierzu aber nicht bereit, so bleibt die Einführung eines *Vorprüfungsverfahrens* in Erwägung zu ziehen, in dem statt einer Nichtannahmeentscheidung lediglich eine Abweisungsentscheidung, sei es als unzulässig oder als (offensichtlich) unbegründet, zu treffen ist²⁵⁰. Da die Kammern mittlerweile aufgrund § 93c BVerfGG über die Befugnis zu einer stattgebenden Entscheidung verfügen, erscheint es systemgerecht, wenn sie auch die davon sachlogisch untrennbare Befugnis zu einer Abweisungsentscheidung haben.

b) Der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde

aa) Der Begriff der Subsidiarität

(1) Der Grundsatz der Subsidiarität in unterschiedlichen Kontexten

Vom Grundsatz der Subsidiarität spricht man in verschiedenen Kontexten²⁵¹:

- Eine ursprüngliche Subsidiaritätsidee geht auf die Katholische Soziallehre zurück. Dort bedeutet Subsidiarität den sozialphilosophischen Grundsatz, dass untergeordneten Gemeinschaften ihr eigenes Tätigkeitsfeld gesichert werden soll. Das heißt, solange diese Gemeinschaften zur Erfüllung ihrer Aufgaben fähig sind, muss eine übergeordnete Einheit nachrangig bleiben.

²⁴⁹ P. Kirchhof, a.a.O., S. 73.

²⁵⁰ Vgl. Vitzthum, a.a.O., S. 342, der etwa auf die Reform des EGMR als ein Vorbild hinweist, um „den Gedanken an eine Annahme nach Ermessen fallen zu lassen und damit den Weg frei zu machen für ein Nachdenken über andere, weniger systemfremde Entlastungsschritte“.

²⁵¹ Vgl. Hoffmann, Der Grundsatz der Subsidiarität im Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention, S. 5 ff.; Posser, Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, S. 138 ff.

- Eine ähnliche Konzeption findet sich im Rahmen der Verträge über die Europäische Gemeinschaft. Zum Beispiel dient Art. 5 Abs. 2 EGV zur Sicherung mitgliedstaatlicher Kompetenzen, indem diese Vorschrift die Tätigkeit der Europäischen Gemeinschaft auf die Fälle beschränkt, in denen „die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können“.

- Im Kontext der EMRK ist der Grundsatz aus mehreren Bestimmungen der Konvention zu entnehmen, auch wenn sie ihn nicht ausdrücklich erwähnen. Damit ein einzelner Konventionsstaat vor einer Klage die Chance hat, eine Konventionsverletzung zu korrigieren, regelt beispielsweise Art. 35 Abs. 1 EMRK, dass sich der EGMR mit der Frage der Konventionsverletzung erst beschäftigen darf, nachdem alle innerstaatlichen Rechtswege erschöpft worden sind. Ebenfalls zur Betonung der Eigenverantwortlichkeit der Vertragsstaaten erklärt Art. 13 EMRK, dass jedermann, dessen in der Konvention garantierte Rechte und Freiheiten verletzt worden sind, ein effektiver Rechtsschutz vor einem hierfür zuständigen, nationalen Organ gewährleistet werden soll. Über seine Bedeutung als Zulässigkeitsvoraussetzung hinaus fungiert der Grundsatz der Subsidiarität aber auch als eine weitreichende „Leitlinie bei der Entscheidungsfindung“²⁵² des EGMR; dies zeitigt etwa bei der Bestimmung der Kontrolldichte und damit letztlich bei der Sachentscheidung die Berücksichtigung des politischen, wirtschaftlichen und sozialen Gestaltungsspielraums eines Mitgliedstaates²⁵³.

Bei der Urteilsverfassungsbeschwerde an das BVerfG geht man hingegen nicht von mehrschichtigen Gemeinschaften aus. Ebenso wenig wird angenommen, dass das BVerfG gegenüber Fachgerichten eine übergeordnete Instanz ist; hierbei handelt es sich eher um eine Aufgabenverteilung zwischen zwei nebeneinanderstehenden Gerichtsbarkeiten. Dennoch besteht auch hier eine strukturelle Parallelität zum angesprochenen subsidiären System. Die beiden Gerichtsbarkeiten haben die gemeinsame Aufgabe des Grundrechtsschutzes. Art. 1 Abs. 3, Art. 19 Abs. 4 GG und der aus dem Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit den Grundrechten ableitbare „Justizgewährungsanspruch“²⁵⁴ sind die verfassungsrechtlichen Grundlagen für die Einbeziehung von Fachgerichten in den Grundrechtsschutz, während das BVerfG aufgrund Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG zum Grundrechtshüter berufen ist. Eine Art Subsidiaritätssystem zwischen den beiden Gerichtsbarkeiten gilt als teilweise verkörpert in § 90 Abs. 2 BVerfGG, der sich nunmehr auf die „Ermächtigung des Art. 94 Abs. 2 Satz 2 GG“²⁵⁵ stützt. Danach ist die Verfassungsbeschwerde an das BVerfG erst nach der Erschöpfung des fachgerichtlichen Rechtswegs zu erheben. Darüber hinaus zeigt sich der Gedanke der Subsidiarität auch in den folgenden Ausführungen:

„Das Verfassungsbeschwerdeverfahren setzt das fachgerichtliche Verfahren nicht einfach

²⁵² Vgl. *Hoffmann*, a.a.O., S. 82.

²⁵³ Ausführlich vgl. *Hoffmann*, a.a.O., S. 104 ff.

²⁵⁴ BVerfGE 107, 395 (406 f.).

²⁵⁵ BVerfGE 107, 395 (414).

fort. Es dient nur der Überprüfung auf Verfassungsverstöße. Die Prüfungsintensität ist eingeschränkt (vgl. BVerfGE 18, 85 [92 f.]; stRspr). Bei Feststellung eines Grundrechtsverstoßes führt die verfassungsrechtliche Kontrolle grundsätzlich zur Zurückverweisung der Entscheidung an das Fachgericht (siehe § 95 Abs. 2 in Verbindung mit § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG), nicht etwa zur Ersetzung seiner mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Entscheidung durch das Bundesverfassungsgericht²⁵⁶.

Die Beachtung des Entscheidungsspielraums von Fachgerichten wirkt sich damit auf die Bestimmung der Kontrolldichte und die Sachentscheidung durch das BVerfG aus. In diesem Sinne bezieht sich das Subsidiaritätsprinzip zum einen auf die Anforderungen an das BVerfG, zum anderen knüpft es aber auch an die Eigenverantwortlichkeit von Fachgerichten an. Darum können sie dazu ermahnt werden, „durch eine am Gesamtsystem des Rechtsschutzes und des Subsidiaritätsprinzips orientierte Handhabung des Verfahrensrechts etwaige Verstöße gegen Verfahrensgrundrechte selbst [zu] beseitigen“²⁵⁷. Weiterhin richtet sich das Prinzip insoweit an den Gesetzgeber, als ihm – wie in einer Plenarentscheidung vom 30. 4. 2003 (BVerfGE 107, 395) – aufgegeben wird, eine dem Prinzip entsprechende, angemessene Gestaltung fachgerichtlicher Rechtsbehelfe vorzunehmen.

Im Hinblick auf diese Verantwortungslage der Staatsorgane erscheint es misslich, das Subsidiaritätsprinzip bloß auf eine prozessuale Hürde für die Anrufung des BVerfG zu reduzieren. Bezüglich der Aufgabenverteilung zwischen dem BVerfG und den Fachgerichten stellen Beschwerdeführer lediglich „Dritte“²⁵⁸ dar; sie haben kein eigenes, unmittelbares Interesse daran, ob bei einer solchen justizinternen Aufgabenverteilung das Subsidiaritätsprinzip berücksichtigt wird oder nicht. Sie sind einfach Rechtssuchende, während das Prinzip hauptsächlich die Verantwortlichen für den Rechtsschutz betrifft. Beschwerdeführer sind allenfalls Gehilfen zu einer subsidiären Aufgabenerfüllung, wie es beim § 90 Abs. 2 BVerfGG der Fall ist. Bei der Nichtbeachtung des Gebots der vorherigen Rechtswegerschöpfung werden sie aufgrund dieser Vorschrift sanktioniert, indem ihre Verfassungsbeschwerden als unzulässig abgewiesen werden, auch wenn ihre Anliegen tatsächlich begründet sein können. Trotz dieses belastenden Effekts wird die Verfassungsmäßigkeit des § 90 Abs. 2 BVerfGG jedoch keinesfalls bezweifelt. Mithilfe gesetzlicher Regelungen zum Rechtswegerschöpfungsgebot bzw. zu fachgerichtlichen Rechtsbehelfen können die Rechtssuchenden jedenfalls relativ leicht vorhersehen, was sie zur Vermeidung eines solchen Nachteils tun sollten. Hingegen ist fraglich, ob aus dem Subsidiaritätsprinzip noch weitere Anforderungen an Beschwerdeführer folgen können. Die Rechtsprechung des BVerfG bejaht dies. So heißt es wörtlich:

²⁵⁶ BVerfGE 107, 395 (414).

²⁵⁷ BVerfGE 49, 252 (259).

²⁵⁸ Hoffmann, a.a.O., S. 209.

„Der Subsidiaritätsgrundsatz fordert, daß ein Beschwerdeführer über das Gebot der Erschöpfung des Rechtswegs im engeren Sinn hinaus die ihm zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ergreift, um eine Korrektur der geltend gemachten Verfassungsverletzung zu erwirken oder eine Grundrechtsverletzung zu verhindern“²⁵⁹.

Das BVerfG gibt zu, dass diese Erweiterung der Anforderungen an Beschwerdeführer nicht zuletzt mit der Rücksicht auf die Funktionsfähigkeit des Gerichts zusammenhängt²⁶⁰. Allerdings stellen eine solche gesetzlich ungeschriebene Anforderung und die Rechtsfolge bei ihrer Nichtbeachtung, nämlich ein einer Präklusion ähnlicher Effekt, für Beschwerdeführer sicherlich eine gravierende Belastung dar, zumal die vorher zu ergreifenden, innerprozessualen Grundrechtsschutzmöglichkeiten – anders als gewöhnliche Rechtsmittel – schwer überschaubar sind. Hinsichtlich eines angemessenen Ausgleichs zwischen der Arbeitslast des BVerfG und der Last des Beschwerdeführers erscheint es von Bedeutung, ob die diesbezügliche Praxis des BVerfG etwa durch einen Rekurs auf das Wesen der Verfassungsbeschwerde oder in sonstiger Weise gerechtfertigt werden kann.

(2) Das Verhältnis von Subsidiarität und Außerordentlichkeit der Verfassungsbeschwerde

Nach der Auffassung des BVerfG ist die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde „ein Wesensmerkmal dieses außerordentlichen Rechtsbehelfs, das im Hinblick auf die besondere Funktion des Bundesverfassungsgerichts und angesichts der noch immer wachsenden Belastung des Gerichts streng beachtet werden muß“²⁶¹. Es ist jedoch fraglich, ob die Subsidiarität wirklich als ein Wesensmerkmal der Verfassungsbeschwerde anzusehen ist. Die Vorabentscheidungsmöglichkeit gemäß § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG widerspricht einer solchen Auffassung. Des Weiteren zeigt sich im Vergleich etwa mit der österreichischen Verfassungsbeschwerde oder mit dem *Amparo*-Verfahren in Lateinamerika, dass ein außerordentliches Grundrechtsschutzinstrument zur ordentlichen Beschwerdemöglichkeit *parallel* oder – zum Zweck eines einfachen und schnellen Grundrechtsschutzes – sogar zeitlich *vorrangig* geltend gemacht werden kann²⁶².

Ganz unabhängig davon erscheint die Ausführung des BVerfG verwirrend, weil sie den Gedanken der Subsidiarität und das Merkmal der Außerordentlichkeit der Verfassungsbeschwerde miteinander vermischt, ohne diese beiden Begriffe jeweils zu präzisieren. Im Folgenden ist auf das Verhältnis zwischen ihnen näher einzuge-

²⁵⁹ BVerfGE 74, 102 (113).

²⁶⁰ BVerfGE 68, 384 (388).

²⁶¹ BVerfGE 47, 144 (145).

²⁶² Siehe oben A. II. 2. c) u. d).

hen.

Zunächst haben sie sicherlich einen gemeinsamen Ansatzpunkt, nämlich die Beachtung der Fachkundigkeit anderer Gerichte sowie das Vertrauen in ihre Fähigkeit zur Erfüllung ihrer eigenen Aufgaben. Ohne dies könnte das Subsidiaritätsprinzip nur schwerlich bestehen und die Verfassungsbeschwerde könnte kein *außerordentliches* Grundrechtsschutzinstrument bleiben, sondern müsste in einen *ordentlichen* Rechtsbehelf umgewandelt werden. Die Gemeinsamkeit beruht auch auf dem Spannungsverhältnis zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit und der Fachgerichtsbarkeit. Hintergrund dieser Diskussion ist die Trennung der Verfassungs- und der Fachgerichtsbarkeit, welche wegen der Aufgabenparallelität beim Grundrechtsschutz potentiell jederzeit in ein Spannungsverhältnis geraten können. Im Übrigen gilt: Nicht nur wegen seiner außerordentlichen Natur, sondern auch nach dem Subsidiaritätsprinzip muss der verfassungsgerichtliche Rechtsbehelf jedenfalls dann in Anspruch genommen werden können, wenn fachgerichtlichen Rechtsbehelfen der Grundrechtsschutz misslungen ist.

Freilich ist zu beachten, dass die Subsidiarität und die Außerordentlichkeit der Verfassungsbeschwerde jeweils unterschiedliche Schwerpunkte bzw. Nuancen haben: Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde postuliert im Grunde, dass das BVerfG dort, wo Fachgerichte primär zur Aufgabe des Grundrechtsschutzes berufen sind, bei der Ausübung seiner Kompetenz tunlichst zurückhaltend sein sollte. Ein solches Postulat lässt sich allerdings im Verhältnis zu Rechtssuchenden wohl nur rechtfertigen, wenn Fachgerichte in der Lage sind, die erhoffte Abhilfe besser zu leisten als das BVerfG; eine solche Zurückhaltung ist nicht etwa mit der Souveränität einer kleineren gemeinschaftlichen Einheit zu begründen und in diesem Punkt unterscheidet sich die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde von dem Subsidiaritätsprinzip im Rahmen der EMRK. Anscheinend genügen in bestimmten Teilbereichen Fachgerichte der vorstehenden Voraussetzung. Allgemein ist anzunehmen, dass die jeweiligen obersten Fachgerichte zum Beispiel der Kontrolle einer Verletzung der Verfahrensgrundrechte oder einer willkürlichen Gesetzesanwendung zumindest „ebensogut wie das Bundesverfassungsgericht gerecht werden“ können²⁶³. Insofern geht das Subsidiaritätsprinzip im Endeffekt mehr oder weniger von einer Homogenität zwischen dem verfassungsgerichtlichen und dem fachgerichtlichen Grundrechtsschutz aus.

Die Außerordentlichkeit der Verfassungsbeschwerde steht hingegen dort im Vordergrund, wo die Forderung nach der Zurückhaltung des BVerfG endet und dieses Gericht als die höchste verfassungsrechtsprechende Gewalt auf diejenigen Grund-

²⁶³ *Graßhof*, in: *Bogs* (Hrsg.), Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht, S. 115 (118 f.).

rechtsverletzungen reagieren muss, welche in der Fachgerichtsbarkeit nicht effektiv beseitigt werden können. Sie spiegelt die Heterogenität zwischen den beiden Gerichtsbarkeiten in der Kontrollqualität, den Auswirkungen und vor allem der Reichweite der Kontrollgegenstände wider. Zum Beispiel handelt es sich bei der Statthaftigkeit einer Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen ein formelles Gesetz, welches von besonders allgemeiner Bedeutung ist, eher um die Außerordentlichkeit der Verfassungsbeschwerde als um das Subsidiaritätsprinzip; hierbei sollte ausschließlich das BVerfG die Kontrolle wahrnehmen. Somit liegt es auch nahe, dass sich die Außerordentlichkeit der Verfassungsbeschwerde an den spezifischen Funktionen des BVerfG orientiert. Eine bloße Verdoppelung gleichartigen Rechtsschutzes – wenn sie auch subsidiär erfolgt – entspricht keineswegs der *Raison d'être* des dualistischen Systems, also der Einteilung in ordentliche Rechtsbehelfe einerseits und den außerordentlichen Rechtsbehelf andererseits.

Die begriffliche Unterscheidung von Außerordentlichkeit und Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde deutet darauf hin, dass die Anforderungen an Beschwerdeführer je nachdem, ob es um eine spezifische verfassungsgerichtliche Aufgabe oder um eine überwiegend einfachrechtliche Frage geht, differenziert werden sollten. Im ersteren Fall gibt es keinen Grund dafür, zulasten des Beschwerdeführers die Anforderungen zu erhöhen; hier ist ein effektiver Grundrechtsschutz sowieso nur anhand des außerordentlichen Rechtsbehelfs durch das BVerfG zu ermöglichen. Im letzteren Fall lässt sich hingegen die substantielle Notwendigkeit erkennen, den Beschwerdeführer dazu zu veranlassen, tunlichst vor Fachgerichten nach Rechtsschutz zu suchen. Zu beantworten bleibt freilich die Frage, wie dem Beschwerdeführer ein eindeutiges Signal dazu gegeben werden sollte, damit er die innerprozessualen Möglichkeiten nicht übersieht. In diesem Zusammenhang ist die Plenarentscheidung vom 30. 4. 2003 richtungweisend: Danach müssen die vorherig zu ergreifenden, fachgerichtlichen Rechtsbehelfe angesichts der „rechtsstaatlichen Anforderungen an die Rechtsmittelklarheit“ „in der geschriebenen Rechtsordnung geregelt und in ihren Voraussetzungen für die Bürger erkennbar sein“²⁶⁴.

(3) Die Überdehnung des Begriffs der Subsidiarität in der Praxis

Die begriffliche Konfusion, die im Zusammenhang mit der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde entsteht, ist wohl auch auf die Überdehnung dieses Begriffs in der Praxis zurückzuführen. Nach der Bestandsaufnahme im Schrifttum ist die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde ein „übergreifender Grundsatz des Verfassungs-

²⁶⁴ BVerfGE 107, 395 (416 f.).

prozessrechts“²⁶⁵. „Faßt man so allerdings sehr verschiedene und durchaus gegenläufige Gesichtspunkte unter dem gemeinsamen Oberbegriff der ‚Subsidiarität‘ zusammen, so wird unklar, was eigentlich im einzelnen geprüft wird, und es entsteht im Laufe der Zeit eine kaum noch überschaubare und nicht stets auf einen gemeinsamen Nenner zu bringende Kasuistik“²⁶⁶. Und der Hinweis auf die Problematik einer solchen „Konturenschwäche“ bzw. „Konturenlosigkeit“ gilt durchaus als „berechtigt“²⁶⁷.

Symptomatisch hierfür wird das Subsidiaritätsprinzip nicht nur bei der Einzelaktkontrolle praktiziert, sondern auch bei der Kontrolle von formellen nachkonstitutionellen Gesetzen. Für die Gesetzeskontrolle ist das BVerfG jedoch nicht subsidiär zuständig; aufgrund Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 u. 4a, Art. 100 Abs. 1 GG ist sie vielmehr *ausschließlich* dem BVerfG zugewiesen. Trotzdem steht die Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen einen Rechtssatz nach der Rechtsprechung grundsätzlich im subsidiären Verhältnis zu „anderweitigem vor den Fachgerichten zu erlangendem Rechtsschutz“²⁶⁸. Angenommen, dass der Beschwerdeführer eine auf einem betreffenden Gesetz beruhende Grundrechtsverletzung genügend substantiiert, steht allerdings außer Frage, dass im Hinblick auf einen „zeitgerechten Rechtsschutz“ sowie das „in Art. 100 I GG normierte Verwerfungsmonopol des BVerfG“²⁶⁹ Fachgerichte nicht so effektiv der Grundrechtsverletzung abhelfen können wie jenes Gericht. Damit fehlt es an einer wesentlichen Prämisse für das Subsidiaritätsprinzip. Ungeachtet dessen klingt das Argument des BVerfG für die Notwendigkeit der Einschaltung der Fachgerichte, dass dadurch dem Verfassungsgericht „ein regelmäßig in mehreren Instanzen geprüftes Tatsachenmaterial unterbreitet und die Fallanschauung der Gerichte, insbesondere der obersten Bundesgerichte, vermittelt werden“ solle²⁷⁰, überzeugend. Fraglich ist freilich, ob es sich mit dem Gedanken der Subsidiarität im eigentlichen Sinne deckt; hierbei ist weniger von einer Prioritätssetzung im Hinblick auf ordentliche Rechtsbehelfe die Rede als von der Rationalisierung der eigenen spezifischen Entscheidungstätigkeit des BVerfG durch die Zusammenarbeit mit der Fachgerichtsbarkeit. Bei alledem bleibt gegenüber dem Beschwerdeführer noch das Legitimationsproblem. Ob es mithilfe der Zumutbarkeitstheorie oder der Dogmatik der (unmittelbaren) Betroffenheit des Beschwerdeführers gelöst werden sollte, kann aber hier dahinstehen²⁷¹. Stattdessen ist die Analyse im Folgenden darauf zu fokussieren, wie das Subsidiaritätsprinzip zur Bewältigung der

²⁶⁵ *Sachs*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 497.

²⁶⁶ *Benda/Klein*, Verfassungsprozeßrecht, Rn. 535.

²⁶⁷ *Schenke*, in: FS für Steiner, S. 682 (712).

²⁶⁸ BVerfGE 71, 305 (336); 74, 69 (74 f.); 97, 157 (165 ff.).

²⁶⁹ *Posser*, Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, S. 458; *Sachs*, a.a.O., Rn. 499.

²⁷⁰ Vgl. BVerfGE 72, 39 (43).

²⁷¹ Siehe hierzu unten Dritter Teil, C. I. 2. d) dd) (1) (c).

Flut von *Urteils*verfassungsbeschwerden herangezogen wird, und ob es überhaupt ein angemessenes prozessuales Steuerungsmittel darstellt.

bb) Die Ausprägungen des Subsidiaritätsprinzips bei Urteilsverfassungsbeschwerden

(1) Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gegen eine Eilentscheidung gegenüber einer fachgerichtlichen Hauptsacheentscheidung?

(a) Die Problemlage

Im Rahmen des Eilverfahrens wird der Rechtsweg im Sinne des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG erschöpft, indem eine letztinstanzliche Entscheidung über den beantragten vorläufigen Rechtsschutz ergeht; der Rechtsschutz gegen eine Ablehnung des vorläufigen Rechtsschutzes gehört nicht in das Hauptsacheverfahren, weil diesem gegenüber das Eilverfahren ein eigenständiges Verfahren ist²⁷².

Allerdings fordert der „in dieser Norm zum Ausdruck kommende Grundsatz der Subsidiarität“ nach der Rechtsprechung, dass „der Beschwerdeführer über das Gebot der Rechtswegerschöpfung im engeren Sinne hinaus die ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ergreift, um eine Korrektur der geltend gemachten Verfassungsverletzung zu erreichen oder sie gar zu verhindern [...]. Das bedeutet, daß auch die Erschöpfung des Rechtswegs in der Hauptsache geboten sein kann, wenn sich dort nach der Art des gerügten Grundrechtsverstoßes die Chance bietet, der verfassungsrechtlichen Beschwer abzuhelpfen“²⁷³. „Dies ist regelmäßig der Fall, wenn mit der Verfassungsbeschwerde ausschließlich Grundrechtsverletzungen gerügt werden, die sich auf die Hauptsache beziehen“²⁷⁴. Hingegen darf der Beschwerdeführer „nicht auf das Hauptsacheverfahren verwiesen werden, wenn die Verletzung von Grundrechten durch die Eilentscheidung selbst geltend gemacht wird“²⁷⁵.

Freilich ist zu beachten, dass die letzte Aussage so verallgemeinert werden kann, dass die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Eilentscheidungen kaum an dem Subsidiaritätsgrundsatz scheitern muss. Man darf nämlich durchaus davon ausgehen, dass es bei einer Verfassungsbeschwerde gegen Eilentscheidungen immer um „eine Verletzung des Art. 19 Abs. 4 GG durch die Verweigerung einstweiligen Rechtsschutzes“²⁷⁶ und damit die „Verletzung von Grundrechten durch die Eilentscheidung selbst“ geht. Eine solche Verletzung, die „*niemals* durch eine für den

²⁷² Vgl. *Bethge*, in: *Maunz u.a.*, BVerfGG (Stand: Feb. 2007), § 90 Rn. 415.

²⁷³ BVerfGE 79, 275 (278 f.).

²⁷⁴ BVerfGE 86, 15 (22).

²⁷⁵ BVerfGE 93, 1 (12).

²⁷⁶ BVerfGE 79, 275 (279).

Beschwerdeführer günstige Hauptsacheentscheidung wirklich ausgeräumt werden“ kann²⁷⁷, lässt sich auch in Anbetracht der folgenden Ausführung des BVerfG allgemein anerkennen:

„Die Ablehnung vorläufigen Rechtsschutzes enthält für den Antragsteller eine selbständige Beschwer, die sich nicht mit derjenigen durch die spätere Hauptsacheentscheidung deckt (vgl. BVerfGE 35, 263 [275]). Es steht demgemäß in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts außer Frage, daß die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes grundsätzlich Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein kann (BVerfGE 69, 315 [339 f.] m.w.N.)“²⁷⁸.

(b) Eigene Auffassung

Sicherlich gibt es schon in den Aussagen des BVerfG Widersprüche, so dass das Regel-Ausnahme-Verhältnis äußerst unklar erscheint: Welches ist denn die Regel, die Anerkennung der Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Eilentscheidungen oder die Verweisung des Beschwerdeführers auf das Hauptsacheverfahren? Noch grundlegender ist allerdings zu bezweifeln, ob es in dieser Fallgruppe überhaupt um die Frage der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde geht und gehen muss. Sollte man gerade hinsichtlich der oben erläuterten Möglichkeit, die „selbständige Beschwer“ allgemein anzunehmen, nicht stattdessen eine alternative Lösung zu finden suchen? Diesbezüglich wäre durchaus denkbar, den Subsidiaritätsgrundsatz nicht auf das Verhältnis zwischen der Verfassungsbeschwerde gegen eine Eilentscheidung und dem fachgerichtlichen Hauptsacheverfahren abzustellen, sondern auf das Verhältnis zwischen jener Verfassungsbeschwerde und dem fraglichen Eilverfahren als solchem. Der Grundsatz könnte sich dann lediglich auf die Bestimmung der Prüfungsdichte im Rahmen der Begründetheit der Verfassungsbeschwerde auswirken, ohne die Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Eilentscheidungen an sich in Frage zu stellen. Das heißt, unter Rücksicht auf die fachgerichtliche Sach- bzw. Zeitnähe würde vom BVerfG grundsätzlich verlangt, hierbei nur eine grobe Prüfung vorzunehmen. Die Argumente hierfür lassen sich wohl wie folgt präzisieren:

In einer Verfassungsbeschwerde gegen eine letztinstanzliche Eilentscheidung geht es hauptsächlich um die Frage, ob das Gericht mit der Ablehnung vorläufigen Rechtsschutzes seine grundrechtliche Schutzpflicht vernachlässigt hat. Eine solche Frage unterscheidet sich von der, ob die ursprüngliche Maßnahme einer Verwaltungsbehörde die Grundrechte des Beschwerdeführers verletzt hat. Das heißt, erstere Frage könnte auch dann verneint

²⁷⁷ Stietzel, Die Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Eilentscheidungen, S. 141.

²⁷⁸ BVerfGE 77, 381 (400).

werden, wenn sich die Behauptung der Grundrechtsverletzung durch die ursprüngliche Maßnahme später als wahr erweist. Bei der Beurteilung der Einhaltung der gerichtlichen Schutzpflicht sollte insbesondere berücksichtigt werden, dass das Eilverfahren gegenüber der ursprünglichen Maßnahme als solcher keinen unbedingt zu erschöpfenden Rechtsweg im Sinne des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG darstellt und dass es ein selbständiges und summarisches Verfahren ist; die Eilentscheidung ist keine endgültige Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der ursprünglichen Maßnahme, sondern bezieht sich auf eine bis zur rechtskräftigen Hauptsacheentscheidung vorläufig geltende Regelung, die einerseits auf Prognosen zum Erfolg oder Misserfolg des Hauptsacheverfahrens beruht und dazu andererseits das Vorliegen einer Eilbedürftigkeit voraussetzt; sie ergeht in der Regel unter der Voraussetzung, dass die tatsächliche und die einfachrechtliche Lage bislang nur cursorisch geklärt ist. Der für die Zweckverfolgung des Eilrechtsschutzes benötigten Vorausbeurteilung des letztinstanzlichen Gerichts sollte mithin ein weitreichender Spielraum gewährleistet werden, wobei auch das Risiko eines Fehlers mehr oder weniger hingenommen werden muss. Das heißt, dass selbst bei einer Eilentscheidung, die wegen einer späteren Verfassungswidrigerklärung der ursprünglichen Maßnahme im Ergebnis mangelhaft erscheinen mag, der Verstoß gegen die Schutzpflicht nicht ohne Weiteres anerkannt werden darf, soweit die Versagung des vorläufigen Rechtsschutzes zur Zeit der Eilentscheidung für vertretbar gehalten wird. Anhand dieses weitmaschigen Prüfungsmaßstabes könnten die meisten Verfassungsbeschwerden gegen Eilentscheidungen ohne nähere Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der ursprünglichen Maßnahme einfach – nach eigenem Vorschlag zumal im Vorprüfungsverfahren durch die Kammer – als unbegründet abgewiesen werden.

In Anbetracht der weiteren Rechtsprechung des BVerfG zu dieser Fallgruppe liegt es freilich nahe anzunehmen, dass eine solche Prüfungsdichte dann einer angemessenen Korrektur bedarf, wenn die tatsächliche und die einfachrechtliche Lage zur Zeit der Eilentscheidung bereits ausreichend geklärt ist und ein schwerer, unabwendbarer Nachteil, welcher die Eilbedürftigkeit nachvollziehbar stützen kann, ersichtlich bevorsteht²⁷⁹; hierbei gibt es nur wenig Raum, einen Fehler in der gerichtlichen Vorausbeurteilung im Eilverfahren zu rechtfertigen. Die Prüfungsdichte bei der Verfassungsbeschwerde gegen eine Eilentscheidung wird sich außerdem dann der Prüfungsdichte bei der Verfassungsbeschwerde gegen eine Hauptsacheentscheidung stark annähern, wenn etwa „verwaltungsgerichtliche Entscheidungen im Verfahren der einstweiligen Anordnung in ihrer Wirkung die Hauptsache vorwegnehmen“²⁸⁰; in einer solchen Konstellation dürfte eine sorgfältige Überprüfung der

²⁷⁹ Vgl. BVerfGE 77, 381 (402); 86, 15 (22); 93, 1 (12); 104, 65 (71): Bei der Verfassungsbeschwerde gegen Eilentscheidung dürfe der Beschwerdeführer dann nicht auf das Hauptsacheverfahren verwiesen werden, „wenn die Entscheidung von keiner weiteren tatsächlichen oder einfachrechtlichen Aufklärung abhängt und die Voraussetzungen gegeben sind, unter denen gemäß § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG vom Erfordernis der Rechtswegerschöpfung abgesehen werden kann“. Der Heranziehung der Voraussetzungen für die Vorabentscheidung ist allerdings nicht zuzustimmen; die Bedürftigkeit nach der Vorabentscheidung gemäß § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG sollte jedenfalls strenger ausgelegt werden als die normale Eilbedürftigkeit, so dass ungeachtet der ähnlichen Begrifflichkeit eines „schweren, unabwendbaren Nachteils“ die Zulassung der Verfassungsbeschwerde gegen eine Eilentscheidung nicht ohne Weiteres zur Notwendigkeit der Vorabentscheidung führen muss.

²⁸⁰ Vgl. BVerfGE 69, 257 (267).

ursprünglichen Maßnahme bereits im Eilverfahren unumgänglich sein.

(2) Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gegen eine Verletzung rechtlichen Gehörs gegenüber der fachgerichtlichen Selbstkorrektur

(a) Die Problemlage

(i) Die Besonderheiten des Verfahrensgrundrechts des Art. 103 Abs. 1 GG

Die Behauptung, dass durch eine angegriffene Gerichtsentscheidung der Beschwerdeführer in seinem verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht auf rechtliches Gehör verletzt worden sei, findet sich in Verfassungsbeschwerdebegründungen am häufigsten. Nach einer Schätzung beziehen sich ungefähr 45 % aller Verfassungsbeschwerden auf die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör²⁸¹. Dementsprechend wird ihre effiziente Handhabung fast immer thematisiert, wenn man über die Entlastung des BVerfG nachdenkt.

In diesem Zusammenhang sind zunächst die Besonderheiten des genannten Verfahrensgrundrechts zu betrachten. Eine davon ist, dass die Ausübung dieses grundrechtsgleichen Rechts seinem Wesen nach eine einfachgesetzliche Ausgestaltung seines konkreten Inhalts voraussetzt. Folgerichtig liegt es nahe, dass eine angebliche Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör regelmäßig an einen Verstoß gegen eine diesbezügliche Gesetzesnorm anknüpft. Dies spricht wiederum für die primäre Kompetenz eines Rechtsmittelgerichts zur Kontrolle gerichtlicher Verletzungen jenes Grundrechts, weil die Auslegung und Anwendung einfachen Rechts prinzipiell der Fachgerichtsbarkeit zugewiesen ist.

Eine andere Besonderheit des Anspruchs auf rechtliches Gehör bezieht sich hingegen darauf, dass sich Art. 103 Abs. 1 GG im Grunde an die rechtsprechende Gewalt richtet. Diese Vorschrift stellt gegenüber einem Gericht, das als ihr Erstadressat agiert, nicht schlechthin eine Entscheidungsnorm, sondern vielmehr eine Handlungsnorm dar. Wird diese erst durch sein eigenes Verhalten verletzt, so ist das Gericht insofern nicht in der Lage, als neutraler Entscheider in Bezug auf einen darauf beruhenden Streit auszusprechen, was rechtens ist²⁸². Diesbezüglich ähnelt sein Status allenfalls dem eines exekutiven Staatsorgans, welches wegen seiner eigenen grundrechtsverletzenden Handlung grundsätzlich zur Folgebeseitigung verpflichtet ist. Gegen ein solches, das Verfahrensgrundrecht nicht wahrendes Verhalten kann man im Hinblick auf den aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten „Justizgewäh-

²⁸¹ Zierlein, DVBl. 1989, 1169 (1170).

²⁸² Zu unterschiedlichen materiellen Begriffen der Rechtsprechung vgl. Wilke, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR V, § 112 Rn. 58 ff.; Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 72 ff.

rungsanspruch²⁸³ zwar idealerweise eine Kontrollmöglichkeit in der Form eines Rechtsmittels vorsehen. Problematisch ist aber, dass die Inanspruchnahme dieser Kontrollmöglichkeit selbst, wenn auch selten, zu einer neuen Versagung des rechtlichen Gehörs führen kann. Damit ist theoretisch nicht auszuschließen, dass das bloße Offenstehen eines Rechtswegs gegen jede Verweigerung rechtlichen Gehörs im Ergebnis zu einem *Rechtsschutz ad infinitum* führt. Einen endgültigen Ausweg hieraus bietet wohl erst ein Rechtsbehelf, welcher innerhalb der gesamten Gerichtsbarkeit nicht mehr anfechtbar ist. Und die Verfassungsbeschwerde ist gerade ein derartiger Rechtsbehelf. Somit erscheint es unumgänglich, dass sich das BVerfG in einem gewissen Umfang im Wege der Verfassungsbeschwerde mit Rügen der Verletzung des Verfahrensgrundrechts befasst.

Erschwerend kommt hinzu, dass zur Entlastung höherer Instanzgerichte der Rechtsmittelzug prozessrechtlich nicht unbeschränkt ist. Dies führte naheliegenderweise dazu, dass das BVerfG nicht selten mit Verfassungsbeschwerden konfrontiert wurde, welche sich gegen z.B. wegen der Bagatelleigenschaft nicht rechtsmittelfähige Entscheidungen unterer Instanzgerichte richteten. Nach einer Statistik bezogen sich ca. 71 % derjenigen Verfassungsbeschwerden, denen wegen einer Verletzung des rechtlichen Gehörs stattgegeben wurde, auf untergerichtliche Entscheidungen²⁸⁴.

(ii) Die Vorgeschichte des Erlasses des sog. „Anhörungsrügensgesetzes“

(α) Die erste Phase

Vor diesem Hintergrund hat das BVerfG unter Berufung auf den Subsidiaritätsgrundsatz die fachgerichtliche Abhilfemöglichkeit in zweifacher Hinsicht erweitern wollen, um die Übernahme einer unerwünschten Rolle als „Superberufungsinstanz“²⁸⁵ zu vermeiden. Zum einen forderte das BVerfG die Fachgerichte auf, „in den Fällen der Verletzung des rechtlichen Gehörs ein Rechtsmittel zuzulassen, wenn die Auslegung der einschlägigen Verfahrensvorschriften dies ermöglicht“²⁸⁶:

- Zum Beispiel ging das BVerfG in seiner Entscheidung vom 10. 10. 1978 davon aus, dass selbst die vom letztinstanzlichen Gericht als unzulässig beurteilte „weitere Beschwerde“ insoweit die Verfassungsbeschwerdefrist offenhalten kann, als sich die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde zumindest für den Fall, dass die Verletzung des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs durch das zweitinstanzliche Gericht – aber nicht die Ver-

²⁸³ Vgl. BVerfGE 107, 395 (401).

²⁸⁴ Vgl. Schumann, NJW 1985, 1134 (1137).

²⁸⁵ Voßkuhle, NJW 1995, 1377 (1378).

²⁸⁶ BVerfGE 60, 96 (99).

letzung durch das erstinstanzliche²⁸⁷ – gerügt wird, auf einer extensiven Auslegung des „neuen selbständigen Beschwerdegrundes“ im Sinne des § 568 Abs. 2 ZPO a.F. zu stützen scheint²⁸⁸; eine solche Auslegung sei auch von der damaligen herrschenden Meinung befürwortet worden.

Darüber hinaus führte das BVerfG aus, es sei weder mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar noch unter dem Gesichtspunkt des verfassungsrechtlichen Gebots des effektiven Rechtsschutzes rechtfertigbar, dass das Instanzgericht die Nachprüfung der von der Vorinstanz begangenen Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG verweigert und dies u.a. mit dem Argument, dass dem Betroffenen immerhin die Verfassungsbeschwerde zur Verfügung stehe, begründet²⁸⁹. Der Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidung eines Oberlandesgerichts, welche die vom Beschwerdeführer beantragte weitere Beschwerde als unzulässig verworfen hatte, wurde somit stattgegeben, wobei es das BVerfG unterließ, über die miterhobenen Verfassungsbeschwerden gegen die Entscheidungen des erst- und des zweitinstanzlichen Gerichts abschließend zu befinden.

- In seinen anderen Entscheidungen²⁹⁰ wies das BVerfG zwar ebenfalls auf die Möglichkeit hin, anhand einer analogen Anwendung des § 513 Abs. 2 ZPO a.F. im schriftlichen Verfahren eine Berufung für zulässig zu erachten, machte jedoch die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde nicht ohne Weiteres von der Erschöpfung eines solchen Rechtsmittels abhängig; „Angesichts dessen, daß bisher – soweit ersichtlich – keine veröffentlichte Rechtsprechung zur entsprechenden Anwendung des § 513 Abs. 2 ZPO im schriftlichen Verfahren vorliegt, auf die sich die Beschwerdeführerin hätte stützen können, und angesichts des Gesetzeswortlauts war die Statthaftigkeit der Berufung bisher noch als derart zweifelhaft anzusehen, daß deren Einlegung der Beschwerdeführerin in diesem Falle noch nicht zugemutet werden konnte. Bei dieser besonderen Sachlage steht § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde nicht entgegen“²⁹¹. Die Verfassungsbeschwerde wurde mithin als zulässig behandelt.

Zum anderen propagierte das BVerfG den Gedanken, dass zur Wahrung des Anspruchs auf rechtliches Gehör erforderlichenfalls zumindest ein Rechtsbehelf durch den *judex a quo* eröffnet werden sollte, zumal dann, wenn Prozessordnungen (unmittelbar) gegen eine bestimmte Beeinträchtigung des Verfahrensgrundrechts keine alternativen Rechtsmittel vorsehen:

- In der Entscheidung des BVerfG vom 8. 1. 1959²⁹² hat das Gericht einen solchen

²⁸⁷ BVerfGE 51, 150 (154 ff.). Mit dieser Differenzierung konnte das BVerfG – zugunsten des Beschwerdeführers – erklären, warum der Verfassungsbeschwerde die Nichterschöpfung der weiteren Beschwerde im gegebenen Fall nicht entgegenstand.

²⁸⁸ BVerfGE 49, 252 (255); vgl. auch BVerfG NJW 1988, 1773 f.

²⁸⁹ BVerfGE 49, 252 (256 ff.).

²⁹⁰ Bezüglich der Möglichkeit analoger Anwendung des § 513 Abs. 2 ZPO a.F. im schriftlichen Verfahren vgl. BVerfGE 60, 96 (98 f.); 61, 78 (80); 64, 203 (206).

²⁹¹ BVerfGE 60, 96 (99).

²⁹² BVerfGE 9, 89.

Rechtsbehelf, nämlich die sog. „Gegenvorstellung“, ins Spiel gebracht. Diese stellte hier auf die Fälle ab, in denen – wie etwa bei einem strafgerichtlichen Haftbefehl – wegen der Notwendigkeit eines sofortigen Zugriffs die *vorgängige* Anhörung des Betroffenen nicht gewährleistet werden kann; damit wurde bezweckt, im Wege der Gegenvorstellung dem Betroffenen eine nachträgliche Anhörungsgelegenheit zu geben. Insoweit stellte sich die Gegenvorstellung als eine besondere Ausübungsmodalität des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar, nicht aber als eine Vorkehrung gegen dessen Verletzung.

- In der Praxis wurde die Gegenvorstellung allerdings im Lauf der Zeit allmählich zu einem eigenständigen Rechtsbehelf gegen eine bereits erfolgte Verletzung des rechtlichen Gehörs umgedeutet. Das BVerfG hob sogar hervor, dass es „von Verfassungs wegen“ naheliege, „bei offenkundiger Verletzung des rechtlichen Gehörs Gegenvorstellungen allgemein zuzulassen“²⁹³. Jedenfalls ist zu beachten, dass eine solche Anforderung nicht von vornherein auf die Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde hinauslief; je nach „Stand der Rechtsprechung der Fachgerichte“ pflegte das BVerfG die Erschöpfung des Rechtsweges durch eine Gegenvorstellung noch als entbehrlich zu beurteilen²⁹⁴.

(β) Die zweite Phase

Ab Mitte der achtziger Jahre des letzten Jahrhunderts zeigte das BVerfG jedoch die Tendenz, seine frühere „Kulanz“ gegenüber Beschwerdeführern zurückzunehmen²⁹⁵. Symptomatisch hat der Vorprüfungsausschuss des Ersten Senats in seinem Beschluss vom 23. 5. 1985²⁹⁶ die Verfassungsbeschwerde gegen eine angebliche Gehörsverletzung mit der Begründung nicht zur Entscheidung angenommen, dass der Beschwerdeführer vor der Anrufung des BVerfG ein Rechtsmittel, dessen Statthaftigkeit zwar im Prozessgesetz nicht ausdrücklich geregelt worden, jedoch zumindest umstritten war, nicht erschöpft habe. Seitdem ging das Gericht davon aus, dass „der Beschwerdeführer vor der Erhebung der Verfassungsbeschwerde im Hinblick auf § 90 Abs. 2 BVerfGG von einem Rechtsmittel grundsätzlich auch dann Gebrauch machen“ müsse, „wenn zweifelhaft ist, ob es statthaft ist und im konkreten Fall in zulässiger Weise eingelegt werden kann“²⁹⁷. Dabei sollte man beachten, dass „ein *offensichtlich* unzulässiges Rechtsmittel“ „den Lauf (und Ablauf) der Frist für die Erhebung der Verfassungsbeschwerde gegen die mit dem Rechtsmittel angefochtene Entscheidung nicht [beeinflusst]“²⁹⁸.

Damit liegt auf der Hand, dass der Beschwerdeführer gleich zwei Gefahren zu ge-

²⁹³ BVerfGE 73, 322 (329).

²⁹⁴ Vgl. etwa BVerfGE 63, 77 (79); 73, 322 (329).

²⁹⁵ Vgl. Posser, Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, S. 255.

²⁹⁶ BVerfG NJW 1985, 2250.

²⁹⁷ BVerfGE 91, 93 (106).

²⁹⁸ BVerfGE 91, 93 (106), stRspr. [Hervorhebung durch den Verfasser].

wärtigen hat, wenn ein Rechtsbehelf, dessen offensichtliche Unzulässigkeit nicht abschließend geklärt worden ist, in Betracht kommt: Die eine Gefahr ist, dass seine Verfassungsbeschwerde an der Nichterschöpfung eines solchen Rechtsbehelfs, welcher aber wegen seiner fehlenden gesetzlichen Grundlage durchaus als unzulässig verworfen werden kann, scheitern mag, und die andere Gefahr ist, die Verfassungsbeschwerdefrist zu versäumen, indem er ohne andere Vorkehrungen zu ergreifen – d.h. etwa ohne sog. „Parken im allgemeinen Register“²⁹⁹ – einen später vom BVerfG als offensichtlich unzulässig beurteilten Rechtsbehelf durchläuft. Gerade erstere Gefahr war einst von dem Grundsatz abgemildert worden, dass „für die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde“ eine solche Ungewissheit „nicht zu Lasten des Rechtssuchenden maßgebend sein“ sollte³⁰⁰. Aber dieser Grundsatz wurde nach dem vorstehenden dargelegten Wendepunkt durch einen neuen ersetzt, wonach der Rechtssuchende nunmehr bis zur Grenze der Offensichtlichkeit der Unstatthaftigkeit eines Rechtsbehelfes das Risiko eingehen müsse, zur Beseitigung der Verfassungsverletzung zunächst jede denkbare – gar unsichere – fachgerichtliche Abhilfemöglichkeit auszuschöpfen; ansonsten sei die Verfassungsbeschwerde als unzulässig zu verwerfen. Dabei mache es „keinen Unterschied, ob jener Rechtsbehelf an eine Frist gebunden ist und also der Beschwerdeführer durch die Verwerfung seiner Verfassungsbeschwerde in aller Regel endgültig seine Rechtsschutzmöglichkeiten verliert“³⁰¹.

Da die Fachgerichte ihrerseits im Wege richterlicher Rechtsfortbildung, welche in der Regel je nach Rechtsbereich oder Zeit- sowie Rechtslage uneinheitlich vorgenommen wird, ein kaum überschaubares Rechtsbehelfssystem entwickelt haben, erscheint die Last, die der Beschwerdeführer zur Erfüllung der genannten Anforderung des Subsidiaritätsprinzips tragen musste, umso unerträglicher. Um dies an einem Beispiel zu erläutern, hat die Anerkennung der sog. „außerordentlichen Beschwerde wegen greifbarer Gesetzeswidrigkeit“ äußerst stark geschwankt. Dieses richterrechtlich ausgestaltete Rechtsmittel hat der BGH am Anfang verneint³⁰², danach offengelassen³⁰³ und endlich in seinem Beschluss vom 8. 10. 1992 für Fälle anerkannt, in denen die angefochtene Entscheidung „auf einer Gesetzesauslegung beruht, die offensichtlich dem Wortlaut und dem Zweck des Gesetzes widerspricht“³⁰⁴. In Anbetracht einer solchen Veränderlichkeit der Rechtsprechung und der strengen Zulässigkeitsvoraussetzungen, welche fast schon die Begründetheit der Verfassungsbeschwerde assoziieren, dürfte es für den Rechtssuchenden schwer vorausseh-

²⁹⁹ *Liibbe-Wolff*, EuGRZ 2004, 669 (673).

³⁰⁰ BVerfGE 5, 17 (20).

³⁰¹ BVerfGE 70, 180 (186).

³⁰² BGHZ 43, 12.

³⁰³ BGHZ 109, 41 (44).

³⁰⁴ BGHZ 119, 372.

bar gewesen sein, ob ihm eine vor der Einlegung der Verfassungsbeschwerde zu erschöpfende Abhilfemöglichkeit etwa durch die außerordentliche Beschwerde noch verblieb oder nicht.

(γ) Die dritte Phase und der Erlass des Anhörungsrügensgesetzes

In diesem Zusammenhang tendierte das BVerfG, wenn auch vereinzelt, dazu, zu seiner früheren Rechtsprechung zurückzukehren. So wurde etwa im Urteil des Ersten Senats vom 12. 3. 2003 neuerlich betont, „dass die berechtigte Ungewissheit über die Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs nicht zu Lasten des Rechtssuchenden gehen und daher nicht zur Unzulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde führen darf“³⁰⁵.

Schließlich hat das BVerfG mit seiner Plenarentscheidung vom 30. 4. 2003³⁰⁶ eine darüber hinausgehende Abkehr von den überzogenen Anforderungen an den Beschwerdeführer vollzogen: Diese Entscheidung besagte zwar unter Berufung auf die Justizgewährungsgarantie und den Subsidiaritätsgrundsatz zum einen, dass gegen eine behauptete Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG zumindest eine einmalige Abhilfemöglichkeit „grundsätzlich bei den Fachgerichten eingerichtet werden [muss], auch wenn zusätzlich eine Rechtsverfolgung mithilfe der Verfassungsbeschwerde möglich ist“³⁰⁷. Allerdings vertrat das Gericht zum anderen eben die Auffassung, dass die richterrechtliche Erschließung der angesprochenen fachgerichtlichen Kontrolle den „verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Rechtsmittelklarheit“ nicht genüge³⁰⁸. Im Hinblick auf die vielen außerhalb des geschriebenen Rechts geschaffenen Rechtsbehelfe gebe es „erhebliche Unsicherheiten bei der Entscheidung über die Frage, ob erst ein außerordentlicher Rechtsbehelf oder sogleich die Verfassungsbeschwerde einzulegen ist“³⁰⁹. Das BVerfG bezeichnete dies sogar als ein „rechtsstaatliche[s] Defizit“³¹⁰. Mithin entschloss sich das Plenum, von seiner damaligen diesbezüglichen Praxis abzuweichen, so dass der Beschwerdeführer nun derartige außerordentliche Rechtsbehelfe nicht mehr ausschöpfen muss. Indes wurde dem Gesetzgeber aufgegeben, durch eine Neuregelung der Prozessordnungen diese Rechtsschutzlücke zu schließen.

Dem Auftrag des BVerfG ist der Gesetzgeber mit dem Erlass des „Gesetzes über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör“ (sog. „An-

³⁰⁵ BVerfGE 107, 299 (309).

³⁰⁶ BVerfGE 107, 395.

³⁰⁷ Ebenda, 413.

³⁰⁸ Ebenda, 416.

³⁰⁹ Ebenda, 417.

³¹⁰ Ebenda, 417.

hörungsrügensgesetz“) vom 9. 12. 2004 nachgekommen. Aus diesem Anlass entstand das Rechtsinstitut der Anhörungsrüge, wie es heute etwa in § 321a ZPO, §§ 33a, 356a StPO, § 173 VwGO, § 155 FGO, § 202 SGG, § 78a ArbGG geregelt ist.

(iii) Die Problemlage nach dem Erlass des Anhörungsrügensgesetzes

(α) Die Anhörungsrüge als „Rechtsweg“ im Sinne des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG?

Das Rechtsinstitut der Anhörungsrüge³¹¹ ist ein gegenüber anderen Rechtsmitteln subsidiärer Rechtsbehelf, welcher nach der Konzeption des Gesetzgebers jedenfalls der Verfassungsbeschwerde vorausgehen sollte. Der statthafte Gegenstand der Anhörungsrüge ist also eine fachgerichtliche Entscheidung, gegen welche keine anderen Rechtsmittel oder Rechtsbehelfe gegeben sind. Die Anhörungsrüge ist mit der Behauptung, dass das Gericht den Anspruch des Beteiligten auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt habe, zu erheben. Sie hemmt den Eintritt der formellen Rechtskraft der angefochtenen Entscheidung nicht. In diesem Sinne ist sie als ein außerordentlicher Rechtsbehelf zu charakterisieren. Bei erfolgreicher Anhörungsrüge kann das Verfahren allerdings durch Beschluss des zuständigen Gerichts fortgeführt werden, soweit dies aufgrund der Anhörungsrüge geboten ist. Sie gilt als Rechtsweg im Sinne des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG.

Damit kann man den Eindruck bekommen, als könnte nun von einem allgemeinen Subsidiaritätsprinzip, welches über das Gebot der „Rechtswegerschöpfung im engeren Sinne“³¹² hinausgeht, zumindest bezüglich fachgerichtlicher Gehörsverletzungen nicht mehr die Rede sein. Dieser Eindruck ist allerdings zweifelhaft; die Anhörungsrüge wird dadurch gekennzeichnet, dass es sich bei ihr um einen Rechtsbehelf durch den *judex a quo* handelt. Anzurufen ist demnach dasjenige Gericht, dessen Verhalten in Bezug auf die behauptete Verletzung des rechtlichen Gehörs als die ursprüngliche Maßnahme betrachtet wird. Ein solcher Mechanismus stößt freilich seit jeher im Schrifttum auf berechtigte Kritik: „Die Schwäche des Selbstkontrollverfahrens“ ergibt sich daraus, dass „der Richter [...] praktisch in eigener Sache“ entscheidet³¹³. Zwar habe sich eine solche Rügemöglichkeit für die „bloßen Pannenfälle“ als funktionsfähig erwiesen und man könne „nur davor warnen, allzu hohe Erwartungen auf Fähigkeit und Neigung der Richter zur Selbstkorrektur zu setzen,

³¹¹ Zu Einzelheiten vgl. *Zuck*, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, Rn. 755 ff.; *Seer/Thulfaut*, BB 2005, 1085 ff.; *M. Huber*, JuS 2005, 109 (111 f.); *Guckelberger*, NVwZ 2005, 11 ff.; *Bepler*, RdA 2005, 65 (66 ff.); *Berchtold*, NZS 2006, 9 (13 ff.).

³¹² BVerfGE 81, 22 (27 f.). Zur begrifflichen Kritik gegen diese vom BVerfG erfundene Formulierung vgl. *Caul*, in: FS für Schumann, S. 89 (102 f.).

³¹³ *Seer/Thulfaut*, a.a.O., 1085.

insbesondere wenn es um eine mit einer Gehörsverletzung beanstandete wertende Entscheidung, also um Fälle der (angeblich) offensichtlichen Unrichtigkeit geht³¹⁴. „Geht man aber mit dem BVerfG davon aus, dass der allgemeine Justizgewährungsanspruch bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör den ‚Rechtsweg‘ eröffnet, dann muss dieser Rechtsweg grundsätzlich den Minimalanforderungen an ein gerichtliches Verfahren genügen“. Gerade „zu den unverzichtbaren Kernelementen des gerichtlichen Rechtsschutzes“ gehöre „die Neutralität und Distanz des agierenden Richters, der nicht Kontrolleur in eigener Sache sein darf“³¹⁵. Dem Anhörungsrügeverfahren fehlt jedoch diese Neutralität, so dass es durchaus vertretbar erscheint, die Diskussion über die Anhörungsrüge nicht unmittelbar auf der Grundlage des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG, sondern im Rahmen des allgemeinen Subsidiaritätsprinzips weiterzuführen.

(β) Das Verhältnis zwischen der Anhörungsrüge und der Verfassungsbeschwerde in der Rechtsprechung des BVerfG

(αα) Ist die Einlegung der Anhörungsrüge auch in Bezug auf anderweitige Grundrechtsrügen eine Zulässigkeitsvoraussetzung der Verfassungsbeschwerde?

Die Frage, ob und in welchem Umfang vor der Anrufung des BVerfG das Anhörungsrügeverfahren zwischengeschaltet werden muss, steht noch zur Debatte. Diesbezüglich ist nochmals zu betonen, dass sich dieses außerordentliche Verfahren auf Gehörsrügen beschränkt und dass bei einer erfolgreichen Anhörungsrüge das Verfahren nur insoweit fortgeführt wird, als dies aufgrund der Rüge geboten ist. Angesichts dieser Einschränkungen stellt sich die Frage, ob beim Nichtdurchlaufen des Anhörungsrügeverfahrens die Verfassungsbeschwerde nicht nur hinsichtlich eines fachgerichtlichen Gehörsverstößes, sondern auch hinsichtlich anderweitiger Grundrechtsverletzungen unzulässig sein sollte. Hierzu erscheint die Rechtsprechung des BVerfG uneinheitlich, wenn man auch auf die früheren Entscheidungen über die Rechtsfolge des Unterlassens des Rügeverfahrens gemäß § 33 a StPO a.F. blickt:

- Im Beschluss des Zweiten Senats vom 26. 3. 1987³¹⁶ wurde eine Verfassungsbeschwerde nur insoweit als unzulässig angesehen, als sie sich gegen die Verletzung des rechtlichen Gehörs richtete; der Beschwerdeführer hätte aufgrund § 33 a StPO a.F. die Nachholung des rechtlichen Gehörs beantragen können. Im Übrigen wurde die Verfassungsbeschwerde nicht ohne Weiteres als unzulässig behandelt, sondern vielmehr als nicht begründet beurteilt.

³¹⁴ M. Huber, a.a.O., 111.

³¹⁵ Voßkuhle, NJW 2003, 2193 (2197).

³¹⁶ BVerfGE 74, 358 (380).

Ebenso differenzierte die 2. Kammer des Zweiten Senats in ihrem Beschluss vom 26. 10. 1993³¹⁷ zwischen der Gehörsrüge und den sonstigen Grundrechtsrügen. Hier vertrat das Gericht die Meinung, die Tatsache, dass der Beschwerdeführer hinsichtlich der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör die fachgerichtliche Abhilfemöglichkeit nach § 33a StPO in Verbindung mit § 46 OWiG nicht erschöpft hatte, mache nicht die gesamte Verfassungsbeschwerde unzulässig. Denn mit seinem Vortrag habe der Beschwerdeführer auch die Möglichkeit anderweitiger Grundrechtsverletzungen substantiiert.

- In ihrem Beschluss vom 8. 3. 1994³¹⁸ hat die 2. Kammer des Zweiten Senats hingegen genau umgekehrt entschieden. Hier führte der Umstand, dass der Beschwerdeführer von der Abhilfemöglichkeit gemäß § 33a StPO keinen Gebrauch gemacht hatte, zur Unzulässigkeit der gesamten Verfassungsbeschwerde; denn der Rechtsweg sei damit nicht nur in Bezug auf die Rüge aus Art. 103 Abs. 1 GG, sondern auch in Bezug auf die Rüge aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht ausgeschöpft.

Diese Meinung wurde aufrechterhalten, als die 2. Kammer des Zweiten Senats etwa in ihrem Beschluss vom 30. 12. 2002 ausführte: „Werden [...] neben der Verletzung rechtlichen Gehörs noch weitere Grundrechtsverletzungen gerügt, so bietet das Änderungsverfahren [gemäß § 120 Abs. 1 StVollzG i.V.m. § 33 a StPO] zugleich Gelegenheit, auch diese verfassungsrechtlichen Mängel zu beseitigen, selbst wenn sie mit dem geltend gemachten Gehörsverstoß nicht notwendig in Zusammenhang stehen“.³¹⁹

- Nach dem Inkrafttreten des Anhörungsrügensgesetzes wurde diese Rechtsprechung auf die Anhörungsrügenverfahren anderer Rechtsbereiche ausgedehnt. Zum Beispiel erachtete die 3. Kammer des Ersten Senats in ihrem sog. „Queen Mary II-Beschluss“ vom 25. 4. 2005³²⁰ die Verfassungsbeschwerde deswegen insgesamt – d.h. nicht nur in Bezug auf die mit der Anhörungsrüge angreifbare Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG, sondern auch mit Blick auf das Grundrecht auf ein faires Verfahren – für unzulässig, weil der Beschwerdeführer die Einlegung der Anhörungsrüge gemäß § 321a ZPO unterlassen hatte.

Die letzte Auffassung findet sich seither immer wieder in der Kammerrechtsprechung³²¹. Allerdings ist die damit zusammenhängende Unsicherheit bis heute kaum beseitigt, was immer kritischer beanstandet wird³²².

(ββ) Erste Folgefrage: In welchem Umfang kann die Ausschöpfung der Anhö-

³¹⁷ BVerfG-K (2 BvR 2295/93), NJW 1994, 573 (574).

³¹⁸ BVerfG-K (2 BvR 477/94), NStZ 1994, 498.

³¹⁹ BVerfG-K (2 BvR 1786/02):

http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20021230_2bvr178602.html.

³²⁰ BVerfG-K (1 BvR 644/05), NJW 2005, 3059.

³²¹ Vgl. etwa BVerfG-K (1 BvR 1470/07), NJW 2007, 3054; BVerfG-K (1 BvR 1311/05), NStZ-RR 2008, 28; BVerfG-K (2 BvR 947/08):

http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20080609_2bvr094708.html.

³²² Vgl. Zuck, NVwZ 2005, 739 (742); Jost, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 59 (63 ff.).

rungsrüge zur Zulässigkeitsvoraussetzung der Verfassungsbeschwerde werden?

Zunächst ist unklar, in welchem Umfang die Ausschöpfung der Anhörungsrüge auch hinsichtlich miterhobener anderer Grundrechtsrügen zur Zulässigkeitsvoraussetzung der Verfassungsbeschwerde werden kann. Dies ist deshalb umso fraglicher, als die Reichweite des Rechtsschutzes bei der Anhörungsrüge enger begrenzt ist als bei gewöhnlichen Rechtsmitteln oder Wiederaufnahmen des Verfahrens; bei einer erfolgreichen Anhörungsrüge ist die Fortführung des Verfahrens nämlich nur insoweit vorzunehmen, als diese aufgrund der Anhörungsrüge geboten ist. Daraus folgt naheliegenderweise, dass der Berichtigungsumfang der angefochtenen Gerichtsentcheidung regelmäßig stark vom einzelnen Inhalt der als begründet beurteilten Rüge abhängen wird. Ansonsten wäre der Halbsatz (etwa im § 321a Abs. 5 Satz 1 ZPO) „soweit dies auf Grund der Anhörungsrüge geboten ist“ überflüssig, weil der andere Satzteil „[i]st die Rüge begründet, so hilft ihr das Gericht ab, indem es das Verfahren fortführt“ schon ausreicht, um die formelle Rechtskraft in Bezug auf einen von der Rüge betroffenen Rechtsstreit zu durchbrechen.

Ungeachtet dessen führte das BVerfG für die Beantwortung der angesprochenen Frage das Kriterium des sog. „einheitlichen Streitgegenstands“ ein³²³. Problematisch ist freilich, dass die Ermittlung eines solchen einheitlichen Streitgegenstands näheren dogmatischen Konkretisierungen bedürfen wird³²⁴. Der Gebrauch des Begriffs des Streitgegenstands ist aber selbst in der Rechtsprechung des BVerfG nicht einheitlich³²⁵. Unter diesen Umständen steht die genaue Definition des „einheitlichen Streitgegenstands“ anscheinend noch zur Debatte³²⁶. Dann ist es aber fraglich, ob von Beschwerdeführern eine perfekte Einschätzung der Reichweite des Begriffs „Streitgegenstand“ berechtigterweise überhaupt erwartet werden kann.

(γγ) Zweite Folgefrage: Kann der Beschwerdeführer auf eine Rüge des Gehörsverstoßes verzichten?

Ein weiteres Problem ergibt sich vor dem Hintergrund, dass Beschwerdeführer mit der Anhörungsrüge in der Regel keine große Aussicht auf Erfolg haben:

Dies ist nicht bloß darauf zurückzuführen, dass „die meisten Gehörsrügen verdeckte Sachrügen, also auf jeden Fall unbegründet sind“³²⁷. Daneben gibt es hierfür auch prozess-

³²³ BVerfG-K (1 BvR 644/05), NJW 2005, 3059 (3060).

³²⁴ Vgl. Zuck, a.a.O., 742.

³²⁵ Zu den unterschiedlichen Stellungnahmen der beiden Senate des BVerfG vgl. etwa Klein, Jost, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 83 (86 f.).

³²⁶ Zu einer fachkundlichen Differenzierung zwischen sog. „teilbarem“ und „unteilbarem“ Streitgegenstand vgl. Desens, NJW 2006, 1243 (1245 f.).

³²⁷ Zuck, a.a.O., 742.

strukturelle Gründe: Zunächst ist es für die Rechtssuchenden sicherlich schon unerfreulich, dass für die Anhörungsrüge dasjenige Gericht zuständig ist, das mit seinem eigenen Verhalten den behaupteten Gehörsverstoß begangen hat. Hinzu kommt, dass Anhörungsrügeföhrer nach der gegenwärtigen Rechtslage mit vielfältigen prozessualen Lasten überhäuft sind. Genauso wie bei einem Rechtsmittel an den *judex ad quem*, müssen sie durch eine substantiierte Darlegung eines angeblich fehlerhaften Gehörsverhaltens den *judex a quo* (erneut) informieren. Dabei sollten alle angreifbaren Gehörsverletzungen umfassend aufgezählt werden. Darüber hinaus vergrößert sich die Last des Rechtssuchenden noch dadurch, dass „die rügende Partei auch im erstinstanzlichen Verfahren, in welchem kein Anwaltszwang besteht, nicht nur inhaltlich darlegen muss, dass Art. 103 GG verletzt worden ist, sondern auch, dass diese Verletzung entscheidungserheblich war“³²⁸. Auch bei einem frist- bzw. formgemäßen Antrag bleibt die Anhörungsrüge dann jedenfalls ohne Erfolg, wenn die behauptete Gehörsverletzung nicht als entscheidungserheblich beurteilt wird, wobei der Beschluss durch den *judex a quo* nur kurz begründet werden darf (vgl. etwa § 321a Abs. 4 Satz 5 ZPO).

Angesichts dieses Umstandes stellt sich die Frage, ob der Beschwerdeföhrer auf eine vermutlich wenig aussichtsreiche Anhörungsrüge einfach verzichten kann, um dadurch die Verfassungsbeschwerde zumindest mit Blick auf die übrigen Grundrechtsrügen zulässig zu machen. Das BVerfG scheint dies zu verneinen. In ihrem Beschluss vom 18. 7. 2008 föhrte die 2. Kammer des Zweiten Senats nämlich aus:

„Zwar macht der Beschwerdeföhrer formal einen Verstoß nicht gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör, sondern gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens geltend. Ein Verstoß der hier gerügten Art geht jedoch mit einer Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG regelmäßig einher [...]. Deswegen und angesichts der vergleichbaren Interessenlage ist es naheliegend, dass eine Anhörungsrüge nach § 356a StPO im Falle der unterbliebenen Anhörung vor einer Revisionsentscheidung nach § 354 Abs. 1a StPO von den Fachgerichten für zulässig gehalten würde [...]. Dann aber war es dem Beschwerdeföhrer bereits zuzumuten, zunächst den Weg des fachgerichtlichen Rechtsschutzes zu beschreiten (vgl. BVerfGE 68, 376 [380 f.]; stRspr)“³²⁹.

Da im konkreten Fall die fragliche Verfassungsbeschwerde ohnehin als unzulässig angesehen wurde, war diese Ausführung in dem Beschluss zwar nicht tragend, sie deutet jedoch gewissermaßen darauf hin, dass die Verfassungsbeschwerde auch dann mangels Durchführung der Anhörungsrüge insgesamt unzulässig sein kann, wenn der Beschwerdeföhrer gar keinen Gehörsverstoß rügen möchte. Dem liegt wahrscheinlich folgende Überlegung zugrunde:

„Würde man allein auf die subjektive Rechtsansicht abstellen, hätte es der Bürger letztlich selbst in der Hand, welche Rechtsschutzmöglichkeit er wählt. [...] Da der Grundsatz der Subsidiarität es verbietet, die Verfassungsbeschwerde wahlweise neben fachgerichtliche

³²⁸ *Bepler*, a.a.O., 67.

³²⁹ BVerfGK 14, 95 (98).

Rechtsbehelfe zu stellen, kann nicht die vorgebrachte Rechtsansicht, sondern allein der objektive Gehalt des tatsächlichen Vorbringens maßgeblich sein³³⁰.

Aber mit einer solchen „überspannten“³³¹ Anforderung der Rechtswegerschöpfung erscheint es nun vielmehr als „Sache des Rechtsschutzsuchenden“³³², für die fachgerichtliche Beachtung des rechtlichen Gehörs zu sorgen; bei einer Versäumung der Anhörungsrüge wird der Beschwerdeführer ein Verlust all seiner Grundrechtsrügen, die mittels des einheitlichen Streitgegenstands mit dem Gehörsverstoß verbunden sind, erleiden.

(δδ) Das verbleibende Defizit der Verfassungsbeschwerdeklarheit

Wie erläutert, wird dem Beschwerdeführer die Rolle übertragen, hinsichtlich etwaiger Gehörsverletzung zunächst Fachgerichte zur Selbstkorrektur zu veranlassen. Wegen des Risikos, die Verfassungsbeschwerde insgesamt unzulässig zu machen, kann er diese Mission nicht beliebig aufgeben, soweit „ein Erfolg der Anhörungsrüge nicht gänzlich ausgeschlossen erscheint“³³³. Dies sei ihm zumutbar; nach Durchführung des Anhörungsrügeverfahrens stehe ihm die Verfassungsbeschwerde innerhalb der Frist des § 93 Abs. 1 BVerfGG ohne Weiteres offen und mit ihr könne der Beschwerdeführer die Verletzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechte in einem einheitlichen Verfahren geltend machen³³⁴.

Allerdings gilt eine solche Rücksichtnahme nicht uneingeschränkt. Nach der Rechtsprechung des BVerfG kann eine „offensichtlich aussichtslose“ Anhörungsrüge die Frist für die Erhebung der Verfassungsbeschwerde nicht offenhalten³³⁵. Was die Gehörsrüge angeht, gibt es dabei nur wenige Unterschiede; in einer solchen Konstellation wird ihr sowieso nicht stattgegeben. Insoweit kann man dem BVerfG nicht vorwerfen, dass es im Rahmen der Klärung der Zulässigkeit tatsächlich eine Begründetheitsprüfung der Verfassungsbeschwerde vorwegnimmt, selbst wenn es die Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde mit dem Argument begründet, dass

³³⁰ *Desens*, NJW 2006, 1243 (1246).

³³¹ *Jost*, a.a.O., S. 72.

³³² *Posser*, Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, S. 195.

³³³ *Desens*, a.a.O., S. 1246; BVerfG-K (2 BvR 947/08):

http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20080609_2bvr094708.html.

³³⁴ BVerfG-K (1 BvR 644/05), NJW 2005, 3059 (3060). Hiergegen kritisch *Zuck*, a.a.O., 742, welcher der Meinung ist, dass die Position des BVerfG zwar unter praktischen („prozess-ökonomischen“) Gesichtspunkten einwandfrei erscheinen dürfte, jedoch verfahrensrechtlich *contra legem* und somit nicht haltbar sei; „abgesehen von der auf Art. 103 I GG gestützten Gehörsrüge erwächst die letztinstanzliche Entscheidung in formeller Rechtskraft. Die Monatsfrist für alle anderen Rügen läuft von diesem Zeitpunkt an, und sie läuft unwiderruflich ab“.

³³⁵ BVerfG-K (2 BvR 1516/08):

http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20080826_2bvr151608.html.

in der Sache ein Gehörsverstoß überhaupt nicht feststellbar sei³³⁶. Problematisch ist freilich die Auswirkung der Durchführung einer „offensichtlich aussichtslosen“ Anhörungsrüge auf andere Grundrechtsrügen. Diesbezüglich führte das BVerfG aus:

„Voraussetzung einer prozessualen Einheit von Gehörsverstoß und anderen Grundrechtsverletzungen ist, dass nach dem Vortrag des Beschwerdeführers die Möglichkeit einer Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG überhaupt möglich erscheint“³³⁷.

Damit wird suggeriert, dass die Verfassungsbeschwerde mit Blick auf andere Grundrechtsrügen wegen der Verfristetheit unzulässig sei, während die Gehörsrüge eher wegen deren (vermeintlicher) Unsubstantiiertheit verworfen werden könne³³⁸. Also ist auch eine naive Einhaltung des Erfordernisses der Ausschöpfung der fachgerichtlichen Anhörungsrüge seitens des Beschwerdeführers nicht ohne Risiko. Im schlimmsten Fall kann selbst die Frist zur Anbringung anderweitiger Grundrechtsrügen auch gerade deswegen verstreichen, weil der Beschwerdeführer trotz der Vergeblichkeit der Anhörungsrüge das Erfordernis zu strikt beachtet hat, als dass das BVerfG die faktische Verlängerung der Verfassungsbeschwerdefrist akzeptieren könnte.

Freilich ist die Grenze zwischen der offensichtlichen und der nicht offensichtlichen Aussichtslosigkeit – vor allem aus der Sicht des Beschwerdeführers – nicht immer eindeutig zu ziehen³³⁹. Infolgedessen verbleibt eine erhebliche Unsicherheit bei der Entscheidung über die Frage, ob erst die Anhörungsrüge oder sogleich die Verfassungsbeschwerde einzulegen ist. Da die beiden Varianten jeweils mit dem Risiko, die Verfassungsbeschwerde insgesamt unzulässig zu machen, behaftet sind, gerät der Beschwerdeführer wiederum in ein Dilemma. Daher wird heute auch als „unbedingt angezeigt“ angesehen, „vorsichtshalber innerhalb der mit Zustellung der Ausgangsentscheidung beginnenden Verfassungsbeschwerdefrist eine Verfassungsbeschwerde zu erheben und diese im AR-Register des Bundesverfassungsgerichts zu ‚parken‘, während parallel das fachgerichtliche Anhörungsrügeverfahren betrieben wird“³⁴⁰. Derartige Zwänge, und die dadurch indizierten rechtsstaatlichen Defizite,

³³⁶ Beispielsweise BVerfG-K (1 BvR 730/07), NJW-RR 2008, 75 f.; BVerfG-K (2 BvR 120/07): http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20070329_2bvr012007.html. Zur Kritik unter diesem Gesichtspunkt aber auch vgl. *Jost*, a.a.O., S. 66.

³³⁷ BVerfG-K (2 BvR 120/07): http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20070329_2bvr012007.html.

³³⁸ Im genannten Beschluss hat auch das BVerfG anerkannt, dass das Anhörungsrügeverfahren Einfluss auf die Frist zur Einlegung der Gehörsrüge hatte, obwohl ihre Substantiiertheit verneint wurde. Die Ausführung des BVerfG über die Verfristung der Verfassungsbeschwerde betraf dabei nur die auf Art. 103 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 1 GG gestützten Grundrechtsrügen.

³³⁹ Vgl. *Zuck*, a.a.O., 742; *Jost*, a.a.O., S. 69.

³⁴⁰ *Jost*, a.a.O., S. 69 f.; vgl. auch *Buermeyer*, in: *Rensen/Brink* (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, S. 35 (43).

sind aber nicht mehr auf die Unklarheit der Rechtsmittel zurückzuführen; dem verfassungsrechtlichen Gebot der Rechtsmittelklarheit ist der Gesetzgeber mittlerweile mit dem Erlass des Anhörungsrügensgesetzes nachgekommen, wie es vom BVerfG selbst empfohlen worden war. Ursächlich dafür erscheint vielmehr das Defizit der Verfassungsbeschwerdeklarheit, welches sich aus den übersteigerten Anforderungen an das mithilfe sog. „induktiver Auslegung“³⁴¹ fallrechtlich entwickelte Subsidiaritätsprinzip ergibt.

(b) Eigene Auffassung

In diesem Zusammenhang sollte dem Gesetzgeber vielleicht nochmals aufgegeben werden, durch eine Neuregelung des geschriebenen Rechts die Verfassungsbeschwerdeklarheit zu verbessern. Bis dahin sollte es ausgeschlossen werden, die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde von der vorherigen erfolglosen Einlegung der Anhörungsrüge abhängig zu machen. Und zwar aus den folgenden Gründen:

- Der Sache nach kann die Anhörungsrüge kein Rechtsweg im Sinne des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG sein; mangels der Neutralität des Verfahrens erscheint sie vielmehr als eine Modalität der Verpflichtung zur Folgenbeseitigung beim „judikativen Unrecht“³⁴².

- Hiergegen kann zwar eingewendet werden, dass das BVerfG bei Gehörsrügen tatsächlich keine effektivere Abhilfe gewährleisten kann als die Fachgerichte; dies zeigt sich nicht nur an dem besonderen Prüfungsmaßstab und an den Annahmeveraussetzungen, sondern auch an der durch das Kassationsprinzip gekennzeichneten beschränkten Entscheidungsbefugnis des BVerfG bei der Verfassungsbeschwerde³⁴³.

Freilich könnte dann noch darauf hingewiesen werden, dass die Anhörungsrüge in vielerlei Hinsicht mit dem Wiederaufnahmeantrag vergleichbar ist; sie sind beide außerordentliche Rechtsbehelfe. Anders als etwa der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder die Nichtzulassungsbeschwerde beziehen sie sich weder auf die Nachholung einer versäumten Prozesshandlung noch auf das Ersuchen eines Rechtsmittelgerichts, sondern kommen erst nach dem gehörigen Durchlaufen gewöhnlicher Rechtsmittel zum Zuge. Mit ihrer erfolgreichen Durchführung kann die formelle Rechtskraft der angegriffenen Entscheidung durchbrochen werden und im nachfolgenden Verfahren können alle in Betracht kommenden Grundrechtsverletzungen mitbeseitigt werden. Jedoch darf ihnen nicht allgemein gegen irgendwelche Grundrechtsverletzungen stattgegeben werden, sondern nur, wenn einer der im Gesetz enumerativ bestimmten Gründe vorliegt.

Gerade im Hinblick darauf ist es hier von Bedeutung, dass sich das BVerfG bei der An-

³⁴¹ Lübbe-Wolff, EuGRZ 2004, 669.

³⁴² Vgl. Hößlein, Judikatives Unrecht, S. 175 ff., welcher aber auch die Meinung vertritt, dass die Störungsbeseitigung bei judikativem Unrecht als „rechtsprechende Tätigkeit“ zu qualifizieren ist.

³⁴³ Vgl. BVerfGE 107, 395 (413 f.).

wendung des Subsidiaritätsprinzips auf das Wiederaufnahmeverfahren mehr oder weniger zurückhält. Zum Beispiel hat die 3. Kammer des Zweiten Senats in ihrem Beschluss vom 4. 8. 1992³⁴⁴ es nicht für angebracht erachtet, unter Berufung auf den Subsidiaritätsgrundsatz den Beschwerdeführer auf die Nichtigkeitsklage zu verweisen, selbst wenn diese als zulässig zu beurteilen war. Dabei wurde argumentiert, dass das „Obsiegen“ des Beschwerdeführers „im Verfahren nach § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO von anderen, weitergehenden Voraussetzungen abhängig ist als ein Erfolg der Verfassungsbeschwerde“ es wäre; „die Nichtigkeitsklage führte nur dann zur Beseitigung der Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses [...], wenn seine fehlende Prozeßfähigkeit erwiesen wäre. Mit der Verfassungsbeschwerde kann er dagegen erreichen, daß die Entscheidung über die Beschwerde gegen den Zuschlagsbeschluß [...] schon dann aufgehoben wird, wenn feststeht, daß das Gericht sein Vorbringen zur fehlenden Prozeßfähigkeit nicht zur Kenntnis genommen hat“³⁴⁵.

Eine solche Überlegung könnte aber auch für die Anhörungsrügenden gelten: Das Anhörungsrügeverfahren würde nur dann zum Durchbrechen der Rechtskraft der angegriffenen Entscheidung führen, wenn eine entscheidungserhebliche Gehörsverletzung erwiesen wäre. Mit der Verfassungsbeschwerde kann hingegen die angefochtene Gerichtsentscheidung schon dann aufgehoben werden, wenn lediglich eine aller in Betracht kommenden Grundrechtsrügen begründet ist.

- Vor allem ist in Anlehnung an die berechnigte Senatrechtsprechung³⁴⁶ des BVerfG schließlich zu betonen, dass die vorstehende Ungewissheit nicht zulasten des Rechtssuchenden gehen und daher nicht zur Unzulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde führen darf.

(3) Die „materielle Subsidiarität“

(a) Die Problemlage

Bei der sog. „materiellen Subsidiarität“ handelt es sich um die Frage, was der Beschwerdeführer seinerseits innerhalb des Rechtswegs tun sollte, damit eine Grundrechtsverletzung beseitigt werden oder unterbleiben kann. Hier geht es also um die Obliegenheiten des Beschwerdeführers gegenüber den Fachgerichten, während es bei der „formellen“ Subsidiarität um die prozessuale Vorrangigkeit fachgerichtlicher Rechtsbehelfe gegenüber der Verfassungsbeschwerde geht. Somit kommt es hier eher auf die verfahrensrechtliche Lage bezüglich der Lastenverteilung zwischen dem Gericht und den Prozessbeteiligten an als auf die Art und Weise der Aufgabenverteilung zwischen der Verfassungs- und der Fachgerichtsbarkeit als solcher. Daraus folgt eine Differenzierung zwischen mehreren Fallgruppen, wie etwa „Tatsachenvor-

³⁴⁴ BVerfG-K (2 BvR 1129/92), NJW 1993, 51.

³⁴⁵ Ebenda. Ähnlich BayVerfGH, NJW 1994, 2280 (2281); NJW 1998, 1136.

³⁴⁶ BVerfGE 5, 17 (20); 107, 299 (309).

trag“, „verfassungsrechtlicher Vortrag“ und „Rüge von Verfahrensmängeln“³⁴⁷, obwohl sie alle möglicherweise dem primären Grundrechtsschutz durch die Fachgerichte dienen.

In dieser Hinsicht führte das BVerfG in seiner Entscheidung vom 9. 11. 2004³⁴⁸ zutreffend aus:

Der Subsidiaritätsgrundsatz „ändert aber nichts daran, dass die Beteiligten eines gerichtlichen Verfahrens, insbesondere Antragsteller und Kläger, nach den für die einzelnen Gerichtszweige maßgeblichen Verfahrensordnungen grundsätzlich nicht gehalten sind, Rechtsausführungen zu machen, sofern nicht das einfache Verfahrensrecht, wie beispielsweise bei der Einlegung einer Revision oder einer Beschwerde gegen die Nichtzulassung eines Rechtsmittels, rechtliche Darlegungen verlangt. Grundsätzlich genügen ein Sachvortrag und gegebenenfalls die Angabe von Beweismitteln den prozessrechtlichen Pflichten und Obliegenheiten; die rechtliche Würdigung und die Anwendung des geltenden Rechts auf den Sachverhalt sind Sache des Richters. Diese Anforderungen werden auch nicht durch das verfassungsprozessrechtliche Erfordernis der Erschöpfung des Rechtsweges verschärft. [...] Der Beschwerdeführer kann sich im fachgerichtlichen Ausgangsverfahren regelmäßig damit begnügen, auf eine ihm günstige Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts hinzuwirken, ohne dass ihm daraus prozessuale Nachteile im Verfahren der Verfassungsbeschwerde erwachsen. Es ist Aufgabe der rechtsprechenden Organe, die durch Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht gebunden sind, das Klagebegehren auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, wenn der konkrete Rechtsstreit dazu Anlass gibt. Nach der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung obliegt zunächst den Fachgerichten die Aufgabe, die Grundrechte zu wahren und durchzusetzen [...]. Dazu kann auch die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes gehören [...]. Der Beschwerdeführer ist im Ausgangsverfahren einer Verfassungsbeschwerde lediglich gehalten, den Sachverhalt so darzulegen, dass eine verfassungsrechtliche Prüfung möglich ist. [...] Es ist durch das Gebot der Erschöpfung des Rechtswegs nicht gefordert, dass der Beschwerdeführer bereits das fachgerichtliche Verfahren auch als ‚Verfassungsprozess‘ führt“.

Bedauerlich ist freilich, dass das BVerfG „diese klare Linie sogleich mit einem bedeutsamen Körnchen für den Beschwerdeführer mitunter bitteren Salzes [verseht]“³⁴⁹. Dies ist insbesondere bei der folgenden Ausführung der Fall:

„Etwas anderes kann in den Fällen gelten, in denen bei verständiger Einschätzung der

³⁴⁷ Zur Differenzierung dieser Art vgl. *Sperlich*, in: *Umbach/Clemens/Dollinger*, BVerfGG, § 90 Rn. 145 ff.; *O’Sullivan*, DVBl. 2005, 880 (882 ff.); *Buermeyer*, a.a.O., S. 50 ff.

³⁴⁸ BVerfGE 112, 50 (60 f.).

³⁴⁹ *Buermeyer*, a.a.O., S. 48; vgl. auch *Linke*, NJW 2005, 2190 (2192), welcher hinsichtlich der genannten Entscheidung des BVerfG folgendermaßen Bilanz gezogen hat: „Lob für den guten Willen, Kritik an den Vorbehalten sowie verschiedenen Begründungselementen. *De facto* wird dem Beschluss wohl nicht die Reichweite zukommen, von der man zunächst ausgehen möchte – zu umfassend sind die Ausnahmen, in denen verfassungsrechtliche Ausführungen erforderlich sein sollen“.

Rechtslage und der jeweiligen verfahrensrechtlichen Situation ein Begehren nur Aussicht auf Erfolg haben kann, wenn verfassungsrechtliche Erwägungen in das fachgerichtliche Verfahren eingeführt werden. Das ist insbesondere der Fall, soweit der Ausgang des Verfahrens von der Verfassungswidrigkeit einer Vorschrift abhängt [...] oder eine bestimmte Normauslegung angestrebt wird, die ohne verfassungsrechtliche Erwägungen nicht begründbar ist. [...] In solchen Fällen kann der Beschwerdeführer [...] gehalten sein, bereits die Fachgerichte in geeigneter Weise mit der verfassungsrechtlichen Frage zu befassen. [...] Dies entspricht der dem Grundgesetz [der Subsidiarität] zu Grunde liegenden Vorstellung über die Verteilung der Aufgaben von Fachgerichtsbarkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes“³⁵⁰.

(b) Eigene Auffassung

Die „materielle Subsidiarität“ knüpft an den Zweck an, den Grundrechtsschutz in erster Linie innerhalb des Rechtswegs zu erreichen. Sie verlangt vom Beschwerdeführer, in dafür geeigneter Weise Prozesse zu führen. Freilich ist fraglich, ob dies unbedingt als ein verfassungsprozessrechtliches Postulat anzusehen ist; die jeweiligen Prozessordnungen sehen bereits eine Reihe von Obliegenheiten der Prozessbeteiligten vor. Deshalb ist man nicht auf den Begriff der „Subsidiarität“ angewiesen, um die fachgerichtliche Aufgabenerfüllung des Rechtsschutzes an die Obliegenheiten der Prozessbeteiligten zu koppeln.

Selbstverständlich kann etwa eine gewichtige Vernachlässigung eines erforderlichen Sachvortrags durch den Prozessbeteiligten zu einer für ihn ungünstigen Entscheidung führen. Dies stellt jedoch keinen Verstoß gegen fachgerichtliche Schutzpflichten dar; die behauptete Grundrechtsverletzung durch eine gerichtliche Entscheidung ist in einem solchen Fall dem Gericht nicht zuzurechnen. In dieser Hinsicht ist dem Beschwerdeführer ein neuer Sachvortrag wohl deshalb schon verwehrt, weil ein derartiger Sachvortrag *mangels seiner Auswirkung auf die Begründetheit der Urteilsverfassungsbeschwerde* sinnlos ist.

Zu befürchten ist aber, dass der Begriff der „materiellen Subsidiarität“ eine formalistische Praxis fördern könnte, indem der Begründetheitsprüfung bei der Urteilsverfassungsbeschwerde die verfassungsrechtlichen Rügeobliegenheiten des Beschwerdeführers gegenüber dem Ausgangsgericht als eine Zulässigkeitsfrage vorangestellt werden. Würde man aber daraus, dass der Beschwerdeführer seinen Rügeobliegenheiten nicht genügend nachgekommen ist, schon die Unzulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde ableiten, so könnte dabei leicht verkannt werden, dass die Gerichte

³⁵⁰ BVerfGE 112, 50 (62 f.). Dieser Rechtsprechung zustimmend *Zuck*, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, Rn. 44; *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 249; hingegen kritisch *O’Sullivan*, a.a.O., 884 ff.; *Buermeyer*, a.a.O., S. 48 f.; *Linke*, a.a.O., 2191 f.

ihrerseits verpflichtet sind, von Amts wegen eine Grundrechtsverletzung zu beseitigen oder zu unterlassen. Dies könnte wiederum zur Folge haben, dass einem Gericht, dessen Entscheidung den Beschwerdeführer in seinen Grundrechten verletzt haben soll, ein bedingungsloser Ablassbrief ausgestellt wird. Allerdings würde das nicht nur dem Grundsatz „*da mihi factum, dabo tibi ius*“ widersprechen, sondern wahrscheinlich auch dem gesetzgeberischen Gedanken der Verfassungsbeschwerde; nach dem Wesen dieses Rechtsinstituts liegt es nahe, dass die Sanktionierung der Vernachlässigung der Obliegenheiten des Beschwerdeführers jedenfalls der Kontrolle der Grundrechtsverletzung durch die öffentliche Gewalt nicht vorzuziehen ist.

cc) Würdigung

Bei den Fallgruppen der „Eilurteils-Verfassungsbeschwerde“ und der „materiellen Subsidiarität“ findet sich eine Flucht in die Zulässigkeitsprüfung; hier erscheint es jedoch angebracht, im Rahmen der Begründetheitsprüfung eine Sachentscheidung zu treffen. Eine solche Flucht in die Zulässigkeitsprüfung spiegelt vermutlich die Neigung zur formalistischen Erledigung von Verfassungsbeschwerdesachen wider. Dies mag zwar praktisch der effizienten Bewältigung der Flut der Urteilsverfassungsbeschwerden mehr oder weniger dienen, jedoch fällt ihre rechtsdogmatische Schwäche auf. Die Fallgruppe der „Anhörungsrüge“ stellt ihrer Natur nach eher ein Vorverfahren zur Verfassungsbeschwerde dar. Wie erläutert³⁵¹, kann sich die Zwischenschaltung eines solchen Verfahrens weder auf § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG noch auf das Subsidiaritätsprinzip unmittelbar stützen.

In der Praxis ist das Subsidiaritätsprinzip insgesamt so überspannt, dass es als ein prozessuales Steuerungsmittel nicht mehr geeignet erscheint. Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde ist kein absolutes Postulat. Die Rechtswegerschöpfung kann nur dann mit Recht verlangt werden, wenn sie auch den Interessen des Beschwerdeführers gerecht wird. In diesem Sinne kann sich die Grundidee der Subsidiarität zweischneidig auswirken. Dies zeigt sich wohl auch an der entsprechenden Praxis des EGMR: Bei fehlender Effektivität eines in Frage stehenden Rechtsschutzmittels wird der Beschwerdeführer nämlich mangels einer wesentlichen Basis für die Subsidiarität des EGMR insoweit vom Erfordernis der Erschöpfung innerstaatlicher Rechtsbehelfe ausgenommen³⁵².

³⁵¹ Siehe oben bb) (2) (b).

³⁵² Vgl. Hoffmann, Der Grundsatz der Subsidiarität im Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention, S. 87 ff.; Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, § 13 Rn. 20.

c) Exkurs: Erwägung zum *Outsourcing* von Verfassungsbeschwerdesachen

Die bisherigen Steuerungsmittel zielen meistens darauf, die Zugangshürde zur Verfassungsbeschwerde zu erhöhen. Ihr Problem besteht freilich darin, dass der individuelle Rechtsschutz dadurch erheblich beschnitten werden kann. Auf der anderen Seite ist es „absurd“³⁵³, wenn sich das BVerfG alleine mit so vielen Verfassungsbeschwerden befassen muss. Im Hinblick darauf erscheint der Versuch, in Bezug auf Urteilsverfassungsbeschwerden einen Teil der Entscheidungskompetenz vom BVerfG auf die anderen Gerichte zu verlagern, durchaus sinnvoll. Dann könnte nämlich die Verfassungsbeschwerde als *Ultima Ratio* des Individualrechtsschutzes ohne große Reduzierung erhalten bleiben und zugleich wäre auch eine bedeutsame Entlastung des BVerfG zu erwarten.

Auf eben dieser Linie liegt der Vorschlag der ehemaligen Richterin des BVerfG *Karin Graßhof*, eine sog. „Verfahrensgrundrechtsbeschwerde“ einzuführen³⁵⁴. Danach sollten die obersten Fachgerichte des Bundes bzw. der Länder statt des BVerfG über Verfassungsbeschwerden entscheiden können, mit denen die Verletzung bestimmter Verfahrensgrundrechte oder des Willkürverbots gerügt wird. Bei derartigen Rügen handle es sich um Grundrechtsfragen, die „ihrer Natur nach eng mit den jeweiligen einfachrechtlichen Regelungen des materiellen oder prozessualen Rechts verwoben sind“³⁵⁵. Eine solche einfachrechtliche Rechtslage würden aber die jeweiligen obersten Fachgerichte besser beherrschen als das BVerfG. Überdies seien die verfassungsrechtlichen Maßstäbe für die genannten Grundrechtsfragen mittlerweile in der Judikatur des BVerfG fast vollständig geklärt worden. Folglich könne die verfassungsrechtliche Kontrolle derartiger Grundrechtsverletzungen „ohne Gefahr einer Einbuße an Effektivität“³⁵⁶ den jeweiligen höchsten Fachgerichten übertragen werden. Wenn diese Gerichte hinsichtlich der Verletzung der Prozessgrundrechte oder des Willkürverbots einer Verfassungsbeschwerde stattgeben würden, wäre der Fall damit erledigt. Anderenfalls sollte die Verfassungsbeschwerde erst dann an das BVerfG weitergeleitet werden, welches dann nur noch über die materiellen Rügen zu entscheiden hätte. Dadurch müsste sich das Gericht „viel weniger als jetzt im Zusammenhang mit der Prüfung des Willkürverbots oder der Verfahrensgrundrechte mit einfachrechtlichen Fragen befassen und müßte dann auch weniger Anlaß für Kritik bieten, die dem Bundesverfassungsgericht vorwirft, sich zuviel zu fachge-

³⁵³ *McWhinney*, Diskuss., in: *Mosler* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, S. 820 (821).

³⁵⁴ *Graßhof*, in: *Bogs* (Hrsg.), Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht, S. 115 (116 ff.).

³⁵⁵ *Graßhof*, a.a.O., S. 118.

³⁵⁶ Ebenda, S. 118.

richtlichen Materien zu äußern³⁵⁷.

Der Vorschlag ist überzeugend³⁵⁸. Der Entlastungseffekt würde sich schon bei der Fertigung eines Votums durch einen berichterstattenden Verfassungsrichter zeigen; „wer mit der internen Praxis des Bundesverfassungsgerichts vertraut ist, weiß, daß hier oft auf vielen Seiten nicht nur auf verfassungsrechtliche, sondern auch einfachrechtliche Fragen eingegangen wird und eingegangen werden muß“³⁵⁹, um etwa eine Verletzung des rechtlichen Gehörs zu ermitteln. Nach dem Konzept der Verfahrensgrundrechtsbeschwerde könnte zumindest eine solche Last auf die jeweiligen obersten Fachgerichte verteilt werden. Der Vorschlag ist ferner insbesondere deswegen umso dringlicher, als sich die anderen prozessualen Steuerungsmittel gewissermaßen als mangelhaft erwiesen haben. Selbst wenn das *Outsourcing* von Verfassungsbeschwerdesachen zu einer Mehrbelastung der Fachgerichte führen kann, liegt es nahe, dass man nach einem Weg suchen sollte, welcher „einen Grundrechtsschutz unter bestmöglicher Schonung der Ressourcen sowohl der Verfassungsgerichtsbarkeit als auch der Fachgerichtsbarkeit aufrechterhält“³⁶⁰.

Allerdings könnte selbst die Einführung der Verfahrensgrundrechtsbeschwerde das BVerfG nicht vollkommen von der Kontrolle der Verletzung der Verfahrensgrundrechte oder des Willkürverbots befreien. Denn über deren Verletzung durch die obersten Bundesgerichte müsste ausschließlich vom BVerfG entschieden werden³⁶¹. In einem solchen Fall stellt sich wiederum die Frage, wie das BVerfG jene einfachrechtlichen Fragen handhaben sollte.

2. Die Versuche zur Einschränkung des „Prüfungsumfangs“

Denkt man über die angesprochene Frage nach, so wird man bald mit dem Problem konfrontiert, welches sich aus der Verwobenheit von Verfassungsrecht und einfachem Recht ergibt. Das heißt, jede einfachrechtliche Unrichtigkeit könnte im Ergebnis zu einer verfassungswidrigen Grundrechtsverletzung führen, so dass sie ausnahmslos vom BVerfG zu kontrollieren wäre. Da dieses Gericht aber wegen seiner beschränkten Arbeitskapazität fachgerichtliche Entscheidungen nicht in allen Einzelheiten nachprüfen kann, wird es selbstverständlich versuchen, seine Entscheidungstätigkeit dementsprechend einzuschränken. Dies wird üblicherweise unter dem

³⁵⁷ Ebenda, S. 121.

³⁵⁸ Derselber Meinung Zoll, in: FG für Graßhof, S. 391 (401 ff.).

³⁵⁹ Zoll, a.a.O., S. 393.

³⁶⁰ Graßhof, in: Bericht der Kommission zur Entlastung des BVerfG, S. 139 (142).

³⁶¹ Vgl. Graßhof, in: Bogs (Hrsg.), Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht, S. 119.

Titel „Prüfungsumfang bei der Urteilsverfassungsbeschwerde“ thematisiert³⁶². In Bezug auf die Bestimmung des „Prüfungsumfangs“ sind bis heute mehrere Formeln entwickelt worden, jedoch gilt keine als überzeugend genug, um die genannte Frage abschließend zu beantworten³⁶³. Im Folgenden wird hierauf eingegangen.

a) Die Formeln in der Rechtsprechung des BVerfG

aa) Die *Heck*'sche Formel

Im sog. Patent-Beschluss vom 10. 6. 1964 hat das BVerfG sein grundlegendes Prüfungsprogramm bei der Urteilsverfassungsbeschwerde, welches als „*Heck*'sche Formel“ bezeichnet wird, wie folgt beschrieben:

„Die Gestaltung des Verfahrens, die Feststellung und Würdigung des Tatbestandes, die Auslegung des einfachen Rechts und seine Anwendung auf den einzelnen Fall sind allein Sache der dafür allgemein zuständigen Gerichte und der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht entzogen; nur bei einer Verletzung von spezifischem Verfassungsrecht durch die Gerichte kann das Bundesverfassungsgericht auf Verfassungsbeschwerde hin eingreifen“³⁶⁴.

Diese Formel war allerdings nichts Neues, sondern eher „eine Art Zwischenbilanz in einer längeren Entwicklung“³⁶⁵. Schon im 1. Band der Entscheidungssammlung (BVerfGE 1, 7 [8]; 1, 418 [420]) findet sich eine derartige Formulierung³⁶⁶. Bemerkenswert ist vielmehr, dass die Abstellung des Kriteriums der Verletzung des „spezifischen Verfassungsrechts“ auf den verfassungsgerichtlichen Eingriff in fachgerichtliche Entscheidungen auch nach dem Elfes- und dem Lüth-Urteil die grundrechtsdogmatische Problematik, welche gerade durch diese Urteile zutage trat, überstehen konnte. Eigentlich hätte die Aussagekraft des „spezifischen Verfassungsrechts“ erheblich in Frage gestellt werden müssen; die Verwischung bzw. Verwebung des Verfassungsrechts und des einfachen Rechts erschwerte die Grenzziehung zwischen dem verfassungsgerichtlichen Kontrollbereich und dem ausschließlich fachgerichtlichen Aufgabenbereich³⁶⁷. Das Prädikat „spezifisch“ gibt zu wenige Hinweise für eine klare Abgrenzung. § 90 Abs. 1 BVerfGG – nunmehr auch Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG – zählt ausdrücklich die Rechte auf, deren Verletzung im Wege der Verfassungsbeschwerde zu rügen ist. Diese enumerativen Rechte können durch den rich-

³⁶² Vgl. beispielsweise *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 280; *Kenntner*, in: *Umbach/Clemens/Dollinger*, BVerfGG, Kap. A, II. 1. Rn. 1.

³⁶³ Vgl. *Kenntner*, a.a.O. Rn. 6.

³⁶⁴ BVerfGE 18, 85 (92).

³⁶⁵ *Herzog*, in: FS für Dürig, S. 431 (433).

³⁶⁶ Ähnlich auch BVerfGE 2, 336 (339); 3, 213 (219 f.); 5, 13 (15); 11, 343 (349); 13, 318 (325); 15, 219 (221); 17, 302 (304 f.).

³⁶⁷ Vgl. *Vofßkuhle*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 93 Rn. 55.

terrechtlichen Terminus „spezifisches Verfassungsrecht“ weder erweitert noch reduziert werden. Man kann daher nur vermuten, dass es sich bei ihm um „das spezifische Merkmal der Verletzung“ handelt, „das es dem Beschwerdeführer ermöglicht, das BVerfG anzurufen“³⁶⁸. Doch besagt das Adjektiv „spezifisch“ an sich nie, in welchen Fällen ein solches Merkmal der besonderen Grundrechtsverletzung als erfüllt anzusehen ist. Deshalb wird die Formel vom „spezifischen Verfassungsrecht“ dahingehend kritisiert, dass sie das Problem benenne, aber selbst keine Lösung biete³⁶⁹, oder dass sie eine „Leerformel“ sei³⁷⁰. Dennoch behielt das BVerfG im Patent-Beschluss bewusst diese Formel bei und verzichtet bis heute nicht auf die Bezugnahme auf diese Entscheidung. Wahrscheinlich hielt das Gericht die Benutzung der Wendung vom „spezifischen Verfassungsrecht“ wegen ihres „heuristischen Werts“³⁷¹ für unausweichlich.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die *Heck*'sche Formel niemals einseitig von dem Motiv, die verfassungsgerichtliche Kontrolle einzuschränken, geprägt worden ist³⁷², obwohl sie den Eindruck erweckt, als würde es im Vordergrund stehen. Sie war eher ein Kompromiss zwischen mehreren gegenläufigen Gesichtspunkten, und zwar aus folgenden Erwägungen:

„Die Gerichte haben bei der Auslegung und Anwendung von einfachem Recht, insbesondere von Generalklauseln, den grundgesetzlichen Wertmaßstäben Rechnung zu tragen. Verfehlt ein Gericht diese Maßstäbe, so verletzt es als Träger öffentlicher Gewalt die außeracht gelassenen Grundrechtsnormen; sein Urteil muß auf eine Verfassungsbeschwerde hin vom Bundesverfassungsgericht aufgehoben werden [...]. Andererseits würde es dem Sinn der Verfassungsbeschwerde und der besonderen Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts nicht gerecht werden, wollte dieses ähnlich wie eine Revisionsinstanz die unbeschränkte rechtliche Nachprüfung von gerichtlichen Entscheidungen um deswillen in Anspruch nehmen, weil eine unrichtige Entscheidung möglicherweise Grundrechte des unterlegenen Teils berührt.“³⁷³

„Spezifisches Verfassungsrecht“ fungiert dabei als eine Art juristische Konjunktion, welche das prinzipielle Zurückhaltungsgebot bei der Kontrolle von fachgerichtlichen Entscheidungen mit der ausnahmsweise anzuerkennenden Eingriffsnotwendigkeit zunächst in abstrakter Weise – d.h. ohne Präzisierung bzw. Differenzierung von konkreten Fallkonstellationen – überbrückt und dadurch paradoxerweise dem

³⁶⁸ Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, Rn. 580.

³⁶⁹ Roellecke, in: *Isensee/Kirchhof*, HdbStR III, § 68 Rn. 13; Löwer, in: *Isensee/Kirchhof*, HdbStR III, § 70 Rn. 205; Bethge, in: *Maunz u.a.*, BVerfGG (Stand: Feb. 2007), § 90 Rn. 316a.

³⁷⁰ Zuck, a.a.O., Rn. 580; H. Wolter, *Der Staat* 1997, 426 (430); Düwel, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts, S. 21.

³⁷¹ Berkemann, DVBl. 1996, 1028 (1034).

³⁷² Aber a.A. Berkemann, a.a.O., 1032: Die *Heck*'sche Formel sei „einseitig, im wesentlichen auf Ablehnung der Kontrolle bezogen“ gewesen.

³⁷³ BVerfGE 18, 85 (92).

BVerfG gewissermaßen einen Ermessensspielraum einräumt. Dass das Gericht dieses Ergebnis zur Kenntnis genommen hat, lässt sich durch die folgende Ausführung verdeutlichen:

„Freilich sind die Grenzen der Eingriffsmöglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts nicht immer allgemein klar abzustecken; dem richterlichen Ermessen muß ein gewisser Spielraum bleiben, der die Berücksichtigung der besonderen Lage des Einzelfalls ermöglicht“³⁷⁴.

Angenommen, dass mit der Formel vom „spezifischen Verfassungsrecht“ die Schaffung eines „arkanen“³⁷⁵ Ermessensspielraums beabsichtigt ist, so versteht sich von selbst, dass für die Steuerung der Entscheidungstätigkeit des BVerfG dieses Kriterium von vornherein nie vollkommen sein konnte. Somit erscheint es zwangsläufig, dass das Gericht stets nach gegebenen konkreten Fallkonstellationen das im Patent-Beschluss angesprochene Kriterium durch andere zu ergänzen versuchte.

bb) Die weiteren Formeln als differenzierende Argumentationsmuster

(1) Die Formel von der „Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung“

(a) Die prinzipielle Zurückhaltung bei der Kontrolle des fallbezogenen Bereichs

Im Patent-Beschluss führte das BVerfG zur Konkretisierung seines Prüfungsprogramms aus:

„Allgemein wird sich sagen lassen, daß die normalen Subsumtionsvorgänge innerhalb des einfachen Rechts so lange der Nachprüfung des Bundesverfassungsgerichts entzogen sind, als nicht Auslegungsfehler sichtbar werden, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs beruhen und auch in ihrer materiellen Bedeutung für den konkreten Rechtsfall von einigem Gewicht sind“³⁷⁶.

Schon hieran zeigt sich die Tendenz des BVerfG, die Kontrolle von Gerichtsentscheidungen eher auf die grundrechtsdogmatische Überprüfung zu beschränken, während es der Nachprüfung einzelfallbezogener Subsumtionsvorgänge einschließlich der Güterabwägung bzw. Tatsachenwürdigung kein großes Gewicht beimisst. Auf dem Höhepunkt dieses Trends stand wohl der sog. „Mephisto-Beschluss“ vom 24. 2. 1971. Hier ging das BVerfG davon aus, dass es hinsichtlich der Richtigkeit instanzgerichtlicher Grundrechtsabwägungen lediglich eine begrenzte Prüfung vornehmen sollte:

³⁷⁴ BVerfGE 18, 85 (93).

³⁷⁵ Böckenförde, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, S. 33: „Arkanum des Gerichts“.

³⁷⁶ BVerfGE 18, 85 (93).

In Bezug auf einen zivilrechtlichen Rechtsstreit, wie er beim Anlassverfahren vorlag, könne es „eine Verletzung des Grundrechts der unterlegenen Partei nur feststellen, wenn der zuständige Richter entweder nicht erkannt hat, daß es sich um eine Abwägung widerstreitender Grundrechtsbereiche handelt, oder wenn seine Entscheidung auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung des einen oder anderen der Grundrechte, insbesondere vom Umfang ihrer Schutzbereiche, beruht“. Demgegenüber sei die konkrete Abwägung im Einzelfall zunächst den zuständigen Gerichten aufgetragen. „Das Grundrecht der jeweils unterlegenen Partei ist nicht schon dann verletzt, wenn bei dieser dem Richter aufgetragenen Abwägung widerstreitender Belange die von ihm vorgenommene Wertung fragwürdig sein mag, weil sie den Interessen der einen oder der anderen Seite zu viel oder zu wenig Gewicht beigelegt hat [...]. Das Bundesverfassungsgericht ist nicht befugt, seine eigene Wertung des Einzelfalles nach Art eines Rechtsmittelgerichts an die Stelle derjenigen des zuständigen Richters zu setzen“³⁷⁷.

Nach diesen Maßstäben wurde die fragliche Verfassungsbeschwerde zurückgewiesen; in den angefochtenen Gerichtsentscheidungen war zumindest kein grundrechtsdogmatischer Fehler festzustellen. Gegen eine restriktive Auslegung der Prüfungszuständigkeit des BVerfG erhoben sich freilich schon damals Bedenken, wie sie in der abweichenden Meinung von Verfassungsrichterin *Rupp-v. Brünneck* zu Recht geäußert wurden:

„Die der Senatsentscheidung zugrundeliegende Abstinenz [würde] letzten Endes darauf hinauslaufen, daß eine allein gegen die Art der Rechtsanwendung im Einzelfall gerichtete Verfassungsbeschwerde stets aussichtslos wäre, wenn das einschlägige Grundrecht nur beim Namen genannt und die hierzu in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelten Grundsätze in die Entscheidung aufgenommen sind, gleichgültig, zu welchem Ergebnis das Gericht im Einzelfall kommt“³⁷⁸.

(b) Ausnahmsweise vorgenommene Ausweitung der Kontrolle

Wahrscheinlich stieß das Vertrauen in die direkte Fähigkeit der Grundrechtsdogmatik an seine Grenze, als das BVerfG im sog. „Lebach-Urteil“ vom 5. 6. 1973 tatsächlich die Notwendigkeit, über den im Mephisto-Beschluss erläuterten Prüfungsumfang hinauszugehen, eingestehen musste. In der fraglichen Entscheidung fand sich nämlich weder die Verkennung der Abwägungsbedürftigkeit widerstreitender Grundrechtspositionen noch eine grundsätzlich unrichtige Auffassung von der Reichweite und Wirkkraft eines Grundrechts. Dennoch führte dieser Befund nicht ohne Weiteres zur Zurückweisung der Verfassungsbeschwerde:

Das BVerfG habe außerdem zu prüfen, „ob das Entscheidungsergebnis selbst ein solches

³⁷⁷ BVerfGE 30, 173 (197).

³⁷⁸ BVerfGE 30, 173 (220 f.).

Grundrecht verletzt“. Also sei die fachgerichtliche Entscheidung „auch dann zu beanstanden, wenn das Gericht bei Anwendung der typischen Kriterien, die sich aus der Ausstrahlung der Grundrechte für die Beurteilung von Fällen der vorliegenden Art ergeben, nicht zu dem gefundenen Ergebnis hätte gelangen können“³⁷⁹.

So erstreckte sich der Prüfungsumfang auf ein fachgerichtliches Entscheidungsergebnis, und die angefochtene Entscheidung wurde gerade wegen der fehlerhaften Abwägung zwischen den gegenläufigen Rechtsgütern im konkreten Fall – d.h. hier zwischen der Rundfunkfreiheit und dem Persönlichkeitsschutz des Gefangenen – aufgehoben.

(c) Die Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung als Differenzierungskriterium

Freilich wurde die prinzipiell zurückhaltende Position des BVerfG, wie sie im Mephisto-Beschluss zum Ausdruck kam, nicht vollkommen aufgegeben. Dies ist wohl zum einen auf die prozessrechtliche Gestaltung der Verfassungsbeschwerde im Sinne des Kassationsprinzips zurückzuführen, welches in § 95 Abs. 2 BVerfGG verkörpert ist. Danach kann das BVerfG auch dann die angefochtene Gerichtsentscheidung nur aufheben, nicht aber durch seine eigene Entscheidung ersetzen, wenn der Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidung stattgegeben wird³⁸⁰. Diese Regelung suggeriert schon, dass es im Prinzip nicht Aufgabe des BVerfG ist, dem Fachgericht eine konkrete Entscheidungsanweisung zu geben. Zum anderen stützt sich eine solche Zurückhaltung auch auf materiell-rechtliche Überlegungen. Grundrechte sind nämlich insbesondere im Bereich ihrer Ausstrahlungswirkung keine Determinanten für die konkrete Auslegung bzw. Anwendung einfachen Rechts, sondern dienen im Grundsatz lediglich als „Richtlinien und Impulse“³⁸¹ für eine an der grundrechtlichen Wertordnung orientierte Gesetzesauslegung bzw. -anwendung³⁸².

Eine ganz andere Frage ist, ob auch der Kognitionsbereich des BVerfG dementsprechend begrenzt werden sollte. Ohne darauf aufmerksam zu machen, hat das BVerfG im Lebach-Urteil die Grenze seines Prüfungsumfangs weit gezogen – darüber hinaus hat das Gericht sogar seine im § 95 Abs. 2 BVerfGG vorgesehene Kompetenz überschritten, indem es die im Anlassverfahren vom Beschwerdeführer begehrte Eilentscheidung durch seine eigene ersetzte. Zu beantworten bleibt jedenfalls die Frage, wann das BVerfG eine zurückhaltende Kontrolle vornehmen sollte und

³⁷⁹ BVerfGE 35, 202 (219).

³⁸⁰ Nach *Hoffmann-Riem*, AöR 128 (2003), 173 (189), ist das Kassationsprinzip eines der Charakteristika des Prüfungstyps, welches eine „Orientierung für die Ausfüllung des Leitbildes verfassungsgerichtlicher Zurückhaltung im Kontext der Urteilsverfassungsbeschwerde“ gibt.

³⁸¹ BVerfGE 7, 198 (205).

³⁸² Vgl. *Alleweldt*, Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 257.

wann es die angefochtene Gerichtsentscheidung im Detail auf ihre Grundrechtskonformität hin überprüfen darf. In diesem Zusammenhang führte das BVerfG im DGB-Beschluss vom 11. 5. 1976 aus:

Die Grenzen der Eingriffsmöglichkeiten des BVerfG „lassen sich [...] nicht starr und gleichbleibend ziehen; ihm muß ein gewisser Spielraum bleiben, der die Berücksichtigung der besonderen Lage des Einzelfalls ermöglicht [...]. Von Bedeutung ist namentlich die Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung: [...] Je nachhaltiger [...] ein zivilgerichtliches Urteil im Ergebnis die Grundrechtssphäre des Unterlegenen trifft, desto strengere Anforderungen sind an die Begründung dieses Eingriffs zu stellen und desto weiterreichender sind folglich die Nachprüfungsmöglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts; in Fällen höchster Eingriffsintensität [...] ist es durchaus befugt, die von den Zivilgerichten vorgenommene Wertung durch seine eigene zu ersetzen“³⁸³.

Fast gleichlautende Ausführungen finden sich auch im Echternach-Beschluss vom selben Tag:

„Von Bedeutung ist namentlich die Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung: je mehr eine zivilgerichtliche Entscheidung grundrechtsgeschützte Voraussetzungen freiheitlicher Existenz und Betätigung verkürzt, desto eingehender muß die verfassungsgerichtliche Prüfung sein, ob eine solche Verkürzung verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist [...]“. Bei einer intensiven Grundrechtsbeeinträchtigung „können neben der Frage, ob die angefochtene Entscheidung Fehler erkennen läßt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung des Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs beruhen [...], auch einzelne Auslegungsfehler nicht außer Betracht bleiben“³⁸⁴.

Mit diesen beiden Entscheidungen stellte das BVerfG also das Kriterium der „Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung“ auf, um seine Kontrolltätigkeit bei Urteilsverfassungsbeschwerden zu differenzieren.

(d) Kritik an der Intensitätsformel

Seither bildet die Intensitätsformel ein beliebtes Thema vieler wissenschaftlicher Untersuchungen über den verfassungsgerichtlichen Prüfungsumfang. Zum Beispiel stimmte *Schenke* im Ganzen der „Intensivierung der Überprüfungsbefugnis“ bei einer schwerwiegenden Grundrechtsbeeinträchtigung zu und versuchte anhand der verwaltungsrechtlichen Ermessensfehlerlehre dies dogmatisch zu legitimieren³⁸⁵. In der Dissertation *Scherzbergs* wurde die „Eingriffsintensität“ als „kompetenzieller Steuerungsfaktor der verfassungsgerichtlichen Kontrolle“ betrachtet³⁸⁶. Für die „Be-

³⁸³ BVerfGE 42, 143 (148 f.).

³⁸⁴ BVerfGE 42, 163 (168 f.).

³⁸⁵ *Schenke*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 53.

³⁸⁶ *Scherzberg*, Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“, S. 223 ff.

stimmung der Kontrollbefugnis mit Hilfe des Kriteriums der Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung“ plädierte auch *Düwel*³⁸⁷. Während die beiden letztgenannten Autoren ihre Auffassungen vornehmlich mit sog. „funktionell-rechtlichen“ Argumenten begründeten³⁸⁸, war *Bender* der Ansicht, dass für die Kontrollabstufung nach der Intensität der grundrechtlichen Betroffenheit eher „der Sinn und der Gewährleistungsgehalt der Grundrechte“ ausschlaggebend seien³⁸⁹: „Daß Grundrechte besonders gefährdete Bereiche menschlicher Freiheit und elementarer Gerechtigkeit schützen und gewährleisten sowie die Voraussetzungen freier und gleicher Mitwirkung und Mitgestaltung im Gemeinwesen sichern. Dies leitet die Bestimmung der Intensität“³⁹⁰.

Die Intensitätsformel stößt aber auch auf Kritik: die Formel von der Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung ermögliche zwar eine eingehendere Prüfung, sie erkläre aber nicht, „wie schwer einerseits die Beeinträchtigung sein muß und in welchem Maß dann andererseits die Prüfung eingehender vollzogen werden“ soll³⁹¹. Da die Intensität selbst kaum objektiv gemessen werden könne, sei ihre Bestimmung „vorrangig von subjektiven Wertungen abhängig“³⁹². Hinzu kommt, dass die Intensitätsformel nicht konsequent angewandt worden ist³⁹³: „so findet etwa im Bereich des Strafrechts keineswegs generell eine volle Überprüfung statt“³⁹⁴, obwohl eine strafgerichtliche Verurteilung zweifellos einen äußerst intensiven Grundrechtseingriff darstellt. Indessen pflegt das BVerfG – insbesondere im Bereich des Grundrechts aus Art. 5 GG – gegebenenfalls trotz verhältnismäßig geringer Eingriffsintensität einzelfallbezogene Tatsachenwürdigungen vorzunehmen³⁹⁵. In dieser Hinsicht wird auch bemängelt, dass „das Merkmal der Intensität seine Aufgabe, die Prüfungszuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts rationaler zu umreißen, nicht voll erfüllt“ habe³⁹⁶.

³⁸⁷ *Düwel*, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts, S. 281 ff.

³⁸⁸ Nach der Auffassung *Scherzbergs* bildet die normative Rahmensetzung des materiellen Verfassungsrechts einen *negativen Faktor* für die Bestimmung des Prüfungsumfangs. Vgl. *Scherzberg*, a.a.O., S. 135 ff.

³⁸⁹ *Bender*, Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung gerichtlicher Entscheidungen, S. 4.

³⁹⁰ *Bender*, a.a.O., S. 62 f. Nach seiner Auffassung hängt also die Geltung bzw. Tragweite der Grundrechte vom „Ausmaß des grundrechtlichen Schutzbedürfnisses“ ab (vgl. ebenda, S. 322 f.) und dementsprechend variiert auch die verfassungsgerichtliche Eingriffsmöglichkeit in Gerichtsentscheidungen.

³⁹¹ *Lincke*, EuGRZ 1986, 60 (68).

³⁹² *Miebach*, Zur Willkür- und Abwägungskontrolle, S. 108; zustimmend *Korioth*, in: FS 50 Jahre BVerfG, S. 55 (71).

³⁹³ *Alleweldt*, a.a.O., S. 91 f.; *Kenntner*, NJW 2005, 785 (787).

³⁹⁴ *Roth*, AöR 121 (1996), 544 (551); vgl. auch *Berkemann*, DVBl. 1996, 1028 (1039).

³⁹⁵ Vgl. *Scherzberg*, a.a.O., S. 73 m.w.N.

³⁹⁶ *Lincke*, a.a.O., 72.

Wirklich fragwürdig ist aber vor allem, zur Bestimmung des Prüfungsumfangs die erst später zu prüfende Beeinträchtigung nach vorn zu ziehen; dann würde die Sachprüfung nicht gemäß einem vorher bestimmten Prüfungsumfang erfolgen, sondern vielmehr würde eine bereits (summarisch bzw. partiell) vorgenommene Sachprüfung – sei es auf der abstrakten Ebene oder auf der fallspezifischen – umgekehrt den Prüfungsumfang bestimmen. Eine solche Vorgehensweise legt einen Zirkelschluss nahe. Durchaus schlüssig klingt somit die Auffassung, dass die Begründung der Prüfungsbefugnis selbst gewissermaßen das Ergebnis der verfassungsgerichtlichen Prüfung vorwegnehme³⁹⁷: Schiene dem BVerfG die Verfassungsbeschwerde ziemlich begründet, so würde das Gericht erforderlichenfalls nicht zögern, seine Befugnis zur eingehenderen Prüfung hervorzuheben. Hielte es dagegen die Verfassungsbeschwerde – u.a. mangels genügend gewichtiger Beschwer – für nicht begründet, würde es stattdessen einen beschränkten Prüfungsumfang voranstellen. Dies ist aber nichts anders als eine Verwischung der Maßstäbe³⁹⁸. Ausschlaggebend müsste freilich ein Teil von Begründetheitsprüfungsmaßstäben sein, nicht aber irgendwelche scheinbaren Prüfungszuständigkeitsmaßstäbe. In dieser Hinsicht erscheint vielmehr die folgende Erläuterung *Linckes* einleuchtend, worauf später zurückzukommen sein wird:

„Das alles zeigt, daß das Merkmal der Eingriffsintensität eher dazu taugt, als eines von mehreren Kriterien in materieller Hinsicht eine verfassungsrechtliche Nachprüfung von Entscheidungen der Zivilgerichte zu ermöglichen“. „[...] überhaupt erscheint die Annahme fragwürdig, dem Bundesverfassungsgericht sei prozessual eine eingeschränkte Nachprüfungskompetenz vorgegeben. [...] Nicht der ‚Umfang der Nachprüfung‘ ist beschränkt, geschweige denn des ‚Prüfen-Dürfens‘, sondern die sich daraus ergebenden, vom Bundesverfassungsgericht auszusprechenden Konsequenzen. [...] Es ginge nicht zu Lasten der ‚Transparenz‘ der Verfassungsrechtsprechung, wenn die Berücksichtigung dieses Merkmals ausschließlich als ein Ausdruck des materiellen Beurteilungsspielraums des Bundesverfassungsgerichts angesehen würde“³⁹⁹.

(2) Die Formel des Willkürverbots

(a) Das Problemfeld der Formel des Willkürverbots

Das Absetzen einer Kontrolle von einfachrechtlichen Fehlern im Rahmen des verfassungsgerichtlichen Prüfungsumfangs ist durch die Formel vom „spezifischen Verfassungsrecht“ bedingt, wie es im Patent-Beschluss aufgezeigt wurde. Auf einer

³⁹⁷ *Kenntner*, a.a.O., 787; *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 309.

³⁹⁸ *Schlaich/Korioth*, a.a.O., Rn. 309; *Lincke*, a.a.O., 68.

³⁹⁹ *Lincke*, a.a.O., 72 f.; ähnlich *Alleweldt*, a.a.O., S. 91: Da intensivere Grundrechtseingriffe ohnehin auf materiell-rechtlicher Ebene gewichtigere Rechtfertigungsgründe verlangten, sei unklar, warum die Eingriffsintensität zusätzlich Einfluss auf den Prüfungsumfang haben soll.

Bruchstelle strenger Dichotomie zwischen dem einfachen Recht und dem spezifischen Verfassungsrecht steht aber die Formel des Willkürverbots. Nach der Rechtsprechung des BVerfG verstößt eine Gerichtsentscheidung gegen das Willkürverbot, „wenn die Rechtsanwendung oder das eingeschlagene Verfahren Fehler enthalten“ und „diese bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich sind und sich daher der Schluß aufdrängt, daß sie auf sachfremden Erwägungen beruhen“⁴⁰⁰. Hierbei handle es sich um einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

Gegen diesen Rückgriff auf Art. 3 Abs. 1 GG lässt sich freilich einwenden, dass es bei einer derartigen Willkür-Konstellation regelmäßig an einem konkreten Vergleichspaar und damit an einer aktuellen Ungleichbehandlung fehlt⁴⁰¹; anders als die allgemeinen Regelungen gesetzlicher Normen beschränken sich gerichtliche Entscheidungen in ihrer Wirkung normalerweise auf einen Einzelfall. Hierzu kann man auf den Grundsatz der Rechtsanwendungsgleichheit im klassischen Sinne hinweisen. Dies ist auch der Fall, wenn das BVerfG ausführt:

„Der allgemeine Gleichheitssatz gebietet Rechtsanwendungsgleichheit als eine Grundforderung des Rechtsstaates. Das bestehende Recht ist ausnahmslos ohne Ansehen der Person zu verwirklichen; jeder wird in gleicher Weise durch die Normierungen des Rechts berechtigt und verpflichtet; es ist den Gerichten versagt, bestehendes Recht zugunsten oder zu Lasten einzelner Personen nicht anwenden“⁴⁰².

Diese Begründung erscheint jedoch nicht befriedigend. Denn es beruhen nicht alle willkürlichen Gerichtsentscheidungen auf einem personalen Bezug; auch ohne Ansehen der Person und ferner sogar für jedermann gleichermaßen könnten willkürliche Gerichtsentscheidungen ergehen. Hinzu kommt, dass der Begriff „Willkür“ nach der Rechtsprechung des BVerfG eben nicht in einem *subjektiven* Sinne zu verstehen ist, sondern ausschließlich in einem *objektiven* Sinne⁴⁰³.

Bezugspunkt ist somit eine *virtuelle* Ungleichbehandlung. Das heißt, bei einer unrichtigen Gerichtsentscheidung wird der Betroffene lediglich im Vergleich zu fiktionalen, gleich gelagerten Adressaten, für welche aber eine richtige Entscheidung getroffen werden müsste, ungleich behandelt⁴⁰⁴. Beseitigt man allerdings hiervon jedes gekünstelte Element, so verbleibt nur der Vergleich der Einzelentscheidung

⁴⁰⁰ BVerfGE 4, 1 (7).

⁴⁰¹ Geiger, Sondervotum, BVerfGE 42, 64 (81 ff.); Kromer, JuS 1984, 601 (603); Höfling, JZ 1991, 955 (958).

⁴⁰² BVerfGE 66, 331 (335 f.).

⁴⁰³ BVerfGE 2, 266 (281); 42, 64 (73).

⁴⁰⁴ Einen hypothetischen Verstoß gegen den Gleichheitssatz scheint etwa Mauder, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, S. 52, anzunehmen; siehe auch Miebach, Zur Willkür- und Abwägungskontrolle, S. 62.

mit einschlägigen sachlichen bzw. einfachrechtlichen Anforderungen. Hinter der Feststellung einer solchen Ungleichbehandlung versteckt sich mithin die Beurteilung der Richtigkeit der Entscheidung als solcher. Dann erscheint der Maßstab der Willkür als eine Art prozessrechtlicher „Transformator“⁴⁰⁵ von bestimmten einfachrechtlichen Fehlern in die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts, also des Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG⁴⁰⁶.

Die theoretische Tragweite der Formel des Willkürverbots geht nicht nur über den klassischen Bereich des hoheitlichen Grundrechtseingriffs hinaus, sondern auch über die Bedeutung des Elfes-Urteils, wie dies u.a. außerhalb von Freiheitsrechten etwa beim Anspruch auf eine staatliche positive Leistung der Fall wäre: „Liegt ein besonderer Schutzbereich nicht vor und scheidet auch Art. 2 Abs. 1 GG als ‚Auffanggrundrecht‘ aus, greift das BVerfG auf die sog. objektive Willkür zurück“⁴⁰⁷.

Freilich ist das Hauptfeld der Willkürprüfung beschränkt. Wenn man Grundrechtsverletzungen in zwei Gruppen, nämlich in mittelbare und unmittelbare Verletzungen, einteilt, bezieht sich die Willkürprüfung auf mittelbare Verletzungen. Mit „unmittelbarer Grundrechtsverletzung“ ist hier gemeint, dass der Inhalt bzw. die Auswirkung eines fraglichen Hoheitsakts an und für sich gegen die unmittelbaren Aussagen einer bestimmten Grundrechtsvorschrift verstößt. Zum Beispiel ging es im Lüth-Urteil überwiegend um eine unmittelbare Grundrechtsverletzung, weil die gerichtliche Verurteilung des Beschwerdeführers wegen seiner Boykott-Aufforderung inhaltlich direkt mit den Aussagen des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG kollidierte. Andernfalls kommt nur eine mittelbare Grundrechtsverletzung in Betracht. So liegt eine mittelbare Grundrechtsverletzung beispielsweise auch dann vor, wenn der Verstoß gegen die Aussagen einer Grundrechtsvorschrift nur mittels einer unterverfassungsrechtlichen Beurteilung der angefochtenen Maßnahme festzustellen ist. Hierbei bildet eine solche unterverfassungsrechtliche Beurteilung – sei es betreffend die Gesetzmäßigkeit oder die Vereinbarkeit etwa mit allgemeinen Erfahrungssätzen – eine Vorfrage der Erfüllung der Tatbestände einer bestimmten Grundrechtsvorschrift. Wird eine solche unterverfassungsrechtliche Verletzung festgestellt, so ergibt sich daraus die Verletzung der Grundrechtsvorschrift. Willkürliche Gerichtsentscheidun-

⁴⁰⁵ *Schenke*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 37; vgl. auch *Kirchhof*, in: FS für Geiger, S. 82 (92): Das Willkürverbot biete dem Rechtsanwender gegenüber den Maßstab, „um die Verletzung einfachen Rechts auch als Verletzung von ‚spezifischem Verfassungsrecht‘ zu qualifizieren und damit die Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts zu begründen“.

⁴⁰⁶ Vgl. *Seidl*, in: Verhandlungen des 61. DJT, Bd. II/1, S. O9 (O20), der hinsichtlich der Grundlage des Willkürverbots eher auf das Rechtsstaatsprinzip Gewicht legt als auf den Gleichheitssatz; siehe auch *Roth*, AöR 121 (1996), 544 (575); *Koch*, in: GS für Jeand'Heur, S. 135 (158).

⁴⁰⁷ *Berkemann*, DVBl. 1996, 1028 (1037).

gen enthalten also in diesem Sinne eine mittelbare Grundrechtsverletzung⁴⁰⁸; ob ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz vorliegt, hängt hier zunächst von der Beurteilung der sachlichen bzw. einfachrechtlichen Richtigkeit der angefochtenen Gerichtsentscheidung ab.

Man kann freilich weiterhin annehmen, dass hinsichtlich der Grundrechtskonformität einer Gerichtsentscheidung mehrere Grundrechtsvorschriften bzw. Regelungsfragmente einer Grundrechtsvorschrift gleichzeitig in Betracht kommen. Davon mag ein Teil eine unmittelbare Grundrechtsverletzung betreffen, während ein anderer Teil lediglich zur Feststellung einer mittelbaren Grundrechtsverletzung von Bedeutung ist. Da die Überprüfung eines Gerichtsurteils auf eine mittelbare Grundrechtsverletzung jedoch in der Praxis einem sehr weitmaschigen Kriterium unterworfen ist, erhält eine solche Überprüfung kaum eine Bedeutung, wenn die Verfassungsbeschwerde bereits auf eine unmittelbare Grundrechtsverletzung, für welche relativ engmaschige Kriterien gelten, gestützt werden kann. Folglich kommt die Willkürprüfung in der Regel erst dann zum Zuge, wenn keine unmittelbaren Grundrechtsverletzungen zu beanstanden sind⁴⁰⁹.

(b) Die Praktizierung der Formel des Willkürverbots

(i) Die Willkürformel bis zur Mitte der 1970er Jahre

Schon in seiner Anfangszeit stellte das BVerfG den Maßstab des Willkürverbots auf die Nachprüfung fachgerichtlicher Einzelentscheidungen hinsichtlich des Verstoßes gegen Art. 3 GG ab; soweit ersichtlich, geht eine solche Willkürprüfung auf den Beschluss⁴¹⁰ vom 1. 7. 1954 zurück. Seither muss jede mit der Verfassungsbeschwerde angefochtene Gerichtsentscheidung immer auf Willkür geprüft werden, „wenn kein anderer Verfassungsverstoß festgestellt wird, und zwar auch dann, wenn eine diesbezügliche ausdrückliche Rüge nicht angebracht ist“⁴¹¹. Und die Schwelle der Willkür bildet stets die immanente Grenze der Einschränkung des Prüfungsumfanges bei der Urteilsverfassungsbeschwerde, was sich auch an der folgenden Ausführung des BVerfG zeigt:

„Insbesondere ist es nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, die Würdigung der

⁴⁰⁸ Ähnlich Waldner, ZfP 98 (1985), 200 (214); a.A. Schneider, DVBl. 1969, 325 (331), der bei willkürlicher Anwendung oder Nichtanwendung einfachen Rechts eine *unmittelbare* Grundrechtsverletzung annimmt. Dies ist wohl auf unterschiedliche Definitionen der unmittelbaren Grundrechtsverletzung zurückzuführen.

⁴⁰⁹ Von der „Subsidiarität der Willkürprüfung“ in diesem Sinne spricht v. Lindener, Willkür im Rechtsstaat?, S. 147.

⁴¹⁰ BVerfGE 4, 1.

⁴¹¹ Seuffert, NJW 1969, 1369 (1371).

Beweisaufnahme und die tatsächlichen Feststellungen zu überprüfen, soweit hierbei [...] keine Willkür erkennbar ist“⁴¹².

„Willkür“ ist allerdings keine aussichtsreiche Rüge. So wurde bis zu Mitte der 70er Jahre des letzten Jahrhunderts keine einzige Gerichtsentscheidung vom BVerfG wegen Willkür aufgehoben⁴¹³. Wahrscheinlich wandte Verfassungsrichterin *Rupp-v. Brünneck* auch gerade in diesem Hinblick gegen die Mehrheitsmeinung des Mephisto-Beschlusses vom 24. 2. 1971 ein: „die in der Senatsentscheidung konzedierte Prüfung auf Willkür hat keine Bedeutung, weil auf sachfremden Erwägungen beruhende Gerichtsentscheidungen so gut wie nie vorkommen“⁴¹⁴. Die Formel des Willkürverbots erschien und fungierte also bis dahin eher als Argumentationsfigur, um den größten Teil der mittelbaren Grundrechtsverletzungen faktisch aus der verfassungsgerichtlichen Kontrolle auszuklammern.

Vor diesem Hintergrund ist verständlich, dass die damalige Literatur der Willkürformel meistens kein großes Gewicht beimaß. Stattdessen beschäftigten sie sich allein mit der Folge des Elfes-Urteils, welche ebenfalls auf eine verfassungsgerichtliche Eingriffsmöglichkeit in einfachrechtlich fehlerhafte Gerichtsentscheidungen hindeutet. Zum Beispiel zielte *Ekkehard Schumann* mit seiner bekannten Formel, welche er 1961 in seiner Dissertation aufstellte, darauf ab, derjenigen Interpretationsverfassungsbeschwerde, „die nur einen mittelbaren Grundrechtsverstoß annimmt“⁴¹⁵, keinen Erfolg zuzuerkennen. Er meinte: „wer erst die Verletzung unterverfassungsrechtlicher Normen benötigt, um zu einer Grundrechtsverletzung zu kommen“, sollte „nicht mit Erfolg die Verfassungsbeschwerde bemühen [können]“⁴¹⁶. Für den Zweck, verfassungsrechtlich relevante und irrelevante Interpretationsfehler auseinanderzuhalten, schlug er vor, die fragliche Interpretation zunächst als gesetzgeberisches Werk anzusehen und hierzu eine Quasinormenkontrolle durchzuführen. Eine solche „Umdenken-Methode“ hätte vielleicht nicht ihre Bedeutung gewinnen können, wenn sie sich nicht vornehmlich nach „unrichtigen Rechtsanwendungen“, d.h. namentlich „*Fehlinterpretationen*“⁴¹⁷, gerichtet hätte; ist eine vermeintliche Fehlinterpretation in Wirklichkeit als methodisch vertretbare Gesetzesauslegung zu betrachten, geht es nämlich bloß um die Frage der verfassungskonformen Auslegung, welche seinerzeit schon längst praktiziert worden war. Da aber damit gerechnet wurde, dass eine fragliche Interpretation schon einfachrechtlich unrichtig sein könnte, vermochte seine Formel ihren Sinn zu erhalten; ohne die Prä-

⁴¹² BVerfGE 4, 294 (297).

⁴¹³ *Seuffert*, a.a.O., 1371.

⁴¹⁴ BVerfGE 30, 173 (221).

⁴¹⁵ *Schumann*, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, S. 205.

⁴¹⁶ *Schumann*, a.a.O., S. 205.

⁴¹⁷ *Schumann*, a.a.O., S. 206.

sumtion, dass ein fragliches Auslegungsergebnis auf ein positives Gesetz zurückführbar sei, konnte die angebliche Fehlinterpretation jedenfalls nicht mehr einfach im Rahmen der verfassungskonformen Gesetzesauslegung in Frage gestellt werden, sondern notwendigerweise nur hypothetisch „als Gesetz gedacht“ werden. So formulierte *Schumann* folgende sog. „Kognitionsgrenzen“ des BVerfG:

„Die InterpretationsVB ist erfolgreich, wenn die in der angefochtenen Entscheidung vertretene Rechtsauffassung – als Gesetz gedacht – gegen das GG verstößt; sie ist erfolglos, wenn sie mit dem GG vertretbar ist“⁴¹⁸.

Diese Formel besagt also, dass selbst offensichtlich unrichtige Gerichtsentscheidungen nicht im Wege der Verfassungsbeschwerde aufgehoben werden können, wenn sie nicht unmittelbar gegen das Grundgesetz verstoßen.

Für den Ausschluss mittelbarer Grundrechtsverletzungen vom Kognitionsbereich des BVerfG sprachen sich aber auch weitere Autoren aus. Dazu gehören etwa *Rudolf Schneider*, *Joachim Burmeister* und *Hans-Jürgen Papier*:

- *Schneider* vertrat 1969 die Meinung, dass „für den Erfolg einer Verfassungsbeschwerde die *Unmittelbarkeit der Grundrechtsverletzung* entscheidend“ ist⁴¹⁹. Bei einer mittelbaren Grundrechtsverletzung, beruhe sie auf einer mangelhaften Sachaufklärung oder auf einer mangelhaften Gesetzesauslegung bzw. Subsumtion, fehle es nach seiner Ansicht „an einem ausreichenden Anlaß, der das Eingreifen des Verfassungsgerichts zu dem Zwecke, die Geltung und Anerkennung der Grundrechte zu gewährleisten, rechtfertigen könnte“⁴²⁰. Eine unmittelbare Grundrechtsverletzung liege hingegen beispielsweise vor, wenn ein Individualakt ohne wirksame gesetzliche Grundlage in grundrechtliche Freiheiten eingreife⁴²¹. Dies sei aber auch der Fall, wenn der Individualakt auf einer verfassungswidrigen Auslegung beruhe, aufgrund welcher die interpretierte Norm selbst gleichsam als nichtig erscheine⁴²².

- *Burmeister* behauptete in ähnlicher Weise, das BVerfG sei „nach dem Sinn der ihm zugewiesenen Kontrollaufgaben nicht berechtigt, die Gesetzesinterpretation daraufhin zu untersuchen, ob sie *vom einfachen Recht her* gesehen richtig ist“⁴²³. Nach seiner Auffassung ergibt sich eine „Kompetenzvermischung“ nicht zuletzt aus der Praxis der verfassungskonformen Auslegung; diese enthalte „die Verquickung einer Aussage über den Gesetzesinhalt mit einer Aussage über die Gesetzesgültigkeit, also die Verflechtung von Rechtsdeutung und Rechtskontrolle“⁴²⁴. Eine Lösung für dieses Problem hat er schon in seiner Dissertation von 1966 vorgeschlagen. Danach sollte das BVerfG insbesondere bei den „Normen, die

⁴¹⁸ *Schumann*, a.a.O., S. 334.

⁴¹⁹ *Schneider*, DVBl. 1969, 325 (326).

⁴²⁰ *Schneider*, a.a.O., 326.

⁴²¹ *Schneider*, a.a.O., 327.

⁴²² *Schneider*, a.a.O., 328.

⁴²³ *Burmeister*, DVBl. 1969, 605 (607).

⁴²⁴ *Burmeister*, a.a.O., 607 f.

überwiegend verfassungswidriger Deutung zugänglich sind“, nicht versuchen, eine verfassungskonforme *Auslegung* vorzunehmen, sondern erforderlichenfalls mit der (qualitativen) Teilnichtigkeitsklärung die fragliche Auslegungsmöglichkeit *kassieren*⁴²⁵.

- *Papier* gebrauchte 1976 das Begriffspaar „direkte und indirekte Verfassungsverletzungen“⁴²⁶. Dabei betonte er, dass die „Grundrechtsverletzungen, die ihre Ursache ausschließlich in der Verletzung des *Gesetzmäßigkeitsprinzips*, also in einer *indirekten* Verfassungsverletzung haben“, der verfassungsgerichtlichen Kontrolle entzogen werden sollten⁴²⁷. Eine der Prüfungskompetenz des BVerfG unterfallende Grundrechtsverletzung liege hingegen vor, wenn das einem Einzeleingriff zugrunde liegende Gesetz selbst direkt gegen das Grundgesetz verstößt oder wenn die rechtsanwendenden Organe selbständig die Verfassung verletzen, indem sie etwa einer interpretationsfähigen Norm einen verfassungswidrigen Sinn beilegen. Da er aber tendenziell keine „paralegale“ Rechtswidrigkeit annehmen wollte⁴²⁸, vermittelt die von ihm vorgeschlagene Beschränkung des Prüfungsumfanges des BVerfG auf direkte Verfassungsverletzungen insgesamt den Eindruck, als würde sich die Kontrolltätigkeit des BVerfG auch bei der Urteilsverfassungsbeschwerde immer mehr der Normenkontrolle annähern.

Sicherlich können die vorstehenden Theorien durch die Anwendung des Willkürverbots – d.h. des Verbots einer qualifizierten, doch ihrer Natur nach schlechthin *mittelbaren* Grundrechtsverletzung – erheblich ausgehöhlt werden, was jedoch anscheinend von niemandem ernst genommen wurde. Vielmehr fand die Willkürformel Billigung sogar bei den Autoren, die die Folge des Elfes-Urteils vehement kritisierten⁴²⁹. Die positive Anwendung des Willkürverbots war allerdings damals noch nicht die Realität, so dass die Problematik einer solchen Widersprüchlichkeit kaum auffiel.

(ii) Die Willkürformel seit Mitte der 1970er Jahre

In dem sog. „Zwangsversteigerung“-Beschluss⁴³⁰ vom 24. März 1976 nahm das BVerfG erstmals eine richterliche Willkür und damit einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG an. In diesem Fall wurde insbesondere beanstandet, dass die Fachgerichte die Tragweite der Frage- bzw. Aufklärungspflicht nach § 139 ZPO a.F. sachfremd interpretiert hatten. Indessen ließ das BVerfG offen, ob nebenbei auch der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden war.

⁴²⁵ *Burmeister*, Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung, S. 107 ff.

⁴²⁶ *Papier*, in: FG 25 Jahre BVerfG, S. 432 (434).

⁴²⁷ *Papier*, a.a.O., S. 435.

⁴²⁸ Vgl. *Papier*, a.a.O., S. 452 ff.

⁴²⁹ Vgl. *Schumann*, a.a.O., S. 209 ff.; *Schneider*, a.a.O., 331 f.; mit Einschränkung auch *Papier*, a.a.O., S. 454 f.

⁴³⁰ BVerfGE 42, 64.

Entgegen der Erwartung, dass diese Entscheidung „isoliert“ bleiben würde⁴³¹, handelt es sich bei ihr eher um ein Vorspiel zur nachfolgenden positiven Judizierung des richterlichen Willkürverbots. Innerhalb von zehn Jahren nach dem Zwangsversteigerung-Beschluss wurde ein Dutzend Gerichtsentscheidungen wegen richterlicher Willkür vom BVerfG aufgehoben⁴³². Seit 1986 häufen sich nochmals die Entscheidungen des BVerfG, die willkürliche fachgerichtliche Urteile aufheben. Im Zeitraum zwischen dem 7. Mai 1986 und dem 19. Dezember 2000 ergingen insgesamt 4 Senatsentscheidungen und 82 Kammerentscheidungen des BVerfG, die Verfassungsbeschwerden wegen eines Verstoßes gegen das Willkürverbot durch die Fachgerichte stattgaben⁴³³.

Diese Ausweitung der Willkür-Rechtsprechung des BVerfG löste zum einen kritische Auseinandersetzungen mit der Willkürformel aus, worauf später zurückzukommen sein wird. Zum anderen wurde damit verdeutlicht, dass zumindest vom praktischen Gesichtspunkt her die *Mittelbarkeit* der Grundrechtsverletzung kein Indiz für die Befreiung von der verfassungsgerichtlichen Nachprüfung darstellt. Dies gab einer Reihe von Rechtswissenschaftlern einen Anlass zur erneuten Umschreibung des Prüfungsumfanges des BVerfG:

- Der Kategorisierung in „mittelbare und unmittelbare Grundrechtsverletzungen“ hat zum Beispiel *Ulrich Steinwedel* schon 1976 das neue Begriffspaar „Bereichsverletzung und spezifische Verletzung“ vorgezogen. Nach seiner Auffassung handelt es sich bei der „spezifischen Verletzung“ um „einen spezifischen Angriff auf das Grundrecht selbst“, welcher der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegen sollte; fehle ein solcher Angriff, so gehe es um eine „Bereichsverletzung“, welche aber „nicht als Grundrechtsverletzung im Sinne von Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG ausreichen“ könne⁴³⁴. Interessanterweise versuchte *Steinwedel* den schärferen Umriss der „spezifischen Verletzung“ eher *induktiv* „durch die Auswertung der gesamten einschlägigen Judikatur des Bundesverfassungsgerichts [...] herauszuarbeiten“⁴³⁵. Dies ermöglichte ihm, zur Feststellung des Prüfungsumfanges – anders als vorherige wissenschaftliche Behandlungsweisen dieses Themas – sowohl die verfassungsgerichtlichen Kontrolltätigkeiten zur „Normseite“ instanzgerichtlicher Rechtsfindung als auch die zur „Fallseite“, d.h. den Bereichen „Abwägung im Einzelfall“ und „Sachverhaltsermittlung“, umfassend in Betracht zu ziehen⁴³⁶. Allerdings hatte seine Untersuchung aus heutiger Sicht eine unverkennbare Grenze: Die Fallmaterialien, die er berücksichtigen konnte, reichten nur bis zum Jahr 1976. Daher konnte er lediglich den damaligen Haupttrend der Judikatur des BVerfG bestätigen, wie etwa die Nachprüfung fachgerichtlicher Norminterpretationen hinsichtlich des Gebots der verfassungskonformen

⁴³¹ *Gusy*, JuS 1982, 30 (35).

⁴³² Vgl. v. *Lindeiner*, Willkür im Rechtsstaat?, S. 225.

⁴³³ Vgl. v. *Lindeiner*, a.a.O., S. 225 ff.

⁴³⁴ *Steinwedel*, „Spezifisches Verfassungsrecht“ und „einfaches Recht“, S. 60.

⁴³⁵ *Steinwedel*, a.a.O., S. 19.

⁴³⁶ Zu diesen Terminologien siehe *Steinwedel*, a.a.O., S. 193 ff.

Auslegung sowie die Abwägungsprüfung aufgrund der Mephisto-Formel. Indes schien seine Haltung zu den Bereichen der Willkürprüfung und der „Frage des Richterrechts“ – also der „Frage, wie weit sich ein Richter vom Gesetz entfernen, wie weit er bei der Ausfüllung von ‚Lücken‘ im Normenbestand gehen darf“⁴³⁷ – noch die weitere Entwicklung der Rechtsprechung abzuwarten⁴³⁸.

- Die *Papier*'sche Unterscheidung von direkten und indirekten Verfassungsverletzungen kritisierend, folgte *Gunnar Folke Schuppert*⁴³⁹ eher dem *Steinwedel*'schen Konzept. Er schlug vor, „den Prüfungsgegenstand – das gerichtliche Urteil – in einzelne, unterscheidbare Elemente der richterlichen Rechtsfindung wie etwa Sachverhaltsermittlung und -würdigung, Abwägung im Einzelfall, Bildung von Obersätzen bei der Konkretisierung weit gefaßter Rechtsnormen“ zu „zerlegen“ und „postulierte“ „eine entsprechend der Eigenart des jeweilig nachzuprüfenden Entscheidungselements abgestufte Kontrolldichte auf der Seite des Bundesverfassungsgerichts“. Auffallend ist, dass er dies anhand einer *funktionell-rechtlichen* Argumentation dogmatisieren wollte⁴⁴⁰. Dabei ging er von dem Axiom aus, dass „die Ermittlung und Würdigung des Sachverhalts im allgemeinen als fachgerichtliche Domäne angesehen wird“⁴⁴¹. Demgegenüber bestehe die Funktion des BVerfG darin, die „Beachtung grundrechtlicher Direktiven durch den Fachrichter sicherzustellen“⁴⁴².

So schloss er in den verfassungsgerichtlichen Kontrollumfang, erstens, bezüglich des Richterrechts die Frage ein, ob „eine vom Richter Beachtung erheischende grundrechtliche Anforderung, die sich [...] auf die Bestimmung der richterlichen Kompetenz zur Rechtsfortbildung bezieht“⁴⁴³, eingehalten wird.

Zweitens hatte er ebenfalls keine Bedenken, „die richterliche Bildung von Obersätzen im Wege der Interpretationsverfassungsbeschwerde in vollem Umfang verfassungsgerichtlicher Kontrolle zu unterwerfen“⁴⁴⁴; ihre Inhaltskontrolle mithilfe der „Umdenken-Methode“ wurde insbesondere damit begründet, dass kein Anlass bestehe, das vom Richter gefundene Ergebnis weniger kritisch zu betrachten als etwa eine gesetzliche Regelung⁴⁴⁵.

Allerdings hielt *Schuppert* schließlich die Abwägungskontrolle für problematisch: sie könnte zu einem „Übergriff in die fachgerichtliche Domäne“⁴⁴⁶ führen. Hiergegen könnte die „Umdenken-Methode“ allein keinen hinlänglichen Schutz bieten; die Schwierigkeit besteht darin, dass jedes Abwägungsergebnis, genauso wie richterlich gebildete Obersätze,

⁴³⁷ *Steinwedel*, a.a.O., S. 108 ff.

⁴³⁸ Vgl. *Steinwedel*, a.a.O., S. 194 ff.

⁴³⁹ Vgl. *Schuppert*, AöR 103 (1978), 43 ff.

⁴⁴⁰ Vgl. *Schuppert*, a.a.O., 50 ff.

⁴⁴¹ *Schuppert*, a.a.O., 43.

⁴⁴² *Schuppert*, a.a.O., 55.

⁴⁴³ *Schuppert*, a.a.O., 58.

⁴⁴⁴ *Schuppert*, a.a.O., 43 f.

⁴⁴⁵ *Schuppert*, a.a.O., 59.

⁴⁴⁶ *Schuppert*, a.a.O., 69.

ebenfalls als Normeninhalt umgedacht werden kann⁴⁴⁷. Deshalb schien ihm noch eine andere Art der Beschränkung der Prüfungstätigkeiten erforderlich, um nicht jede fallnahe Abwägung bis ins letzte Detail der verfassungsgerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen. Deshalb schlug *Schuppert* vor, hierbei je nach Abstraktionsniveau von einer strikten „Ergebniskontrolle“ – d.h. „Inhaltskontrolle“⁴⁴⁸ – abzusehen und stattdessen eine „Verhaltenskontrolle“ vorzunehmen⁴⁴⁹. Damit war gemeint, dass fallspezifische Güterabwägungen regelmäßig auf die Einhaltung von „Mindeststandards richterlichen Entscheidungsverhaltens“⁴⁵⁰, wie etwa die Mephisto-Formel, überprüft werden sollten. Und dies sei gemäß einer Je-desto-Formel geboten: „Je fallbezogener der Richter argumentiert, desto mehr muß sich der Schwerpunkt der Nachprüfung auf eine Verhaltenskontrolle verlagern“⁴⁵¹.

Die These *Schupperts* ergab sich also ausschließlich aus Erwägungen funktionell-rechtlicher Art, namentlich einerseits „im Interesse der Eigenständigkeit der Fachgerichte“⁴⁵² und andererseits zum Zweck der „Rationalisierung der verfassungsgerichtlichen Nachprüfungstätigkeiten“, d.h., um das BVerfG zu „zwingen“, „aus einem konkreten Grundrecht an den Richter adressierte, operable Anforderungen zu destillieren“⁴⁵³. Indessen ist *Schuppert* auf weitere Fragen, wie gut etwa die Willkürkontrolle, sei es eine allgemeine oder eine (u.a. in Bezug auf Verfahrensgrundrechte) spezielle Willkürprüfung, zu seiner Vorstellung über die funktionale Zuordnung von BVerfG und anderen Gerichten passt, nicht mehr eingegangen.

- Dies bemängelte *Wolfram Waldner*. Er sah „wesentliche Teile des heute erreichten Rechtsschutzstandards“⁴⁵⁴ eben auch durch die Willkürkontrolle verwirklicht. Er warf sowohl der *Schumann*'schen Formel als auch der *Schuppert*'schen Aufforderung zur Zurückhaltung bei der sachverhaltsbezogenen Überprüfung – ganz zu schweigen von den übrigen Lösungsansätzen, „die den Prüfungsumfang nach zusätzlichen Kriterien einschränken wollen“ – vor, „als Beschreibung der tatsächlichen Rechtsprechung des BVerfG zu eng zu sein und gleichzeitig dem Ziel effektiven Grundrechtsschutzes nicht gerecht zu werden“⁴⁵⁵. Zwar zog er es vor, die herkömmliche Differenzierung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Grundrechtsverletzung beizubehalten, jedoch lief seine Auseinandersetzung mit dem Kognitionsbereich des BVerfG eher darauf hinaus, die mittlerweile positiv praktizierte Willkür-Rechtsprechung des Gerichts zu akzeptieren. Zum Ausdruck kam dies u.a. in seiner Folgerung, dass der Ansatz, der die verfassungsgerichtliche Eingriffsmöglichkeit nach unmittelbarer und mittelbarer Grundrechtsverletzung differenziert, „seinerseits seine Grenze an Entscheidungen, die (nur) wegen evidenter materiellrechtlicher Fehler angegriffen

⁴⁴⁷ Vgl. *Schuppert*, a.a.O., 61: „in fast allen Abwägungsfällen läßt sich das Abwägungsergebnis als Normsatz formulieren“.

⁴⁴⁸ *Schuppert*, a.a.O., 67 u. 69.

⁴⁴⁹ *Schuppert*, a.a.O., 63.

⁴⁵⁰ *Schuppert*, a.a.O., 69.

⁴⁵¹ *Schuppert*, a.a.O., 69.

⁴⁵² *Schuppert*, a.a.O., 51 u. 65.

⁴⁵³ *Schuppert*, a.a.O., 52.

⁴⁵⁴ *Waldner*, ZZP 98 (1985), 200 (208).

⁴⁵⁵ *Waldner*, a.a.O., 210.

werden, die nur unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des (objektiv verstandenen) Willkürverbots Relevanz gewinnen können“, finde⁴⁵⁶.

- Der zwischen mittelbarer und unmittelbarer Grundrechtsverletzung differenzierende Ansatz wurde nicht von allen Autoren als im Grundsatz für eine sachgerechte Darstellung der Befugnis des BVerfG zur Prüfung gerichtlicher Entscheidungen ausreichend angesehen. Äußerst kritisch blieb etwa *Michael Bender*. In seiner Dissertation von 1989 vertrat er die Meinung, dass der verfassungsrechtliche Maßstab für die Rechtsprechungskontrolle nicht völlig mit dem für die Gesetzgebungskontrolle identisch sei; auch im einfachen Recht könne „grundrechtlicher“ Inhalt vorliegen, dessen Einhaltung durch die Fachgerichte ebenfalls einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung unterliegen sollte⁴⁵⁷. Bei der Bestimmung der Prüfungsbefugnis des BVerfG im Rahmen der Verfassungsbeschwerde gegen gerichtliche Anwendungen eines verfassungsmäßigen Gesetzes hielt er mithin die Trennung bzw. Entgegensetzung von Verfassungsrecht und einfachem Recht für „unergiebig“⁴⁵⁸.

Nach der These *Benders* kommt es also nicht darauf an, ob die von einer Gerichtsentscheidung direkt angetastete „grundrechtliche“ Regelung überhaupt im Grundgesetz oder im einfachen Recht zu finden ist. Damit erscheint die Differenzierung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Grundrechtsverletzung als belanglos. Und seine Neubesinnung auf die „Grundrechtlichkeit“⁴⁵⁹ des Gesetzesinhalts, wie sie schon von der älteren Lehre unter der Reichsverfassung von 1919 angenommen worden war, stellte die *Schumann*’sche „Umdenken-Methode“ vor die schwierige Frage, warum sich das BVerfG nicht um die Wahrung der vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber (in der Form einfachen Rechts) statuierten Grundrechtsgehalte kümmern sollte, zumal wenn eine solche Wahrung auch sowohl in Anbetracht des subjektiven als auch des objektiven Zwecks der Verfassungsbeschwerde nicht ganz irrelevant erscheint. In dieser Hinsicht ist die „Umdenken-Methode“ noch begründungsbedürftig.

Unabhängig davon leidet *Benders* These aber ihrerseits unter ihrer mangelhaften Steuerungskraft. Folgt man seiner Auffassung, so kann man nicht umhin, dem BVerfG eine *Gesetzmäßigkeit*skontrolle aufzutragen⁴⁶⁰, soweit der Inhalt einer Gesetzesnorm einem speziellen grundrechtlichen Interesse „dienend“⁴⁶¹ ist. Das heißt, hierbei werden die Prüfung am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsprinzips und die *Willkürprüfung* weitgehend durch die einfache Gesetzmäßigkeitprüfung verdrängt werden; nach der Ansicht *Benders* konkurriert die Gesetzmäßigkeitprüfung nämlich sowohl mit der Prüfung am Maßstab des

⁴⁵⁶ *Waldner*, a.a.O., 215.

⁴⁵⁷ *Bender*, Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung gerichtlicher Entscheidungen, S. 207 ff.

⁴⁵⁸ *Bender*, a.a.O., S. 208.

⁴⁵⁹ *Bender*, a.a.O., S. 209.

⁴⁶⁰ Vgl. *Bender*, a.a.O., S. 368 ff.

⁴⁶¹ *Bender*, a.a.O., S. 336 ff.

Verhältnismäßigkeitsprinzips als auch mit der Willkürprüfung⁴⁶². Je weniger eine Grundrechtsvorschrift im GG für sich selbst Aussagekraft hat, je mehr dem Gesetzgeber die konkrete Ausgestaltung des Grundrechts übertragen ist (z.B. beim Eigentumsgrundrecht [Art. 14. Abs. 1 GG]), in desto stärkerem Maße würde somit vom BVerfG erwartet, im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde die Gesetzmäßigkeitskontrolle auszuüben, nicht aber seine Kontrolltätigkeit auf die Willkürprüfung zu reduzieren. Dies ist jedoch offenbar realitätsfern.

Auf der anderen Seite möchte *Bender* selbst anscheinend seine These der „Kontrolle der Anwendung des ‚dienenden‘ einfachen Rechts“, etwa beim Recht des rechtlichen Gehörs, nicht konsequent durchsetzen. Er meinte: „Nicht jede Fehlanwendung von Normen, die rechtliches Gehör sichern, verletzt Art. 103 Abs. 1 GG“⁴⁶³. Zur Feststellung der Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör verlangte er über den Verstoß gegen das einfache Prozessrecht hinaus ein *grundrechtliches Gewicht* des Verstoßes⁴⁶⁴. Ein solches Gewicht lässt sich freilich nach der Erläuterung *Benders* nur angesichts der Kernaussage des Art. 103 Abs. 1 GG feststellen. Das heißt, dass für die Anerkennung des Gewichts zu fragen ist, ob der Prozessbeteiligte, unbeschadet des Verstoßes gegen einzelne gehörrelevante Vorschriften des einfachen Rechts, im gesamten Verfahren die Gelegenheit gehabt hat, den maßgeblichen Sachverhalt kennenzulernen und zu ihm Stellung zu nehmen, damit das Gericht diese Stellung zur Kenntnis nehmen und für die Entscheidung erwägen kann. Zur Begründung der Notwendigkeit einer derartigen Rückkehr zur Grundrechtsvorschrift im GG musste *Bender* zugeben, dass die Bestimmung des „dienenden“ Rechts zunächst schwerfällt⁴⁶⁵. Dennoch erscheint die Aussage, dass die Verkürzung rechtlichen Gehörs, die durch die Fehlanwendung einer gehörrelevanten Gesetzesnorm herbeigeführt wird, insoweit keine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG darstellen könne, als der Wesensgehalt dieser Grundrechtsvorschrift noch nicht angetastet ist, überaus fragwürdig. Dem steht nicht nur die gewöhnliche Grundrechtsdogmatik entgegen, sondern auch seine Konzeption über das „dienende“ einfache Recht selbst.

- Mit Rücksicht auf den selbstverständlichen normativen Ausgangspunkt, dass alle Verfassungsbeschwerden jedenfalls auf die in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG aufgezählten Grundrechtsvorschriften im GG Bezug nehmen sollten, plädierte *Ralf Alleweldt* in seiner Habilitationsschrift aus dem Jahr 2006 wiederum für denjenigen Ansatz, der die *verfassungsrechtlichen Bindungen* von den *einfachrechtlichen* begrifflich strikt trennt⁴⁶⁶. Mittelbare Grundrechtsverletzungen wurden allerdings nicht gänzlich vom verfassungsgerichtlichen Prüfungsumfang ausgeschlossen. Stattdessen knüpfte seine Untersuchung an den folgenden Befund an: „in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts findet eine Struktu-

⁴⁶² Vgl. *Bender*, a.a.O., S. 3. Die Gesetzmäßigkeitsprüfung deutet, im Vergleich zu den anderen beiden Prüfungstypen, auf eine mittlere Kontrolldichte hin: „unter Aspekten der Kontrolldichte liegt der [...] Verhältnismäßigkeitsgrundsatz am einen Ende einer Skala der Intensität der Nachprüfung, der Willkürmaßstab am anderen Ende“ (ebenda, S. 3).

⁴⁶³ *Bender*, a.a.O., S. 375.

⁴⁶⁴ *Bender*, a.a.O., S. 379.

⁴⁶⁵ Vgl. *Bender*, a.a.O., S. 380.

⁴⁶⁶ *Alleweldt*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, S. 169 ff.

rierung statt durch die Unterscheidung zwischen (tendenziell intensiver) *direkter Grundrechtskontrolle* und (im allgemeinen wenig intensiver) *Rechtsverbindungskontrolle*⁴⁶⁷.

Die sog. „direkte Grundrechtskontrolle“ stimmt im Großen und Ganzen mit der Kontrolle bei einer unmittelbaren Grundrechtsverletzung überein. Hier nahm *Alleweldt* im Grunde eine vollständige Grundrechtsprüfung an⁴⁶⁸.

Im Bereich der sog. „Rechtsbindungskontrolle“ wurden hingegen neben der „Willkürkontrolle“ bei einer Gesetzesauslegung auch die „Rechtsfortbildungskontrolle“ und die sog. „Grundlagenkontrolle“ lokalisiert⁴⁶⁹. Diese drei Kontrolltypen haben gemeinsam, dass sie ganz oder teilweise mit einfachrechtlichen Fragen verknüpft sind. Was diese Fragen betrifft, sollte das BVerfG nach der Ansicht *Alleweldts* im Prinzip eine Vertretbarkeitskontrolle vornehmen. Hierbei handle es sich „*nicht* um einen Einbruch des Bundesverfassungsgerichts in einen eigentlich den Fachgerichten vorbehaltenen Bereich, sondern um eine direkte kompetenzielle Folgerung aus der in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG enthaltenen Vermutung der vollständigen Grundrechtsprüfung. Diese Vermutung muß zwar aus zwingenden systematischen Gründen eingeschränkt werden; die Einschränkung gilt aber nur für den Bereich der Zweifelsfragen des einfachen Rechts und zielt nicht auf einen Bestandsschutz sachlich unhaltbarer Entscheidungen“⁴⁷⁰.

Neben dieser im Ganzen berechtigten Argumentation zeigte die *Alleweldt*'sche Unterteilung der Rechtsbindungskontrolle ferner auf, dass diese Kontrolle je nach Typus bzw. betroffenem Fachbereich in unterschiedlicher Weise mit einer verfassungsrechtlichen Frage einhergehen kann: Zum Beispiel wäre eine Analogie bei einer strafrechtlichen Vorschrift insbesondere angesichts Art. 103 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich bedenklich, während im Privatrecht eine derartige Rechtsfortbildung durchaus als verfassungsgemäß anzusehen ist, soweit sie methodengerecht vorgenommen wurde⁴⁷¹. Zum anderen erscheint beispielsweise eine Überprüfung einfachrechtlicher Interpretationen bloß auf ihre evidente Unvertretbarkeit dann nicht ausreichend, wenn wegen einer in Frage stehenden Interpretation gegenüber dem als Grundlage der belastenden öffentlichen Maßnahme herangezogenen Gesetz als solchem in unerträglichem Maße Zweifel hinsichtlich seiner Bestimmtheit bestehen würden. Die hierbei durchzuführende Grundlagekontrolle müsste folgerichtig stärker mit den verfassungsrechtlichen Bindungen vermengt werden, und zwar in der Form einer verfassungskonformen Gesetzesauslegung hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Anforderung der Bestimmtheit⁴⁷².

(c) Kritik und Antikritik

⁴⁶⁷ *Alleweldt*, a.a.O., S. 58.

⁴⁶⁸ Vgl. *Alleweldt*, a.a.O., S. 251 ff.

⁴⁶⁹ Vgl. *Alleweldt*, a.a.O., S. 275 ff.

⁴⁷⁰ *Alleweldt*, a.a.O., S. 285.

⁴⁷¹ Vgl. *Alleweldt*, a.a.O., S. 288 ff.

⁴⁷² Vgl. *Alleweldt*, a.a.O., S. 304 ff.

Nicht jedes Urteil des BVerfG, das auf der Willkürformel beruht, ist frei von wissenschaftlicher Kritik. Es wäre sogar wünschenswert, wenn die Judikatur des Gerichts stets von verschiedenen rechtsdogmatischen Auseinandersetzungen begleitet würde. In Anbetracht dessen kann das Augenmerk in diesem Abschnitt nicht jeglicher Kritik an der Willkür-Rechtsprechung gelten. Einzugehen ist im Folgenden lediglich auf die Frage, ob die Willkürkontrolle gerichtlicher Einzelentscheidungen *im Allgemeinen* oder *total* abzulehnen ist, wie eine Reihe von Autoren meint⁴⁷³.

(i) Kritische Stellungnahmen

(1) Die Kritiker der Willkürkontrolle bezweifeln zunächst ihre „verfassungsdogmatische Einbettung in Art. 3 Abs. 1 GG“⁴⁷⁴. Schon gegen den „Zwangsversteigerung“-Beschluss vom 24. März 1976 wurde eingewandt, dass die Anwendung des Art. 3 Abs. 1 GG jedenfalls ein konkretes Vergleichspaar benötige⁴⁷⁵. Bei der Kontrolle richterlicher Willkür handle es sich in der Regel nicht einfach um die Erzielung der „formalen Gleichbehandlung“ zwischen irgendwelchen Vergleichsgruppen; die Willkürkontrolle ziele eher auf die „Herstellung allgemeiner Gerechtigkeit“ ab, indem das BVerfG beim Vorliegen „schwerwiegender“ bzw. „evidenter“ Fehler bei der Anwendung „einfachen“ Rechts durch die letztinstanzlichen Gerichte eingreift⁴⁷⁶. Dabei erscheine die Heranziehung des Gleichheitssatzes bloß als eine „gekünstelte“ „Zuordnung unter den grundrechtlichen Prüfungsmaßstab“⁴⁷⁷ bzw. als eine „reine Tautologie“, die aber „das eigentliche Problem der Subsumtion unter bestehende Gesetze [verdeckt]“⁴⁷⁸. Wer deshalb annimmt, dass die Konstellation richterlicher Willkür im Grunde wenig mit der Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG zu tun hat, der zieht unweigerlich die Folgerung, dass sich das BVerfG mittels der Willkürkontrolle „jenseits der Kognitionsgrenzen“ tatsächlich eine Art „Superrevision“ anmaßt⁴⁷⁹, oder bezeichnet die Willkürprüfung allenfalls als verfassungsgerichtliche „Notkompetenz“⁴⁸⁰, die sich mit dem gesetzlich vorgesehenen Kompetenzbereich des BVerfG nicht deckt.

⁴⁷³ Kromer, JuS 1984, 601 (605); Krauß, Der Umfang der Prüfung, S. 244; Miebach, Zur Willkür- und Abwägungskontrolle, S. 65; Koriath, in: FS 50 Jahre BVerfG, S. 55 (72).

⁴⁷⁴ Kenntner, DÖV 2005, 269 (277).

⁴⁷⁵ Geiger, Sondervotum, BVerfGE 42, 64 (81 ff.); Weitzel, JuS 1976, 722 (724); zustimmend auch Waldner, Aktuelle Probleme des rechtlichen Gehörs im Zivilprozess, S. 36; Höfling, JZ 1991, 955 (957 f.); Gusy, in: FS 50 Jahre BVerfG, S. 641 (665).

⁴⁷⁶ Seibert, in: FS für Hirsch, S. 491 (506 f.); Waldner, a.a.O., S. 36; Höfling, a.a.O., 957.

⁴⁷⁷ Kenntner, a.a.O., 277.

⁴⁷⁸ Kromer, a.a.O., 603.

⁴⁷⁹ Schumann, Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozeß, S. 81; Kromer, a.a.O., 605; Berkemann, DVBl. 1996, 1028 (1038); Koriath, a.a.O., S. 72; Kenntner, NJW 2005, 785 (788).

⁴⁸⁰ Krauß, a.a.O., S. 258; Berkemann, a.a.O., 1037; Koriath, a.a.O., S.73; Schlaich/Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 300.

(2) Die Kritik richtet sich außerdem dagegen, dass die Merkmale der Willkür ihrerseits „kaum eingrenzbar“ sind, wodurch das Verfassungsbeschwerdeverfahren wenig „berechenbar“ wird⁴⁸¹. Gegenüber der Auffassung des BVerfG, dass „selbst eine zweifelsfrei fehlerhafte Anwendung einfachen Rechts [...] noch keinen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz“ begründen könne⁴⁸², hegt man zum einen Bedenken, ob Art. 3 Abs. 1 GG in materieller Hinsicht nicht dahingehend auszulegen ist, dass jedes am Maßstab des einfachen Rechts falsche Urteil den Gleichheitssatz verletzt⁴⁸³. Denn hierbei müsste die Rechtfertigung einer etwaigen gerichtlichen Ungleichbehandlung an sich an der – gegebenenfalls sogar „zweifelsfreien“ – Falschheit der Gerichtsentscheidung scheitern⁴⁸⁴. Trotzdem billigt das BVerfG nicht jede Beanstandung derartiger fehlerhafter Rechtsanwendung. Eine solche Restriktion stützt sich in der Praxis auf die Willkürformel. Jedoch gelang es dem BVerfG bis heute nicht, den Willkürbegriff überzeugend zu präzisieren⁴⁸⁵. Im Hinblick darauf wird angemerkt, dass die Willkür-Rechtsprechung des BVerfG selbst als willkürlich erscheine⁴⁸⁶.

Zum anderen wird die Unbestimmtheit des Willkürbegriffs auch dann für unerfreulich gehalten, wenn man in der Willkürkontrolle – mangels eines konkreten Vergleichspaares – zwar keinen Wirkungsgehalt des Gleichheitssatzes sieht, sie aber als einen „funktionell notwendigen [...] Kontrollzugriff“⁴⁸⁷ akzeptieren möchte. Von diesem Standpunkt aus ist es vorzuzugswürdig, die Inanspruchnahme des Willkürverbots nur auf Ausnahmefälle zu beschränken. Ansonsten könnte die verfassungsgerichtliche Kontrolle „weit in den Funktionsbereich der Fachgerichtsbarkeit verlagert“ werden⁴⁸⁸. Allerdings besteht diese Gefahr unter anderem deswegen immer noch, weil in der Tat ein klar konturiertes Willkürkriterium fehlt⁴⁸⁹.

Der unscharfe Willkürbegriff führt zu der Problematik, dass die speziellen Maßstäbe einzelner Grundrechte bei der Kontrolle gerichtlicher Entscheidungen mit dem allgemeinen Maßstab des Willkürverbots „vermischt“⁴⁹⁰ oder gar von diesem „ver-

⁴⁸¹ Krauß, a.a.O., S. 262; *Kenntner*, DÖ V 2005, 269 (277).

⁴⁸² Vgl. BVerfGE 70, 93 (97); 74, 102 (127).

⁴⁸³ *Miebach*, a.a.O., S. 62; *Rennert*, NJW 1991, 12; *Kenntner*, DÖ V 2005, 269 (277).

⁴⁸⁴ *Kenntner*, ebenda, 277.

⁴⁸⁵ Vgl. *Miebach*, a.a.O., S. 63 ff.; *Kenntner*, ebenda, 277.

⁴⁸⁶ *Kromer*, a.a.O., 605; *Mauder*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, S. 58 f.; *Krauß*, a.a.O., S. 262; *Weiß*, Objektive Willkür, S. 228.

⁴⁸⁷ *Düwel*, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts, S. 185.

⁴⁸⁸ *Düwel*, a.a.O., S. 181.

⁴⁸⁹ *Düwel*, a.a.O., S. 180 ff.

⁴⁹⁰ *Stürmer*, JZ 1986, 526 (532); *Höfling*, a.a.O., 960.

drängt“ werden⁴⁹¹:

Zum Beispiel zieht das BVerfG bei der Prüfung eines Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 2 GG regelmäßig das Willkürkriterium als einen Teilgehalt dieses grundrechtsgleichen Rechts heran. Infolgedessen können Verfassungsbeschwerden, in denen eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter geltend gemacht wird, auch dann nicht ohne Weiteres Erfolg haben, wenn eine für die Zuständigkeit der Gerichte maßgebliche Verfahrensbestimmung irrtümlich ausgelegt und angewendet worden ist; für die Stattgabe wegen eines Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 2 GG sei darüber hinaus noch erforderlich, dass eine „willkürliche Kompetenzanmaßung“ festzustellen ist⁴⁹².

Demgegenüber wurde einer Reihe von Urteilsverfassungsbeschwerden allein wegen einer Verletzung des Willkürverbots stattgegeben, während das BVerfG andere einschlägige Grundrechtsfragen offengelassen hat⁴⁹³. Dies ist beispielsweise beim bekannten „Zwangsversteigerung“-Beschluss der Fall; das BVerfG stützte hier seine stattgebende Entscheidung lediglich auf die Verletzung des Willkürverbots statt auf den Verstoß etwa gegen Art. 6, Art. 14 oder Art. 103 Abs. 1 GG⁴⁹⁴.

Im Hinblick auf diese Vorgehensweise wird ein weitgehender Rückgriff auf die Willkürformel wiederum aus verschiedenen Blickwinkeln kritisiert:

Zunächst sei es methodisch bedenklich, ein spezielles Grundrecht durch ein ungeschriebenes Element eines allgemeinen Grundrechts zu ersetzen⁴⁹⁵. Durch den Rekurs auf die Willkürformel würden die spezifischen Schutzwirkungen anderer verfassungsrechtlicher Gewährleistungen „überdeckt und nivelliert“⁴⁹⁶. Damit führe die Willkür-Rechtsprechung „zur Verflachung des Grundrechtsschutzes“⁴⁹⁷. Bei einer derartigen „alle Tatbestände paralysierende Dachformel“⁴⁹⁸ bzw. bei einer, wie formuliert wurde, „Super- und Zauberformel“⁴⁹⁹ bestehe die Gefahr, dass selbst „die speziellen verfassungsrechtlichen Maßstäbe unklar werden“⁵⁰⁰ und dass „das Verfassungsrecht [...] noch ungriffiger [gemacht würde], als es ohnehin schon ist“⁵⁰¹.

Vom praktischen Gesichtspunkt her empfindet ein Teil der Kritiker die Vermischung der Einzelgrundrechte mit dem Willkürmaßstab deswegen als unbefriedigend, weil „Grund-

⁴⁹¹ Weitzel, a.a.O., 725; Mauder, a.a.O., S. 50; Höfling, a.a.O., 959; Koriath, a.a.O., S. 72.

⁴⁹² BVerfGE 3, 359 (364 f.); 58, 1 (45); 82, 286 (299).

⁴⁹³ Vgl. BVerfGE 42, 64 (78 f.) – „Zwangsversteigerung“-Beschluss; 71, 122 (136).

⁴⁹⁴ Hierzu kritisch Geiger, Sondervotum, BVerfGE 42, 64 (81 ff.); Weitzel, a.a.O., 725; Wank, JuS 1980, 546 (551); Krauß, Der Umfang der Prüfung, S. 244; Höfling, a.a.O., 959.

⁴⁹⁵ Weiß, Objektive Willkür, S. 229.

⁴⁹⁶ Höfling, a.a.O., 960.

⁴⁹⁷ Kirchberg, NJW 1987, 1988 (1994).

⁴⁹⁸ Höfling, a.a.O., 959.

⁴⁹⁹ Höfling, a.a.O., 960.

⁵⁰⁰ Düwel, a.a.O., S. 178 f.

⁵⁰¹ Stürmer, a.a.O., 532.

rechtsschutz eben nicht erst an der Evidenz-Schwelle beginnen darf⁵⁰². In Anbetracht dessen, dass „immerhin fast 98 % der Verfassungsbeschwerden überwiegend ‚mangels Willkür‘ [schon den Kammern des BVerfG] zum Opfer fallen“⁵⁰³, wird hier befürchtet, dass sich ein solcher Einsatz des Willkürmaßstabs auf einen effektiven Rechtsschutz sehr ungünstig auswirken könnte.

Demgegenüber thematisiert ein anderer Teil der Kritiker dieselbe Erscheinung in einer gegenteiligen Perspektive. Dabei wird ein Rückgriff auf das Willkürverbot einmal insoweit als „überflüssig“ betrachtet, als die Grundrechtsverletzung anhand anderer spezieller verfassungsrechtlicher Maßstäbe festzustellen ist⁵⁰⁴. Allerdings scheine sich „hinter der unnötigen Berufung auf Art. 3 I GG bei Verstößen gegen Verfassungsrecht nicht nur eine etwas subsumtionsunwillige Routine zu verbergen. Wenn nämlich die Mißachtung einzelner ‚Ausstrahlungswirkungen‘ den Verfassungsverstoß nicht in voller Schärfe zu begründen vermag und sich mehrere leichtere Fehleinschätzungen von Verfassungswerten zu einem Mosaik zusammenfügen, so gestattet Art. 3 I GG eine Ganzheitsbetrachtung mit negativer Gesamtbewertung“⁵⁰⁵. Problematisiert wird damit, dass eine derartige „additive Ganzheitsbetrachtung“⁵⁰⁶ bzw. ein derartiger „juristischer Impressionismus“⁵⁰⁷ sich „in einer an Verfassungswerten orientierten Billigkeitskontrolle ohne jede Konturierung“ verlieren könnte, was dann letztlich dazu führen könnte, „eine ziemlich strenge Inhaltskontrolle einzuleiten“⁵⁰⁸.

An der „beliebigen Austauschbarkeit“ von Willkürverbot und spezielleren Grundrechten wird im Übrigen bemängelt, dass sie keineswegs zur Rechtssicherheit beitrage⁵⁰⁹ und dass sie zu einer Belastung des BVerfG führen könne⁵¹⁰; eine derart allgemeine Formel der Willkür könne „potentielle Beschwerdeführer oder ihre Anwälte nicht hinreichend über die (fehlenden) Erfolgsaussichten ihres Antrags informieren“, so dass „sie diese auch kaum von der Antragstellung abhalten“ würde⁵¹¹.

(3) Schließlich bezweifelt man, ob die Willkürkontrolle überhaupt der besonderen Aufgabe und Stellung des BVerfG im Rechtsschutzsystem entspricht: Von der Willkür-Rechtsprechung sei keine Klärung derjenigen Verfassungsrechtsfragen, die von grundsätzlicher oder allgemeiner Bedeutung sind, zu erwarten⁵¹², sondern lediglich

⁵⁰² Kirchberg, a.a.O., 1994.

⁵⁰³ Kirchberg, ebenda, 1994.

⁵⁰⁴ Höfling, a.a.O., 961.

⁵⁰⁵ Stürmer, a.a.O., 532.

⁵⁰⁶ Stürmer, ebenda, 532.

⁵⁰⁷ Stürmer, NJW 1979, 2334 (2337).

⁵⁰⁸ Stürmer, JZ 1986, 526 (532); gegen die Inhaltskontrolle – hinsichtlich der Gesetzmäßigkeit – aufgrund Art. 3 Abs. 1 GG plädiert auch Höfling, a.a.O., 962; Rennert, NJW 1991, 12 (14).

⁵⁰⁹ Schumann, a.a.O., S. 25.

⁵¹⁰ Mauder, a.a.O., S. 56; Kauf, a.a.O., S. 261; Gusy, a.a.O., S. 665 f.; Weiß, Objektive Willkür, S. 228.

⁵¹¹ Gusy, ebenda, S. 665 f.; Weiß, ebenda, S. 228.

⁵¹² Krauß, a.a.O., S. 258; Kenntner, DÖV 2005, 269 (278).

eine „allgemeinen Gerechtigkeitsjudikatur“⁵¹³, die sich aber hauptsächlich im Bereich des einfachen Rechts bewegt. Kontrolliert werde damit letztlich die „fachgerichtliche Professionalität“⁵¹⁴, namentlich aus Anlass richterlicher „Pannen“⁵¹⁵. Angesichts des Bedürfnisses nach Herstellung von „Einzelfallgerechtigkeit“ sei eine derartige „höchstrichterliche Billigkeitsjustiz“ zwar verständlich⁵¹⁶. Allerdings müsse sich das BVerfG hierfür häufig mit „ausgesprochenen Bagatellen“ befassen⁵¹⁷, was wiederum zu einer Verschärfung des Problems seiner Überbelastung beiträgt.

(ii) Plädoyer für die Willkürprüfung

Im Rahmen der wissenschaftlichen Diskussion über den Prüfungsumfang scheinen kritische Stimmen zur Willkür-Rechtsprechung, wie sie oben erläutert wurden, vorzuherrschen. Manche Kritiker bestehen sogar vehement darauf, dass das BVerfG die Willkürpraxis aufgeben sollte⁵¹⁸. Bemerkenswert ist freilich, dass die Willkür-Rechtsprechung des BVerfG dennoch im Ergebnis von vielen Autoren akzeptiert wird. Unter dem Gesichtspunkt der Förderung einer produktiven Auseinandersetzung erscheint es aber bedauerlich, dass die Befürwortung des Willkürmaßstabs und die Begründungen hierfür nicht mit Nachdruck vertreten werden. Immerhin finden sich im Schrifttum vereinzelte Argumente für die Willkürprüfung. Im Folgenden wird zunächst ihnen nachgegangen.

(α) Argumente für die Willkürkontrolle

Die Antikritik wehrt sich zunächst gegen einige verfehlte Ansätze: So wird beispielsweise gegen die Befürchtung einer möglichen Arbeitsüberlastung eingewandt, dass ein derartiger Aspekt an sich „kein Kriterium für die Wahrnehmung oder Beschränkung verfassungsrechtlich zugewiesener Aufgaben“ sei⁵¹⁹. Daneben wird es als keine wesentliche Kritik angesehen, dass Beschwerdeführer dadurch zur Willkürklage motiviert werden können, dass das BVerfG gelegentlich statt in Betracht kommender Spezialgrundrechte lieber das Willkürverbot als Entscheidungsmaßstab heranzieht; nach der Rechtsprechung des BVerfG ist es gleichgültig, ob der Beschwerdeführer einen Verstoß gegen das Willkürverbot ausdrücklich gerügt hat oder

⁵¹³ Koriath, a.a.O., S. 72.

⁵¹⁴ Berkemann, DVBl. 1996, 1028 (1038); Kenntner, ebenda, S. 278.

⁵¹⁵ Schumann, NJW 1985, 1134 (1139).

⁵¹⁶ Kenntner, NJW 2005, 785 (787); Koriath, a.a.O., S. 72.

⁵¹⁷ Krauß, a.a.O., S. 260.

⁵¹⁸ Kromer, a.a.O., 605; Krauß, a.a.O., S. 244; Miebach, a.a.O., S. 65; Koriath, a.a.O., S. 72.

⁵¹⁹ Düwel, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts, S. 185.

nicht, weil sich die Prüfung von Amts wegen hierauf erstreckt⁵²⁰.

Im Hinblick auf die Kompetenzverteilung zwischen dem BVerfG und den Fachgerichten wird argumentiert, dass die Prüfung auf richterliche Willkür keinen Einbruch in den Kompetenzbereich der Fachgerichte darstelle⁵²¹. Der funktional eigenständige Entscheidungsraum der Fachgerichte reiche „nur so weit, wie er ihnen durch die Kompetenzverteilung des Grundgesetzes eingeräumt ist“, und die Bindung der Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“ (Art. 20 Abs. 3 GG)⁵²² sei eine Schranke in diesem Sinne. Sollte das BVerfG gegenüber Fragen des einfachen Rechts, also dem Fachbereich anderer Gerichte, eine eingeschränkte Prüfungskompetenz ausüben, so setze diese Anforderung jedenfalls voraus, dass die angefochtene Gerichtsentscheidung ihrerseits „eine sachliche, den anerkannten Regeln der juristischen Methodenlehre entsprechende Argumentation erkennen läßt“⁵²³.

Eine positive Rechtfertigung der Willkürkontrolle beruht unter anderem auf der „individualschützenden Funktion“ der Verfassungsbeschwerde⁵²⁴. In den Fällen, in denen eine „fachgerichtliche Entscheidungsbegründung in sich widersprüchlich ist oder das Fachgericht ohne Begründung zu einer ansonsten nicht vertretenen Rechtsauffassung gelangt“, wäre des Weiteren „ein besonderer Vertrauensverlust des einzelnen Bürgers in die Funktionsfähigkeit des Rechtsstaates zu befürchten“, falls das BVerfG nicht im Wege der Urteilsverfassungsbeschwerde für ein notwendiges Korrektiv sorgt⁵²⁵. Wenn auch die Zahl der verfassungsgerichtlichen Beanstandungen unter dem Gesichtspunkt des Willkürverbots tatsächlich nicht groß sein mag, sei die Willkürkontrolle durchaus von praktischer Bedeutung, weil sie zumindest eine allgemeine „präventive Wirkung“ habe⁵²⁶.

Unabhängig davon sei es „rechtspolitisch bedenklich“, von der Willkürkontrolle abzurücken; die Problematik der Nachprüfung der Anwendung des einfachen Rechts einschließlich der tatsächlichen Feststellungen könnte sich – wenigstens in Teilbereichen – vielmehr noch verstärken, wenn die durch das Willkürverbot vermittelte Kontrolle wegfiel⁵²⁷. Angesichts der grundrechtsdogmatischen Folge des Elfes-Urteils, wonach eine fehlerhafte Rechtsanwendung ohnehin auf die Verletzung des Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG hindeutet, stelle der Willkürmaßstab eher eine „funktionelle Restriktion“ der verfassungsgerichtlichen Kont-

⁵²⁰ Vgl. BVerfGE 54, 117 (124); 58, 163 (167); 59, 98 (101).

⁵²¹ *Alleweddt*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, S. 285.

⁵²² *Seidl*, in: Verhandlungen des 61. DJT, Bd. II/1, S. O9 (O20).

⁵²³ *Wank*, JuS 1980, 545 (551); ähnlich *Rennert*, NJW 1991, 12 (16).

⁵²⁴ *Düwel*, a.a.O., S. 185.

⁵²⁵ *Düwel*, a.a.O., S. 185.

⁵²⁶ *Seidl*, a.a.O., S. O20 f.; zustimmend *Düwel*, a.a.O., S. 185.

⁵²⁷ *Seidl*, a.a.O., S. O20 f.

rolltätigkeiten dar, „um die verfassungsrechtliche Aufgabenteilung zwischen Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit zu wahren“⁵²⁸. Freilich dürfe das Willkürverbot nicht als „Verringerung des materialen Rechtsgehaltes der Grundrechte oder des Gleichheitssatzes“ verstanden werden; selbstverständlich dürfe kein Staatsorgan Ungerechtigkeit bis zur Grenze der Willkür verüben. „Die Verharmlosung des Art. 3 GG zum Willkürverbot“ sei „eine Begrenzung nur der Macht des BVerfG“⁵²⁹.

Zwar falle es keineswegs leicht, eine genaue Grenze zwischen der bloßen Fehlerhaftigkeit und der Willkürlichkeit zu ziehen. Ferner bestehe auch „eine gewisse Gefahr, namentlich Verfassungsbeschwerden sogleich unter Berufung auf (angebliche) Willkürlichkeit der angegriffenen Entscheidung zu entscheiden, anstatt eine dogmatisch präzise Grundrechtsprüfung vorzunehmen“. Gleichwohl sei die Willkürprüfung „unverzichtbar“; wenn „nur eine Grundrechtsverletzung *per modum* infrage steht“, könne die Antwort nicht aus Einzelgrundrechten abgeleitet werden; hier sei vielmehr eine Betrachtung der einfachgesetzlichen Rechtslage unabdingbar. Erforderlich sei allerdings, eine solche Prüfung „nicht zu einer allgemeinen Richtigkeitsprüfung anhand des einfachen Rechts ausufern zu lassen, sondern sich strikt auf die Vertretbarkeitskontrolle zu beschränken“⁵³⁰.

(β) Rechtsdogmatische (Re-)Konstruktion der Willkürformel

Die vorstehenden Argumente klingen an sich einleuchtend, erscheinen jedoch insgesamt unzulänglich, um jegliche Zweifel an der Willkür-Rechtsprechung zu beseitigen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass derartige – im Wesentlichen funktionelle – Argumentationen jedenfalls auf die Fragen nach der rechtsdogmatischen Grundlage für die Willkürprüfung keine hinlängliche Antwort geben. Im Hinblick auf die zuvor erläuterten kritischen Stellungnahmen bleiben drei Streitpunkte noch erklärungsbedürftig: Erstens geht es um die Frage, ob jede unrichtige Rechtsanwendung zugleich als Verletzung des Gleichheitssatzes anzusehen ist. Zweitens stellt sich die Frage, wo die Willkürschwelle liegt und aus welchen rechtlichen Gründen die verfassungsgerichtliche Kontrolltätigkeit bis an eine derartige Schwelle reduziert werden darf. Drittens sollte man sich fragen, ob und unter welchen Bedingungen die Willkürformel auch auf andere Einzelgrundrechte zu übertragen ist.

Beim Begriff des Willkürmaßstabs ergibt sich die Schwierigkeit nicht zuletzt daraus, all diese Fragestellungen nicht getrennt, sondern in einem Schritt zu behandeln. Wie angesprochen, sieht man in der Willkürformel nicht nur materiell-rechtliche

⁵²⁸ *Düwel*, a.a.O., S. 176 f. u. 295 f.; *Mauder*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, S. 54.

⁵²⁹ *Robbers*, DÖV 1988, 749 (755).

⁵³⁰ *Roth*, AöR 121 (1996), 544 (575).

Momente, sondern auch funktionell-rechtliche oder verfassungsprozessrechtliche: so wird einerseits in materieller Hinsicht schlicht angenommen, dass dem Resultat der Verletzung des Gleichheitssatzes kaum zu entkommen sei, auch wenn es bloß um falsche Rechtsanwendungen geht⁵³¹. Indessen wird andererseits darauf hingewiesen, dass der Willkürmaßstab eher als Restriktion der verfassungsgerichtlichen Kontrolltätigkeiten unter einem funktionell-rechtlichen Gesichtspunkt diene⁵³². In der Tat spielen diese Perspektiven zusammen, indem die eine die dogmatische Eigenständigkeit der anderen nicht negiert. Missglückt erscheint jedoch eine eindimensionale Konstruktion des Willkürbegriffs, unter welcher ein einheitliches Willkürkriterium zugleich sowohl die materiell-rechtliche Widerlegung gegenüber der allgemeinen Annahme der Verletzung des Gleichheitssatzes bei jeglicher fehlerhaften Rechtsanwendung als auch die funktionell-rechtliche Restriktion der Kontrolltätigkeit des BVerfG erwirken muss; hierbei besteht die Gefahr, die materiell-rechtlichen und die funktionell-rechtlichen Maßstäbe zu verquicken und damit eine unnötige Verwirrung zu fördern. Hier schaffen auch die Versuche, die Willkürlichkeit etwa als eine qualifizierte methodische Fehlerhaftigkeit⁵³³ oder als eine besonders schwere Unge rechtigkeit zu präzisieren, kaum Abhilfe; nach der Rechtsprechung führt zum einen selbst eine zweifelsfrei fehlerhafte Rechtsanwendung nicht ohne Weiteres zur Stattgabe der Verfassungsbeschwerde⁵³⁴. Zum anderen ist auch bei einer Bagatellsache nicht ausgeschlossen, dass die Rüge der Willkür im Verfassungsbeschwerdeverfahren Erfolg hat⁵³⁵.

Um die praktischen Elemente des Willkürmaßstabs alle zu berücksichtigen, erscheint es sinnvoll, die Willkürformel zweistufig zu konstruieren: Bei der Willkürprüfung wird zunächst festgestellt, ob ein objektiver Rechtsanwendungsfehler vorliegt, und dann beurteilt, ob der Fehler eine Eigenschaft hat, wegen derer die angefochtene Gerichtsentscheidung letztlich aufzuheben ist⁵³⁶. Entsprechend dieser Konstruktion sollte die rechtsdogmatische Grundlegung der Willkürformel ebenfalls zweistufig erfolgen.

(α) Fehlerhafte Rechtsanwendung und Verletzung des Gleichheitssatzes

⁵³¹ *Miebach*, Zur Willkür- und Abwägungskontrolle, S. 62; *Rennert*, NJW 1991, 12; *Kemtnner*, DÖV 2005, 269 (277).

⁵³² *Düwel*, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts, S. 176 f. u. 295 f.; *Mauder*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, S. 54.

⁵³³ Die fehlerhafte *Methode* (bzw. Vorgehensweise) an sich, nicht aber das unrichtige *Ergebnis* der Auslegung, als Anknüpfungspunkt der Willkürlichkeit betrachtet etwa *Schneider*, DVBl. 1969, 325 (332); weiterhin vgl. auch *Kirchhof*, in: FS für Geiger, S. 82; *Rennert*, NJW 1991, 12 (16).

⁵³⁴ Vgl. BVerfGE 67, 90 (im Leitsatz); 74, 102 (127).

⁵³⁵ Das hierfür üblicherweise erwähnte Beispiel ist BVerfGE 70, 93 - Grenzhecke.

⁵³⁶ Vgl. *Berkemann*, DVBl. 1996, 1028 (1038); *Düwel*, a.a.O., S. 164.

Zunächst geht es um die Frage, ob ein angeblicher Rechtsanwendungsfehler einen Ansatzpunkt für die Ausübung der verfassungsgerichtlichen Prüfungskompetenz bietet, oder anders formuliert, ob durch einen solchen Rechtsanwendungsfehler eine Grundrechtsverletzung indiziert sein kann. Dies ist von Bedeutung, weil sonst die Feststellung des Fehlers für die Begründung der verfassungsgerichtlichen Kontrollbefugnis irrelevant wäre und die Tatbestände des Grundrechtseingriffs stattdessen allein auf eine besondere Eigenschaft des Fehlers Bezug nehmen müssten. Problematisch ist allerdings, dass es in den Grundrechtsvorschriften im GG keine Bestimmung darüber gibt, welche Rechtsanwendungsfehler für sich grundrechtlich noch geduldet werden können. Selbst Art. 3 Abs. 1 GG besagt nur, „alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“. Also schreibt diese Vorschrift die Einhaltung des Gesetzes vor, erlaubt aber keine fehlerhaften Rechtsanwendungen. Folglich könnte eine positiv-verfassungsrechtlich fundierte, tatbestandmäßige Kontrolle schwer erwartet werden, wenn nicht angenommen würde, dass die Merkmale des Grundrechtseingriffs – wie etwa eine Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG – schon durch die allgemeine Fehlerhaftigkeit einer Rechtsanwendung erfüllt werden können, nicht erst durch eine besondere Art des Fehlers.

Zwar wird in Zweifel gezogen, ob eine einzelne fehlerhafte Rechtsanwendung an sich überhaupt eine Ungleichbehandlung darstellen kann, zumal hier normalerweise kein konkretes Vergleichspaar in die Überlegung einbezogen wird. Allerdings ist zu beachten, dass bei jeder fehlerhaften Rechtsanwendung immerhin eine *virtuelle* Ungleichbehandlung durchaus vorstellbar ist. Sollte man eine solche Virtualität aber aus den Tatbeständen des Gleichheitssatzes ausklammern, so würde das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit zwangsläufig zum größten Teil entkräftet; auch bei einer Einzelentscheidung, welche offenbar in Ansehen der Person ergangen ist, könnte es sein, dass noch keine aktuelle, d.h. wirklich ungleich behandelte, Vergleichsgruppe in Betracht kommt. Selbst wenn bei einem versehentlichen Rechtsanwendungsfehler die Zuordnung unter den Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG ziemlich gekünstelt erscheint, wirkt sie sich doch auf die Zuständigkeit des BVerfG nicht aus; bei jeglicher Anwendung des Gleichheitssatzes ist die Gegenüberstellung eines Vergleichspaares von Natur aus mehr oder weniger gekünstelt. „Kein Mensch, kein Sachverhalt ist mit dem anderen identisch. Ob eine Ähnlichkeit in bezug auf ein Merkmal oder einen Sachverhaltsteil als rechtserheblich hervorgehoben oder eine Verschiedenheit als das rechtlich Bedeutsame betont wird, hängt von seiner Beurteilung ab“⁵³⁷.

Ausschlaggebend ist hingegen die Frage, ob und wie eine Ungleichbehandlung, wenn sie auch virtuell ist, objektiv festzustellen ist. Die Ansätze hierfür finden sich

⁵³⁷ Kirchhof, in: FS für Geiger, S. 98.

zunächst einmal in der Allgemeingültigkeit eines betreffenden Rechts- bzw. Erfahrungssatzes selbst. Daneben sichert die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG), dass „generell auf die gleichgelagerten Tatbestände die gleiche Rechtsnorm zur Anwendung gelangt und auch in dieser Weise dem Postulat der Einheit der Rechtsordnung Genüge getan wird“⁵³⁸. Darum kann man aus einer einzelnen Überschreitung der äußersten Grenze des Rechts schon objektiv einen Verstoß gegen die Rechtsanwendungsgleichheit folgern⁵³⁹.

Die Schwierigkeit besteht aber wohl darin, dass „Gesetz und Recht“ im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG tatsächlich nicht immer lückenlos sind und dass sie ihrerseits der vollziehenden sowie der rechtsprechenden Gewalt einen großen Auslegungs- bzw. Ermessensspielraum lassen. In diesen Fällen darf sich die Rechtsanwendungsgleichheit nicht einfach in der Einhaltung der von außen vorgegebenen Rechtsnormen erschöpfen. Das heißt, die Feststellung einer Ungleichbehandlung kann hierbei auch auf von der Zweiten und der Dritten Gewalt selbst zu verwirklichende, prinzipienhafte Rechtsfindungsweisen Bezug nehmen. Diesbezüglich ist unter anderem von Rechtsmethode, Sachlichkeit und Präjudizen die Rede. Diese sind allerdings nur so etwas wie „Schlüsselbegriffe zur gedanklichen Erschließung eines Rechtsproblems“⁵⁴⁰ und lassen regelmäßig noch keine *absolute* Richtigkeit erwarten⁵⁴¹. Somit ist nicht auszuschließen, dass je nach Erkenntnissubjekt die Rechtsrichtigkeit unterschiedlich aufgefasst werden und damit die Feststellung eines Gleichheitsverstoßes insofern wenig objektiviert erscheinen kann.

Unter diesem Umstand ist Art. 95 Abs. 1, Abs. 3 GG von großer Bedeutung, weil diese Vorschrift bestimmt, welches Gericht für die Einheitlichkeit der Rechtsprechung verantwortlich ist; ohne eine solche Verleihung der Autorität wäre es unmöglich, ungeachtet der Relativität der Rechtsrichtigkeit die Rechtsanwendungsgleichheit institutionell zu garantieren⁵⁴². Mithin ist es im Prinzip den fünf Bundesgerichtshöfen und deren Gemeinsamem Senat überlassen, innerhalb der Fachge-

⁵³⁸ Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, S. 31.

⁵³⁹ Von einer *scheinbaren* Übereinstimmung zwischen dem Prinzip der Gleichheit der Rechtsanwendung und dem Postulat der Gewährleistung der „Rechtsrichtigkeit“ der Rechtsanwendung spricht Leibholz, a.a.O., S. 31; vgl. auch Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 358, der sogar meint, dass das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit *im Kern* einfach nur das fordere, „was ohnehin gilt, wenn Rechtsnormen gelten“.

⁵⁴⁰ Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 12 f.

⁵⁴¹ Nach der herrschenden Meinung ist unter den vielfältigen Auslegungskriterien noch keine „gesicherte Rangordnung“ vorhanden. Vgl. Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 100 ff.; Zippelius, a.a.O., S. 63 f.; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 166 f.; Esser, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 121 ff.; einschränkend aber F. Müller/Christensen, Juristische Methodik I, Rn. 429 ff.; Kramer, Juristische Methodenlehre, S. 151 ff.

⁵⁴² In diesem Sinne befindet sich eine „organisationsrechtliche Garantie der Gleichheit vor dem Gesetz“ gewiss in Art. 95 Abs. 1, Abs. 3 GG (vgl. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 283; Heun, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 62).

richtbarkeit für die Rechtsanwendungsgleichheit zu sorgen und erforderlichenfalls eine Abweichung von Präjudizen letztinstanzlich zu legitimieren. In ihrem eigenen Aufgabenbereich sollte die Kontrolltätigkeiten des BVerfG eingeschränkt werden; das Gericht kann und darf nicht wie ein Revisionsgericht tätig sein. In dieser Hinsicht sollte sein Eingreifen gegenüber Entscheidungen der Fachgerichte zunächst auf objektiv unvertretbare Rechtsanwendungsfehler beschränkt werden. Nach der Rechtsprechung des BVerfG sind derartige Rechtsanwendungsfehler anzuerkennen, wenn zum Beispiel

- die Begründung des Fachgerichts so widersprüchlich ist, dass das Urteil schlechterdings unverständlich ist⁵⁴³,
- die fachgerichtliche Entscheidung nicht nur im Gesetzeswortlaut keine Stütze finden kann, sondern auch zu einer nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung unangemessenen Lösung führt⁵⁴⁴,
- die Gerichtsentscheidung auf einer offensichtlich unzutreffenden Sachverhaltsfeststellung beruht⁵⁴⁵,
- ein entscheidungserheblicher Verfahrensvorgang aus Versehen missachtet worden ist⁵⁴⁶.

Bei alledem muss man sich jedenfalls nicht die Mühe machen zu versuchen, die rechtsdogmatische Annahme, dass jede fehlerhafte Rechtsanwendung einen Eingriff in die Gleichheit vor dem Gesetz darstellen kann, an sich zu widerlegen. Erforderlich ist nur zu erläutern, dass der Grundrechtsschutz gegen die Verletzung der Rechtsanwendungsgleichheit nicht nur dem BVerfG, sondern auch den Rechtsmittelgerichten gemeinsam aufgetragen ist, und dass bei der Feststellung der Ungleichbehandlung der praktische Kognitionsumfang des BVerfG angesichts der grundgesetzlichen Aufgabenverteilung, wie oben gesehen, im Prinzip auf objektiv unvertretbare Rechtsanwendungsfehler einzugrenzen ist.

(ββ) Rechtsdogmatische Gründe für die Aufstellung der Willkürschwelle

Mit der Feststellung eines objektiv unvertretbaren Rechtsanwendungsfehlers ist die Folgerung des Gleichheitsverstoßes unvermeidlich; bei einem derartigen Fehler ist die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung nicht mehr möglich. Allerdings möchte das BVerfG anscheinend selbst bei einer *zweifelsfrei fehlerhaften*, also „ob-

⁵⁴³ Vgl. BVerfGE 70, 93 (98).

⁵⁴⁴ Vgl. BVerfGE 80, 48 (51 ff.).

⁵⁴⁵ Vgl. BVerfGE 58, 163 (167 f.).

⁵⁴⁶ Vgl. BVerfGE 59, 98 (101 ff.).

ektiv unvertretbaren⁵⁴⁷, Rechtsanwendung die angefochtene Gerichtsentscheidung noch nicht aufheben⁵⁴⁸. In dieser Hinsicht mag das Kriterium der Unvertretbarkeit noch keine hinreichende Voraussetzung für die Stattgabe der Verfassungsbeschwerde darstellen. Das bedeutet, dass das Willkürkriterium wahrscheinlich sogar über die Begründetheit der Grundrechtsverletzungsrüge hinausgeht. Um mit *Kirchhof* zu sprechen, „steckt hinter der Willkürformel und dem Objektivitätsgebot ein gemeinsamer richtiger Gedanke, der uns bewusst macht, dass der verfassungsrechtlich zu korrigierende Gleichheitsverstoß von dem hinzunehmenden zu unterscheiden ist“⁵⁴⁹. Trifft diese Aussage zu, so stellt sich die Frage, aus welchen rechtsdogmatischen Gründen eine derartige Differenzierung vorzunehmen ist.

Diesbezüglich ist zunächst einmal darauf hinzuweisen, dass keine Regelung im BVerfGG ausdrücklich verbietet, für die Aufhebung der Gerichtsentscheidung – außer der Begründetheit – noch weitere Kriterien (sozusagen eine Schwelle der Willkürlichkeit: nachfolgend „*Willkürschwelle*“) aufzustellen. Um dies anschaulich zu machen, ist es sinnvoll, die Regelungen im BVerfGG und in der VwGO miteinander zu vergleichen. Zum Beispiel bestimmt § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO bezüglich des Urteilsinhalts:

„Soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, hebt das Gericht den Verwaltungsakt und den etwaigen Widerspruchsbescheid auf“.

Hier sind die Voraussetzungen für die Stattgabe der Anfechtungsklage eindeutig. Mit dem Wort „soweit“ wird suggeriert, dass die Verpflichtung des Gerichts zur Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsaktes keine anderen Kriterien voraussetzt als die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes und die Verletzung des Rechts des Klägers.

Demgegenüber regelt § 95 BVerfGG in Bezug auf den Entscheidungsinhalt bei der Urteilsverfassungsbeschwerde:

„(1) Wird der Verfassungsbeschwerde stattgegeben, so ist in der Entscheidung festzustellen, welche Vorschrift des Grundgesetzes und durch welche Handlung oder Unterlassung sie verletzt wurde. [...]

(2) Wird der Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung stattgegeben, so hebt das Bundesverfassungsgericht die Entscheidung auf [...]“.

Zwar lässt sich aus der Regelung des § 95 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG folgern, dass

⁵⁴⁷ Zur Gleichsetzung der zweifelfreien Fehlerhaftigkeit mit der objektiven Unvertretbarkeit vgl. *Winter*, in: FS für Merz, S. 610 (622).

⁵⁴⁸ Vgl. BVerfGE 70, 93 (97); 74, 102 (127).

⁵⁴⁹ *Kirchhof*, Diskuss., in: VVDSrL 61 (2002), 161 (162).

ohne Verletzung grundgesetzlicher Vorschriften die Verfassungsbeschwerde niemals Erfolg haben soll. Allerdings bedeutet dies nicht ohne Weiteres, dass jede denkbare Grundrechtsverletzung immer zur Aufhebung der Gerichtsentscheidung durch das BVerfG führen muss. Da der Gesetzgeber die Voraussetzungen für die Stattgabe der Verfassungsbeschwerde nicht präzisiert hat, sind diese insofern offengelassen. Damit versuchte das BVerfG von Anfang an zwischen verschiedenen Grundrechtsverletzungstypen zu differenzieren und sein Eingreifen gegenüber fachgerichtlichen Entscheidungen auf die Fälle der spezifischen Grundrechtsverletzung zu beschränken. Schon im ersten Band seiner Entscheidungssammlung führte das BVerfG aus:

„Das Bundesverfassungsgericht hat eine rechtskräftige Entscheidung nicht allgemein, sondern nur daraufhin zu überprüfen, ob der Beschwerdeführer durch das Urteil *unmittelbar* in seinen verfassungsmäßigen Grundrechten verletzt ist“⁵⁵⁰.

Zwar ist bei der Willkürprüfung von keiner *unmittelbaren* Grundrechtsverletzung die Rede, sondern lediglich von einer *mittelbaren*. Jedoch bildet auch die Willkürformel als „Vehikel richterlicher Zurückhaltung“⁵⁵¹ einen der fallrechtlich vorgenommenen Differenzierungsversuche. Also ist es im weiten Sinne eine Auslegungsfrage, ob die Willkürschwelle als eine ungeschriebene Voraussetzung für die Stattgabe der Verfassungsbeschwerde anzusehen ist.

Ferner besteht die Notwendigkeit der Betonung der Willkürschwelle darin, dass selbst durch die Vertretbarkeitskontrolle auch die Rechtssicherheit, die mit der Letztverbindlichkeit fachgerichtlicher Entscheidungen verfolgt wird, erheblich ausgehöhlt werden kann⁵⁵². Zwar führte die Einführung des Rechtsinstituts der Verfassungsbeschwerde gewiss zu einem Bruch in der herkömmlichen Dogmatik über die Rechtskraft⁵⁵³. Allerdings sollte es keinesfalls dazu führen, den eigenständigen Wert der Rechtskraft und damit der Rechtssicherheit⁵⁵⁴ preiszugeben⁵⁵⁵. Und zwar aus den folgenden Gründen:

Die Rechtssicherheit ist ein „wesentlicher Bestandteil“ des Rechtsstaatsprinzips⁵⁵⁶. Und

⁵⁵⁰ BVerfGE 1, 7 (8) [Hervorhebung durch den Verfasser].

⁵⁵¹ Hesse, AöR 109 (1984), 174 (187).

⁵⁵² Vgl. Winter, a.a.O., S. 616 f.; v. Lindener, Willkür im Rechtsstaat?, S. 143 f.

⁵⁵³ Vgl. Friesenhahn, in: Mosler (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, S. 89 (158 f.): „Bemerkenswert ist, daß die Verfassungsbeschwerde gegen Gerichtsurteile den prozeßrechtlichen Grundsatz der Rechtskraft relativiert“.

⁵⁵⁴ Nach der Rechtsprechung des BVerfG verlangt die Gewährleistung der Rechtssicherheit „nicht nur einen geregelten Verlauf des Rechtsfindungsverfahrens, sondern auch einen Abschluß, dessen Rechtsbeständigkeit gesichert ist“. Vgl. BVerfGE 2, 380 (403); 15, 313 (319).

⁵⁵⁵ Robbers, Gerechtigkeit als Rechtsprinzip, S. 65.

⁵⁵⁶ BVerfGE 2, 380 (403); 15, 313 (319).

dieses Prinzip, das meist auf Art. 20 Abs. 3 GG gestützt wird⁵⁵⁷, „gehört [seinerseits] zu den im Grundgesetz getroffenen Grundentscheidungen, die echte Gerechtigkeitspostulate verwirklichen wollen. Die Rechtssicherheit zu vernachlässigen, kann also auch dem Verfassungsgeber nur bis zu einer bestimmten Grenze gestattet sein. Würde eine Norm die dem Recht immanente Funktion der Friedensbewahrung verleugnen, verfälschen oder in unerträglichem Maße mißachten, so könnte sie selbst in der Gestalt einer ursprünglichen Verfassungsnorm nichtig sein“⁵⁵⁸. „Um der Rechtssicherheit willen darf die Rechtsordnung etwa über das Institut der Rechtskraft in Kauf nehmen, daß selbst unrichtige Gerichtsentscheidungen für den Einzelfall endgültig verbindlich sind“⁵⁵⁹. Zwar ist es dem Gesetzgeber möglich, hiervon einige Ausnahmen unter anderem in der Form der Wiederaufnahme des Verfahrens zu bestimmen. Allerdings muss auch hierbei eine Durchbrechung des Prinzips der Rechtssicherheit „an eine eng begrenzte Anzahl besonderer Ausnahmetatbestände gebunden“ sein⁵⁶⁰. Die Regelungen über die Wiederaufnahme fragen im Allgemeinen nicht, ob eine fragliche Rechtsanwendung *zweifelsfrei* falsch ist. Insoweit ist selbst eine *objektiv unvertretbare* Rechtsanwendung gewissermaßen schon im Preis der Rechtssicherheit einkalkuliert. Eine solche Überlegung würde aber leerlaufen, wenn sich das BVerfG im Wege der Verfassungsbeschwerde für die Korrektur jeglicher Rechtsanwendungsfehler einzusetzen hätte. Dieses Ergebnis ist sicherlich mit dem rechtsstaatlichen Gebot der Rechtssicherheit schwer vereinbar und somit kaum akzeptierbar⁵⁶¹.

Auf der anderen Seite ist aber auch Folgendes zu berücksichtigen:

Zur Rechtsstaatlichkeit gehört nicht nur die Rechtssicherheit, sondern auch die materielle Richtigkeit oder Gerechtigkeit. „Schon diese verschiedenen Seiten des Rechtsstaatsprinzips selbst können in der Gesetzgebung nicht immer gleichmäßig berücksichtigt werden. Darüber hinaus enthält das Rechtsstaatsprinzip keine in allen Einzelheiten eindeutig bestimmten Gebote oder Verbote von Verfassungsrang, sondern ist ein Verfassungsgrundsatz, der der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten bedarf, wobei allerdings fundamentale Elemente des Rechtsstaats und die Rechtsstaatlichkeit im ganzen gewahrt bleiben müssen“⁵⁶². Diesbezüglich darf nicht übersehen werden, „daß das Prinzip der Rechtssicherheit mit der Forderung nach materialer Gerechtigkeit häufig in Widerstreit liegt und daß es in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers sein muß, einen solchen Widerstreit bald nach der Seite der Rechtssicherheit, bald nach der Seite der materialen Gerechtigkeit hin zu entscheiden. Geschieht dies ohne Willkür, so kann ein solches Verfahren nicht beanstandet werden“⁵⁶³.

Ausgehend davon ist auf zwei Punkte aufmerksam zu machen. Beachtenswert ist zum ei-

⁵⁵⁷ Vgl. etwa BVerfGE 35, 41 (47); 103, 271 (287); 109, 133 (180); Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 28; Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 20 Rn. 57.

⁵⁵⁸ BVerfGE 3, 225 (237).

⁵⁵⁹ BVerfGE 60, 253 (268).

⁵⁶⁰ Vgl. BVerfGE 22, 322 (329).

⁵⁶¹ Vgl. Winter, a.a.O., S. 616 f.

⁵⁶² BVerfGE 7, 89 (92 f.); 35, 41 (47).

⁵⁶³ BVerfGE 3, 225 (237 f.); 15, 313 (319); 22, 322 (329); 35, 41 (47).

nen die spezifische Bedeutung des Willkürmaßstabes im vorstehenden Kontext. Er wird nämlich in der Konstellation thematisiert, in welcher zwischen der Rechtssicherheit und der materiellen Gerechtigkeit abzuwägen ist. Bei der Willkürprüfung im hiesigen Sinne handelt es sich somit um die Prüfung, ob die äußerste Grenze einer angemessenen Abwägung überschritten worden ist. Da keines der beiden Gebote völlig ignoriert oder umgekehrt verabsolutiert werden darf, führt eine solche Abwägung notwendigerweise zur Differenzierung zwischen verschiedenen Sachverhalten. Dementsprechend müsste die Willkürkontrolle bei jener Abwägungskonstellation regelmäßig die Prüfung zum Inhalt haben, ob dem Differenzierungsgebot überhaupt nicht nachgekommen worden ist oder ob eine bestimmte Differenzierung so unzulänglich erfolgt ist, dass die Regelung über den Ausgleich zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit *in der Tat eindeutig unangemessen*⁵⁶⁴ ist. Daraus folgt, dass das Willkürverbot hier im Ergebnis ein Gebot einer angemessenen Differenzierung beinhaltet.

Zu bezweifeln ist zum zweiten die Annahme, dass etwa mit den Regelungen über die Wiederaufnahme des Verfahrens dem gesetzgeberischen Abwägen zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit Genüge getan ist. Eine derartige Theorie ist deswegen fragwürdig, weil die Urteilsverfassungsbeschwerde selbst eine weitere, eben im Gesetz vorgesehene Möglichkeit darstellt, die Rechtskraft zu durchbrechen. Wie angesprochen, wäre es zwar verfehlt, unter Berufung auf dieses Rechtsinstitut die mit der gesetzlichen Aufzählung der Wiederaufnahmegründe gestiftete allgemeine Rechtssicherheit wiederum grundlegend zu erschüttern. Allerdings ist ebenso naheliegend, dass die Rechtskraft kein Selbstzweck ist, sondern eher ein „Hilfsmittel“⁵⁶⁵ „zur Sicherung rechtsstreitig verunsicherter Freiheit oder zur Vergewisserung ungeklärten Rechts“⁵⁶⁶. Würde die Rechtskraft aber diesem Zweck nicht in würdiger Weise dienen, so wäre der Verzicht auf die materielle Gerechtigkeit insofern sicherlich belanglos. Dies dürfte meistens nicht der Fall sein, lässt sich jedoch theoretisch nicht völlig ausschließen. Käme ein solcher Extremfall wirklich vor und könnten ihm die Vorschriften über die Wiederaufnahme nicht in angemessenem Maße entgegenwirken, so sollte man in Erwägung ziehen, hierfür die Urteilsverfassungsbeschwerde als subsidiären außerordentlichen Rechtsbehelf (mit die Rechtskraft durchbrechender Eigenschaft) zu ermöglichen. Mehrere Gründe sind dafür denkbar:

Erstens ist eine derartige Auslegung, was die Willkürrechtsprechung des BVerfG betrifft, keine Rechtsfindung *contra legem*. Die gesetzlich begrenzten Wiederaufnahmetatbestände verhindern für sich nicht die Erhebung der Verfassungsbeschwerde. Vielmehr ist selbst eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung aufzuheben, wenn der Verfassungsbeschwerde gegen sie stattgegeben wird (§ 95 Abs. 2 BVerfGG). Das Verhältnis zwischen der Rechtssicherheit und dem Rechtsinstitut der Verfassungsbeschwerde ist nur insoweit unvollkommen geklärt, als die Voraussetzungen für die Stattgabe der Verfassungsbeschwerde, wie

⁵⁶⁴ So formulierte das BVerfG die gesetzgeberische Willkür, d.h. die „tatsächliche und eindeutige Unangemessenheit der Regelung in bezug auf den zu ordnenden Gesetzgebungsgegenstand“ (vgl. BVerfGE 4, 144 [155]).

⁵⁶⁵ *Kreffft*, Rechtskraft und Gerechtigkeit, S. 55.

⁵⁶⁶ BVerfGE 60, 253 (269).

gesehen, nicht abschließend präzisiert worden sind.

Zweitens legt eine genetische Betrachtung eher die Vermutung einer umfangreichen Kontrollmöglichkeit durch das BVerfG nahe; in den Beratungen zum Erlass des BVerfGG wurde – wenn auch vereinzelt – die Auffassung vertreten, dass nicht nur die Gerichtsentscheidung, welche auf einer „*falsa lex*“ beruht, mit der Verfassungsbeschwerde anfechtbar sein sollte, sondern auch die, welche auf einer „Gesetzesverkehrung“ – d.h. einer „mißbräuchlichen“ Gesetzesanwendung – beruht oder „schwerste Formverstöße“ enthält⁵⁶⁷.

Einer solchen Vermutung steht das geläufige „teleologische“⁵⁶⁸ oder „systematische“⁵⁶⁹ Argument kaum entgegen. Danach ist dem BVerfG eine vollständige Gesetzmäßigkeitskontrolle verwehrt, weil ansonsten das Gericht zur „Superrevisionsinstanz“⁵⁷⁰ würde oder weil aus der Systematik der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung (in Art. 92 Satz 2, Art. 95 GG) folge, dass für eine Rechtsbindungskontrolle am Maßstab einfachen Rechts „eine Vermutung für die Alleinzuständigkeit der Fachgerichte“⁵⁷¹ bestehe. Das Schlagwort „keine Superrevision“ ist freilich nicht ergiebig. Das BVerfG ist ohnehin kein Revisionsgericht; das Gericht steht nicht im Rechtsmittelzug und ist im Prinzip erst nach Erschöpfung des Rechtswegs anzurufen (§ 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG). Es kann auch bei einer der Verfassungsbeschwerde stattgebenden Entscheidung keinesfalls in der Sache entscheiden, sondern muss die Sache an ein zuständiges Gericht zurückverweisen. Das Gericht ist jedoch ein Kassationsgericht, welches aufgrund des § 95 Abs. 2 BVerfGG selbst eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung aufheben kann. Über die erwähnten Unterschiede hinaus besteht kein weiterer Unterschied zwischen der Revision und der Kassation; soweit ein angefochtener Rechtsanwendungsfehler zugleich eine Grundrechtsverletzung darstellt, ist das BVerfG grundsätzlich zu deren Überprüfung befugt. In diesem Hinblick versteht sich, dass der Gesetzgeber in der Beschränkung der verfassungsgerichtlichen Befugnis auf die Kassation „keine Kardinalfrage“ sah⁵⁷². Dem positiv-rechtlich nirgends niedergelegten Terminus

⁵⁶⁷ Prot. 82. Sitzung, ParlA III, S. 24 f.: „Abg. Dr. von Merkatz (DP) bemerkt, bei dem vom Abg. Arndt angeführten Fall müsse in dem Spruch des Bundesverfassungsgerichts auch das Gesetz selbst aufgehoben werden; denn wenn man das Gesetz bestehen lasse, könne man auch das Urteil nicht aufheben. Weiter aber müsse man auch den Fall berücksichtigen, daß eine Gesetzesverkehrung stattgefunden habe, daß also ein an sich gültiges Gesetz mißbräuchlich angewendet worden sei“. [...] „Abg. Dr. von Merkatz (DP) lenkt die Aufmerksamkeit auf einem dritten Fall, der noch zu regeln sei, daß nämlich eine gerichtliche Entscheidung nicht auf einer *falsa lex* beruhe, auch nicht darauf, daß eine *lex falsa* ausgelegt worden sei, sondern darauf, daß die Entscheidung in sich schwerste Formverstöße enthalte, die sie aus ihr selbst heraus als nichtig erkennbar machten“.

⁵⁶⁸ Vgl. Herzog, in: FS für Dürig, S. 431 (432).

⁵⁶⁹ Alleweldt, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, S. 175 ff.

⁵⁷⁰ Vgl. Herzog, a.a.O., S. 432; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 285; Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, Rn. 181 ff.

⁵⁷¹ Alleweldt, a.a.O., S. 175.

⁵⁷² Vgl. Prot. 82. Sitzung, ParlA III, S. 17 f.: „Abg. Dr. Weber (Koblenz) (CDU) mißt der Frage keine grundsätzliche Bedeutung zu, ob der Verfassungsgerichtshof selbst in der Sache solle entscheiden können, oder ob ein anderer Weg gewählt werden solle, sei es Restitutionsklage, Wiederaufnahme des Verfahrens, oder ob darüber hinaus eine Verfassungsbeschwerde unmittelbar an die Vorinstanz solle zurückverweisen werden können“. [...] „Abg. Dr. Arndt (SPD) stimmt der Auffassung zu, daß es keine Kardinalfrage sei, ob man dem Bundesverfassungsgericht die Befugnis gebe, positiv in der

„Superrevision“ lässt sich jedenfalls kein Maßstab für die Differenzierung zwischen der vom BVerfG zu korrigierenden Grundrechtsverletzung und der hinzunehmenden entnehmen. Ebenso wenig aussichtsreich ist der Versuch, einen solchen Maßstab aus einer Kompetenzordnung herzuleiten; jede staatliche Kompetenz hat an der Missachtung der Grundrechte ihre Grenze. Bei einer (objektiv festgestellten) Grundrechtsverletzung besteht selbstverständlich eine verfassungsgerichtliche Kompetenz.

Als Gegengewicht zur Einschränkung der verfassungsgerichtlichen Kontrolltätigkeiten bleibt damit die Rechtssicherheit an sich. Für die Prozessobsiegenden bedeutet die Rechtskraft vor allem einen „Vertrauensschutz“⁵⁷³. Bei der Frage, ob eine Gerichtsentscheidung im Wege der Verfassungsbeschwerde aufgehoben werden sollte, handelt es sich mithin in erster Linie um eine Frage der Abwägung zwischen gegenläufigen verfassungsrechtlichen Interessen, also dem Grundrechtsschutz – genauer, Schutz vor der Verletzung der Rechtsanwendungsgleichheit – des Beschwerdeführers einerseits und dem Vertrauensschutz des durch die Rechtskraft Begünstigten andererseits. Dabei ist zunächst in Rechnung zu stellen, dass das Rechtsinstitut der Verfassungsbeschwerde nicht ohne Not zu einer Verlängerung des gerichtlichen Verfahrens führen darf; „Rechtssicherheit über gehörige Verfahren herbeizuführen ist selbst eine Forderung materialer Gerechtigkeit“⁵⁷⁴. Daher gilt: Normalerweise sollte das Eingreifen des BVerfG gegenüber rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen von Verfassungs wegen⁵⁷⁵ hinter die Verfolgung der Rechtssicherheit zurücktreten, und zwar insbesondere bei einer mittelbaren Grundrechtsverletzung, die sich aus einer fehlerhaften Anwendung des einfachen Rechts schlechthin ergibt.

Dies wäre aber dann nicht der Fall, wenn dem Vertrauensschutz in einer extremen Konstellation kein übergeordneter Wert beigemessen werden kann. *Waldner* hat wohl bereits in einer Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 1984⁵⁷⁶ eine solche Fallkonstellation gefunden, zu der er ausgeführt hat: „*Ein Fehlurteil* in einer häufig so existentiellen Frage wie der des Versorgungsausgleichs, *das sogar der Prozeßgegner als solches anerkennt und dessen Beseitigung sogar erwünscht*, ist eben schlimmer als [andere normale Fehlentscheidungen]“⁵⁷⁷. Sicherlich erscheint die Verfolgung der Rechtssicherheit bei derartigen extremen

Sache selbst zu entscheiden [...]. Weil es sich nicht um eine Kardinalfrage handle, könne auch er, Redner, sich mit einer Beschränkung der Befugnis auf Aufhebung und Zurückverweisung einverstanden erklären. Dem Verfassungsgericht aber die Befugnis zu geben, in der Sache selbst positiv zu entscheiden, halte er weiter für die richtige Lösung“.

⁵⁷³ *Badura*, in: FS für Maurer, S. 3 (11).

⁵⁷⁴ BVerfGE 60, 253 (269).

⁵⁷⁵ Vgl. BVerfGE 3, 225 (237).

⁵⁷⁶ BVerfGE 66, 324. In dieser Entscheidung geht es um den folgenden Sachverhalt: Eine geschiedene Ehefrau war am Ende der Ehezeit schon pensioniert. Der Unterschied zwischen den Versorgungsbezügen der beiden Eheleute betrug 50,56 DM pro Monat. Trotz dieser geringeren Differenz war die ausgleichsberechtigte Ehefrau seinerzeit zu einem Verzicht auf Versorgungsgleich nicht bereit. Die daraufhin durchgeführte Berechnung der Versorgungsanwartschaften ergab aber überraschenderweise einen Ausgleichsanspruch der Ehefrau von monatlich 464,62 DM. Dagegen hat der Ehemann aufgrund § 1587c Nr. 1 BGB die Beschwerde erhoben, jedoch ohne Erfolg. Die Verfassungsbeschwerde richtete sich gegen den betreffenden Beschluss des Oberlandesgerichts.

⁵⁷⁷ *Waldner*, ZZP 98 (1985), 200 (215) [Hervorhebung durch den Verfasser].

Konstellationen nicht mehr sinnvoll. Wenn ein solcher Fehler dennoch von keinem der Tatbestände der Aufnahme des Verfahrens erfasst würde, ließe sich daraus nur folgern, dass der gesetzgeberische Ausgleich zwischen der Rechtssicherheit und der Gerechtigkeit zumindest im Einzelfall ausgesprochen unzulänglich ist. Um die Gesetzgebung vor einem etwaigen Willkür-Vorwurf zu bewahren, sollte § 95 Abs. 2 BVerfGG dahingehend verfassungskonform ausgelegt werden, dass für einen derartigen Extremfall ausnahmsweise der Verfassungsbeschwerde stattgegeben werden kann, obwohl keine unmittelbare Grundrechtsverletzung in Betracht kommt.

Stimmt man diesen Erwägungen zu, so lässt sich damit die Willkürschwelle rechtsdogmatisch begründen. Sie ist, wie gesehen, nicht direkt aus einer objektiv unverletzlichen Rechtsanwendung herzuleiten, sondern bedarf einer konkreten Abwägung zwischen der Rechtsicherheit und der Gerechtigkeit, d.h. einer fallbezogenen Gerechtigkeitserwägung im weiten Sinne. Sollte es bei der Feststellung eines zweifelsfreien Rechtsanwendungsfehlers schlechthin um die materiell-rechtliche Beurteilung der Verletzung der Rechtsanwendungsgleichheit gehen, handelt es sich bei der Aufstellung der Willkürschwelle um die prozessuale Differenzierung von unterschiedlichen Sachlagen innerhalb von Fällen der Rechtsanwendungsgleichheitsverletzung. Da das Postulat einer solchen Differenzierung, genauso wie das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit, durchaus auf Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip gestützt wird, ist die gesamte Willkürformel mithin zweifach in diese Verfassungsvorschrift eingebettet. Wird dies verkannt, wird der Vorwurf erhoben, dass sich das BVerfG selbst bei der Feststellung der Verletzung der Rechtsanwendungsgleichheit willkürlich zu verhalten scheine⁵⁷⁸.

Schließlich kann man fragen, in welchen Fällen und auf welche Art eine Überschreitung der Willkürschwelle zu konstatieren ist. Diesbezüglich ist zuerst zuzugeben, dass präzise Kriterien nur schwer zu formulieren sind⁵⁷⁹ und dass zurzeit unweigerlich einer „topischen Jurisprudenz“ „gehuldigt“ werden muss⁵⁸⁰. Mehrere Topoi sind zu erwähnen: Einmal kann sich eine hohe Evidenz der Fehlerhaftigkeit auf den Vertrauensschutz überaus negativ auswirken⁵⁸¹, ein andermal kann vielleicht auch mit einer besonderen Schwere bzw. Krassheit der individuellen Rechtsverlet-

⁵⁷⁸ Kromer, JuS 1984, 601 (605); Mauder, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, S. 58 f.; Krauß, Der Umfang der Prüfung, S. 262; Weiß, Objektive Willkür, S. 228; H.-M. Pawlowski, in: FS für Horn, S. 1227 (1240).

⁵⁷⁹ v. Lindeiner, Willkür im Rechtsstaat?, S. 149.

⁵⁸⁰ Stürmer, NJW 1979, 2334 (2337).

⁵⁸¹ Vgl. Seibert, in: FS für Hirsch, S. 491 (507); Berkemann, DVBl. 1996, 1028 (1038); kritisch Winter, in: FS für Merz, S. 610 (622); auch Weiß, Objektive Willkür, S. 228. Die beiden letztgenannten Autoren sind der Meinung, dass die Evidenz kein objektives Kriterium sei, weil die „Offensichtlichkeit“ des Fehlers in nicht unerheblichem Maße abhängig von der Kenntnis der Materie sei; in derselben Hinsicht einschränkend v. Lindeiner, a.a.O., S. 182 f., der meint, dass der evidente Rechtsfehler eher in einem Verstoß gegen die allgemeine juristische Methodenlehre gefunden werden solle, was keine besonderen Kenntnisse in dem betreffenden rechtlichen Bereich erfordert.

zung begründet werden, dass die materielle Gerechtigkeit eindeutig die Rechtssicherheit überwiegt⁵⁸². Dabei lässt sich nicht ausschließen, dass auch auf die „das Grundgesetz beherrschenden Gedanken“⁵⁸³ oder die sog. „Denkgesetze“⁵⁸⁴ Rücksicht genommen werden muss; gegebenenfalls könnte dies auf die Abwägung zwischen der Rechtssicherheit und der Gerechtigkeit einen entscheidenden Einfluss ausüben. Jedenfalls ist zu beachten, dass keiner dieser Topoi verabsolutiert werden darf; sie sind eher Hilfskriterien. Festzuhalten ist damit nur, dass es auf die spezifischen sachlichen Gegebenheiten des einzelnen Falles ankommt, ob die Willkürschwelle erreicht ist.

(γγ) Verallgemeinerbarkeit der Willkürformel

Wenn man, ungeachtet der unterschiedlichen Regelungsinhalte, Art. 3 Abs. 1 GG als *lex specialis* zu anderen Grundrechtsbestimmungen – wie etwa Art. 14 Abs. 1, Art. 101 Abs. 1 Satz 2, Art. 103 Abs. 1 oder Abs. 2 GG – ansieht, so ist dies wohl darauf zurückzuführen, dass die genannten Grundrechte in besonderem Maße eng mit der Anforderung der Gesetzmäßigkeit und dadurch mit der Verwirklichung gleicher Freiheit verknüpft sind. Abgesehen von dem Fall, dass ihre Wesensgehalte angetastet werden, ist die konkrete Ausgestaltung dieser Grundrechte dem Gesetzgeber übertragen und ein Verstoß gegen das betreffende einfache Recht stellt zugleich eine Verletzung der Grundrechte selbst dar. Insoweit lässt sich ihre Verletzung in die Kategorie der *mittelbaren* Grundrechtsverletzungen einordnen. Gerade hieraus ergibt sich die Parallelität ihres Prüfungsschemas zu dem der Rechtsanwendungsgleichheit. Denn im Prinzip ist die Befugnis zur Entscheidung einfachrechtlicher Fragen primär den Fachgerichten zugewiesen und die Rechtskraft ihrer Entscheidungen darf im Interesse der Rechtssicherheit selbst durch die Verfassungsbeschwerde nicht ohne Not erschüttert werden. Deshalb ist die verfassungsgerichtliche Prüfung auch hier zweistufig zu konstruieren. Auf der ersten Stufe ist eine materielle Grundrechtsverletzung zu ermitteln. Und dann sollte auf der zweiten Stufe eine konkrete Abwägung zwischen dem Grundrechtsschutz und der Rechtssicherheit erfol-

⁵⁸² Vgl. BVerfGE 89, 1 (14); *Seibert*, a.a.O., S. 507; kritisch v. *Lindeiner*, a.a.O., S. 180 ff., der gegen die Orientierung der Willkürkontrolle an der Eingriffsintensität eines Gerichtsurteils dahingehend argumentiert, dass die Anforderungen der Gesetzesbindung und des Willkürverbots unabhängig von Streitwert und Streitgegenstand seien.

⁵⁸³ Vgl. BVerfGE 4, 1 (7), stRspr.; zustimmend *Winter*, in: FS für Merz, S. 610 (625 f.); skeptisch *Seidl*, in: Verhandlungen des 61. DJT, Bd. II/1, S. O9 (O19 f.), der meint, dass der in den Ausführungen des BVerfG zum Teil verwendete Zusatz „unter Berücksichtigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken“ in der Tat kaum aussagekräftig und deshalb entbehrlich sei.

⁵⁸⁴ Zu den „Denkgesetzen“ und ihrer Tauglichkeit als verfassungsgerichtlichem Prüfungsmaßstab vgl. *Miebach*, Zur Willkür- und Abwägungskontrolle, S. 71 ff. Nach seiner Erläuterung liegt ein Verstoß gegen die Denkgesetze dann vor, wenn die „Begründung des Urteils einen Schluß enthält, der aus den gegebenen Prämissen nicht gezogen werden kann“.

gen, was dazu führen kann, den prinzipiellen Primat der Rechtssicherheit ausnahmsweise aufzugeben. Also ist die Willkürschwelle, wie sie oben erläutert wurde, auch hier anzunehmen und nur bei ihrer Überschreitung sollte der Verfassungsbeschwerde stattgegeben werden. Die Erscheinung der Vermischung der spezifischen Grundrechtsgewährleistungen mit dem Willkürverbot hängt gerade damit zusammen.

Freilich ist dabei nicht zu übersehen, dass die verfassungsgerichtliche Kontrolle bei den einzelnen Grundrechten nicht immer in der gleichen Intensität vorgenommen wird. Dies ist bei der Vertretbarkeitskontrolle (auf der ersten Stufe) der Fall. Hier kann eine strengere Kontrolle dann stattfinden, wenn sich aus einer fehlerhaften Rechtsanwendung eine gravierendere Grundrechtsbeeinträchtigung ergibt. Zum Beispiel muss eine strafrechtliche Regelung von Verfassung wegen (Art. 101 Abs. 2 GG) eng ausgelegt werden. Eine „erweiternde Auslegung“⁵⁸⁵ eines Straftatbestandes kann angesichts der erhöhten Bestimmtheitsanforderungen an Strafgesetze nicht als verfassungskonform bewertet werden, gleichgültig ob der Gesetzgeber denselben Inhalt ohne Verfassungsverstoß hätte reglementieren können oder nicht. Ähnliches gilt auch für Präklusionsvorschriften; diese haben einen „strengen Ausnahmecharakter“, „weil sie sich zwangsläufig nachteilig auf das Bemühen um eine materiell richtige Entscheidung auswirken [...] und einschneidende Folgen für die säumige Partei nach sich ziehen“⁵⁸⁶. Sie schränken vor allem die Möglichkeit zur Wahrnehmung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ein, welcher durch Art. 103 Abs. 1 GG gewährleistet wird. Aus einer derartigen besonderen Grundrechtsrelevanz folgt, dass die verfassungsgerichtliche Kontrolle hier intensiver sein sollte als bei den Fällen, in denen bloß eine Rechtsanwendungsungleichheit beanstandet wird⁵⁸⁷.

Der Einfluss besonders geschützter grundrechtlicher Freiheit auf die Prüfungintensität könnte sich aber auch auf der zweiten Stufe auswirken. Das heißt, die Willkürschwelle sollte je nach beeinträchtigtem Spezialgrundrecht in unterschiedlicher Höhe zur Anwendung gelangen⁵⁸⁸:

⁵⁸⁵ BVerfGE 92, 1 (Leitsatz).

⁵⁸⁶ BVerfGE 75, 302 (312).

⁵⁸⁷ Vgl. BVerfGE 75, 302 (314).

⁵⁸⁸ Vgl. Heck, Diskuss., in: Mosler (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, S. 797 (798): Ein Gerichtsurteil auf eine Verfassungsbeschwerde hin nachträglich seiner Rechtskraft zu „entkleiden“, kann seiner Meinung nach dann ohne Weiteres hingenommen werden, wenn es sich um die Verteidigung des Bürgers gegen einen staatlichen Eingriff handelt. „Anders dagegen, wenn eine Verfassungsverletzung durch ein Zivilurteil behauptet und dieses nach Rechtskraft mit Verfassungsbeschwerde angegriffen wird. Hebt das Verfassungsgericht dieses Zivilurteil auf, so beseitigt es einen rechtskräftigen Titel und nimmt der Partei, die obgesiegt hat, ihr obsiegenderes Urteil wieder weg. Das scheint nicht unbedenklich“. Dennoch hält er dies im Ergebnis nicht für „ernstlich“, denn „man kann entgegen, daß der, der ein verfassungswidriges Urteil erstritten hat, sich nicht soll darauf berufen dürfen“. Allerdings ist Letzteres eher allgemein zu verstehen und nicht notwendig mit der Willkürkontrolle verknüpft.

- Zum Beispiel läge die Willkürschwelle niedrig, wenn es um eine objektiv unhaltbare Anwendung von Strafgesetzen geht; hierbei müsste die Rechtssicherheit um der materialen Gerechtigkeit willen zurücktreten, soweit der Beschwerdeführer durch die angefochtene Gerichtsentscheidung belastet wird.

- Im Gegensatz dazu kann man dann vom Primat der Rechtssicherheit ausgehen, wenn eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter als ein „bloßer *error in procedendo*“⁵⁸⁹ zu qualifizieren ist. Es besteht nämlich einerseits keine hohe Wahrscheinlichkeit, dass ein solches prozessuales Versehen auch zu einer materiellen Fehlentscheidung führt. Andererseits ist das Vertrauen des durch die Rechtskraft Begünstigten umso schutzwürdiger, weil dieser normalerweise nicht das Geringste zur ungerechten Anwendung der Gerichtszuständigkeitsregelung beiträgt. Eine verfassungskonforme Ergänzung der unter Umständen unzulänglich erscheinenden fachgerichtlichen Rechtsbehelfe durch das Rechtsinstitut der Verfassungsbeschwerde kommt in aller Regel erst dann in Betracht, wenn eine sog. „willkürliche Kompetenzzanmaßung“⁵⁹⁰ vorliegt und eine solche substantielle Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter auf keine andere Weise als durch die Anrufung des BVerfG effektiv zu beheben ist.

- Ein Mittelweg ist wohl zu gehen, wenn die zu beanstandende Grundrechtsverletzung in einem Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG liegt. Hierfür ist zunächst einmal eine Besinnung auf die Bedeutung des rechtlichen Gehörs notwendig: „Das Recht der Verfahrensbeteiligten, ihre Belange selbst vorzubringen und hiermit im gerichtlichen Verfahren ‚Gehör‘ zu finden, dient objektiv der Wahrheitsfindung und Rechtsgewinnung; es dient aber auch – und hierin liegt seine primäre materiell-rechtsstaatliche Funktion – dem Schutz der subjektiven Rechte der Verfahrensbeteiligten“⁵⁹¹. Die Gehörsgarantie ist damit „eine wesentliche Grundlage der Funktionsfähigkeit des Rechtsstaats und der Erwartung an Bürger, sich zur Streitbeilegung auf das Gerichtsverfahren einzulassen“⁵⁹². In der Literatur wird sogar gesagt, dass das Recht auf rechtliches Gehör „für die Unanfechtbarkeit von Entscheidungen konstitutive Bedeutung“ habe⁵⁹³. Unabhängig davon fordert der sog. „Justizgewährungsanspruch“, dass gegen die Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör der Rechtsweg offensteht, und zwar „auch dann, wenn das Verfahrensgrundrecht erstmalig in einem Rechtsmittelverfahren verletzt wird“⁵⁹⁴. Ob dieses Gebot überhaupt durch das Rechtsinstitut der Anhörungsrüge beim *judex a quo* erfüllt werden kann, ist fraglich⁵⁹⁵. Deshalb erscheint es unumgänglich, die Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen eine Gehörsverletzung durch eine letztinstanzliche und damit rechtskräftige Gerichtsentscheidung anzuerkennen. Daraus folgt jedoch nicht ohne Weiteres, dass das Prinzip der Rechtssicherheit, d.h. das Gebot des Schutzes des durch die Rechtskraft Begünstigten, immer hinter den

⁵⁸⁹ *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 101 Rn. 11.

⁵⁹⁰ BVerfGE 3, 359 (364 f.); 58, 1 (45); 82, 286 (299).

⁵⁹¹ *Degenhart*, in: *Isensee/Kirchhof*, HdbStR V, § 115 Rn. 3.

⁵⁹² BVerfGE 107, 395 (409).

⁵⁹³ Vgl. *S. Pawlowski*, Zum außerordentlichen Rechtsschutz, S. 120.

⁵⁹⁴ BVerfGE 107, 395 (410).

⁵⁹⁵ Siehe oben 1. b) bb) (2).

Rechtsschutz des Beschwerdeführers zurücktreten muss. Das heißt, dass selbst bei einer begründeten Rüge der Gehörsverletzung noch eine Abwägung mit den gegenläufigen verfassungsrechtlichen Interessen vorgenommen werden muss, damit sie letztlich zur Stattgabe der Verfassungsbeschwerde führen kann. Der Aufhebung der angefochtenen Gerichtsentscheidung könnte beispielsweise dann ein gewichtiges Schutzbedürfnis der Prozessobliegenden entgegenstehen, wenn der Gehörsverstoß vom Inhalt des misslungenen Sachvortrags her nicht als entscheidungserheblich zu beurteilen ist⁵⁹⁶, wenn der Beschwerdeführer ungeachtet der einzelnen fehlerhaften Anwendung der Verfahrensvorschriften, die der Wahrung des rechtlichen Gehörs dienen, anderweitig ausreichend Gelegenheit zu seinem Sachvortrag gehabt hat⁵⁹⁷ oder wenn in Anbetracht einschlägiger Verfahrensregelungen von dem Beschwerdeführer erwartet werden konnte, dass er schon im fachgerichtlichen Verfahren – über die reguläre Rechtswegerschöpfung hinaus – andere „nach Lage der Sache zur Verfügung stehende prozessuale Möglichkeiten zur Korrektur“ der Gehörsverletzung wahrnimmt⁵⁹⁸.

Nach alledem ist festzuhalten, dass die Willkürformel mit den vorstehenden Modifikationen auch auf andere Grundrechte anwendbar ist, soweit ihre mittelbare Verletzung in Frage kommt. In diesem Sinne stellt die Willkürformel im Verfassungsbeschwerdeverfahren einen allgemeinen Maßstab für die Kontrolle mittelbarer Grundrechtsverletzungen dar.

(γ) Praktische Konsequenzen der Rekonstruktion der Willkürformel

Das oben erläuterte dogmatische Modell der Willkürformel hat in praktischer Hinsicht mehrere bedeutsame Konsequenzen: Zunächst bleibt dem BVerfG eine Sisyphusarbeit erspart. Die grundrechtliche Bewertung einer staatlichen Maßnahme von ihrer Gesetzlichkeit her überzeugend zu isolieren, muss insbesondere bei den Grundrechten etwa aus Art. 3 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1, Art. 101 Abs. 1 Satz 2, Art. 103 Abs. 1 oder Abs. 2 GG von vornherein erfolglos bleiben. Es erscheint auch für die Zukunft kaum aussichtsreich, zuverlässige Merkmale für die Unterscheidung zwischen der Verletzung des einfachen Rechts, welches der Verwirklichung der genannten Grundrechte dient, und der Verletzung der Grundrechte selbst zu finden. Es wäre vernünftiger, die Verwischung der Grenze zwischen dem Gesetzesverstoß und der

⁵⁹⁶ Nach der Rechtsprechung des BVerfG kann die Verfassungsbeschwerde gegen eine Gehörsbeeinträchtigung nur Erfolg haben, wenn bei der Gewährung des Gehörs möglicherweise eine dem Beschwerdeführer günstigere Entscheidung ergehen wird. Vgl. BVerfGE 17, 86 (96); 70, 322 (330), *Schmidt-Aßmann*, DÖ V 1987, 1029 (1031).

⁵⁹⁷ Vgl. *Kopp*, AöR 106 (1981), 604 (616); *Bender*, Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung gerichtlicher Entscheidungen, S. 379; *Burgermeister*, in: FG für Graßhof, S. 141 (159).

⁵⁹⁸ Vgl. *Schmahl*, in: *Schmidt-Bleibtrew/Hofmann/Hopfauß*, GG, Art. 103 Rn. 23; *Sperlich*, in: *Umbach/Clemens/Dollinger*, BVerfGG, § 90 Rn. 146; *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 248. Allerdings wird dies dort dem Typus der sog. „materiellen Subsidiarität“ zugeordnet. Zur Kritik an dem Begriff der „materiellen Subsidiarität“ siehe oben 1. b) bb) (3).

Grundrechtsverletzung anzuerkennen, als sie vergeblich kaschieren oder verleugnen zu wollen.

Allerdings bedeutet dies keine Befürwortung einer allgegenwärtigen Kontrolle (überwiegend) einfachrechtlicher Fehler. Aus funktionell-rechtlichen Gründen muss die verfassungsgerichtliche Kognition angesichts des Art. 95 GG grundsätzlich auf die Feststellung objektiv unvertretbarer Rechtsanwendungsfehler beschränkt werden. Dadurch kann den eigenständigen Kompetenzen der Fachgerichte ausreichend Rechnung getragen werden.

Mithilfe der Willkürschwelle lässt sich darüber hinaus erreichen, dass selbst bei einer zweifelsfrei fehlerhaften Rechtsanwendung das verfassungsgerichtliche Eingreifen gegenüber rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen auf solche Fälle reduziert wird, in denen die Preisgabe der materialen Gerechtigkeit nach den Umständen des Einzelfalles eindeutig unangemessen ist. Freilich geht es hier weniger um einen spezifischen Gehalt des angeblich verletzten Grundrechts oder eine funktionell-rechtliche Aufgabenverteilung zwischen den Gerichtsbarkeiten als vielmehr um eine auf der verfassungsprozessualen Ebene unternommene verfassungskonforme Rechtsfortbildung, die im Hinblick auf die gegenläufigen verfassungsrechtlichen Interessen, also Rechtssicherheit und materiale Gerechtigkeit, im Ergebnis die Aufstellung einer besonderen Stattgabevoraussetzung nach sich zieht. Hierfür gilt es (vornehmlich) den Grundrechtsschutz des Beschwerdeführers einerseits und den Vertrauensschutz der durch die Rechtskraft Begünstigten andererseits abzuwägen.

Zu beachten ist, dass dabei durchaus von der Vermutung des Primats der Rechtssicherheit auszugehen ist. Um eine solche faktische Vermutung zu widerlegen, hat der Beschwerdeführer seinerseits substantiiert zu behaupten, dass die angefochtene Gerichtsentscheidung hinsichtlich des gerechten Ausgleichs zwischen der Rechtssicherheit und der materialen Gerechtigkeit nicht haltbar ist. Erfüllt er diese Darlegungslast nicht, muss er gegebenenfalls hinnehmen, dass seine Verfassungsbeschwerde ohne eingehendere Prüfung zurückgewiesen wird.

Durch diese Vorgehensweise könnte die Stattgabe der Verfassungsbeschwerde bei mittelbaren Grundrechtsverletzungen weiterhin die Ausnahme bleiben und das BVerfG mehr oder weniger entlastet werden.

b) Die Problematik der wissenschaftlichen Debatte über den Prüfungsumfang

aa) Bestandsaufnahme

Die Judikatur des BVerfG zum Prüfungsumfang bei der Urteilsverfassungsbeschwerde steht seit Langem in der wissenschaftlichen Diskussion. An der Praxis des

Gerichts wird vor allem beanstandet, dass sie kasuistisch und damit beliebig erscheine⁵⁹⁹. Dieser Eindruck verstärkt sich noch durch manche „unverblühten“⁶⁰⁰ Äußerungen der Verfassungsrichter/-innen. Zum Beispiel hat die frühere Präsidentin des BVerfG *Jutta Limbach* in Bezug auf die richterlich entwickelten Formeln für den Prüfungsumfang festgestellt: „Für mich haben diese Formeln niemals als Maßstab gedient und ich habe auch nicht in Sitzungen des Senats das so empfunden“; sie seien „nur als rhetorische Formeln benutzt“ worden⁶⁰¹. Der ehemalige Präsident des Gerichts *Hans-Jürgen Papier* gibt ebenfalls zu, dass zur Lösung der Problematik des Prüfungsumfangs wohl keine „theoretischen Großformeln“ erfunden würden⁶⁰². In diesem Zusammenhang wird davor gewarnt, dass das BVerfG „nach Rechtsgefühl und Geschmack der Mehrheit seiner Richter“ in fachgerichtliche Entscheidungen eingreifen kann⁶⁰³. Auf den angeblichen „massiven Einbruch in die Aufgaben der Fachgerichtsbarkeit“⁶⁰⁴ finden sich heftige Reaktionen⁶⁰⁵. Eine dogmatisch fundierte Eingrenzung des Prüfungsumfangs ist in der wissenschaftlichen Diskussion zu einem brisanten Thema geworden und bleibt es auch.

Bei alledem besteht noch keine Einigkeit über die rechtsdogmatische Zuordnung dieses Problems. Teilweise wird vertreten, dass es hierbei um die Frage der „Kontrolldichte“ geht⁶⁰⁶. Demgegenüber scheinen die meisten Autoren den Prüfungsumfang als ein kompetenzielles Problem zu betrachten. Dies suggerieren verschiedene Termini, wie etwa „Prüfungskompetenz“⁶⁰⁷, „Kontrollbefugnis“⁶⁰⁸, „Überprüfungsbefugnis“⁶⁰⁹, „Kompetenzabgrenzung“⁶¹⁰, „Abgrenzung der Kontrollzuständig-

⁵⁹⁹ *Berkemann*, DVBl. 1996, 1028 (1032); *Kemntner*, DÖV 2005, 269 (278).

⁶⁰⁰ *Kemntner*, a.a.O., 279.

⁶⁰¹ *Limbach*, Diskuss., in: *Bogs* (Hrsg.), Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht, S. 132 f.

⁶⁰² *Papier*, in: FS für Badura, S. 411 (428).

⁶⁰³ *Steinwedel*, „Spezifisches Verfassungsrecht“ und „einfaches Recht“, S. 149.

⁶⁰⁴ *Weiß*, Objektive Willkür, S. 229.

⁶⁰⁵ Vgl. *Bettermann*, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 20. 12. 1996, S. 13: „Ein dritter Komplex von Ärgernissen ist die Einmischung in die Tätigkeit der ‚Fachgerichte‘, die nicht nur geschurigelt werden, sondern deren Kompetenzen das Verfassungsgericht auch teilweise an sich zieht“; *Haas*, in: FS zum 50-jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, S. 27 (35): „Der Schwund ihres Hausguts nährt naturgemäß den Verdruß der Fachgerichtsbarkeit“.

⁶⁰⁶ *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 281.

⁶⁰⁷ *Papier*, in: FG 25 Jahre BVerfG, S. 432 (435); *Ossenbühl*, in: FS für Ipsen, S. 129; *Wank*, JuS 1980, 545 (546); *Lincke*, a.a.O., 60; *Roth*, AöR 121 (1996), 544 (565); *Weber*, in: *Heun/Starck* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit im Rechtsvergleich, S. 77 (81); *Vofßkuhle*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 93 Rn. 56.

⁶⁰⁸ *Burmeister*, DVBl. 1969, 605; *Koch*, in: GS für Jeand’Heur, S. 135 (137); *Düwel*, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts, S. 19; *Pieroth/Aubel*, JZ 2003, 504 (506); *Alleweldt*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, S. 20.

⁶⁰⁹ *Schenke*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 11; *Bender*, Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung gerichtlicher Entscheidungen, S. 208; *Roth*, a.a.O., 550.

⁶¹⁰ *Hermes*, VVDSfRL 61 (2002), 119 (142, Fn. 113); *Starck*, JZ 1996, 1033; *Burmeister*, a.a.O., 612; *Alleweldt*, a.a.O., S. 20.

keit⁶¹¹ oder „Nachprüfungszuständigkeit“⁶¹² usw. Es gibt aber auch die Tendenz, die Begriffe „Kontrolldichte“ und „Kontrollbefugnis“ nicht voneinander zu unterscheiden.

In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, dass die Frage nach dem Prüfungsumfang im Allgemeinen erst im Rahmen der Begründetheit der Verfassungsbeschwerde gestellt wird⁶¹³. Falls aber die Eingrenzung des Prüfungsumfangs mit der Bestimmung der Prüfungskompetenz gleichzusetzen ist, wäre es einleuchtender, im Fall einer Überschreitung des Prüfungsumfangs schon die Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde anzunehmen. Diesbezüglich dürfen Zuständigkeitsfragen keinesfalls mit Begründetheitsfragen verwechselt werden. Der Unterschied zwischen diesen beiden Kategorien zeigt sich nicht nur am Tenor im Verfassungsbeschwerdeverfahren, sondern auch an der Auswirkung der Entscheidung auf Dritte: Zwar kann eine hinsichtlich der Beurteilung der Begründetheit fehlerhafte Entscheidung des BVerfG – mittels der Rechtskraft und der Gestaltungswirkung (im Sinne der Aufhebungswirkung der angefochtenen Gerichtsentscheidung) – im Ergebnis für Dritte verbindlich sein, eine ohne Kompetenz ergangene Sachentscheidung darf gegenüber Dritten aber keine Wirkung haben; wird ein Dritter – zumal als Prozesspartei im Ausgangsverfahren – durch die Rechtskraft der angefochtenen Gerichtsentscheidung begünstigt, so könnte das ihn begünstigende Urteil nur dann aufgehoben werden, wenn ein gesetzlicher Richter die rechtskräftige Gerichtsentscheidung ordnungsgemäß aufheben würde. Soweit das BVerfG aber keine Prüfungszuständigkeit hat, ist es kein gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Wer eine „Kompetenzüberschreitung“⁶¹⁴ des BVerfG annimmt, der wirft dem BVerfG faktisch vor, dass es selbst in die Verfassungswidrigkeit ver falle⁶¹⁵. Hält man diese Konsequenzen für zu radikal und möchte man die Problematik des Prüfungsumfangs noch im Rahmen der Begründetheitsprüfung behandeln, dann verbleibt nur die Alternative darüber nachzudenken, ob die vorstehende Prämisse – d.h., bei der Bestimmung des Prüfungsumfangs handle es sich um die Klärung des Kompetenzbereichs des BVerfG – überhaupt zutrifft.

Diese Fragestellung ist bisher nicht in den Vordergrund gerückt worden. Das ist vielleicht nicht zuletzt der Institution des Annahmeverfahrens zu verdanken; in die-

⁶¹¹ Badura, in: FS für Maurer, S. 3 (8).

⁶¹² Gusy, in: FS 50 Jahre BVerfG, S. 641 (665).

⁶¹³ Vgl. Schlaich/Korioth, a.a.O., Rn. 281; Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, Rn. 651; Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, § 12 Rn. 13.

⁶¹⁴ Vgl. etwa Weyreuther, DVBl. 1997, 925; Haas, a.a.O., S. 31; Burgermeister, in: FG für Graßhof, S. 141 (154); Roth, a.a.O., S. 575; Ossenbühl, a.a.O., S. 131.

⁶¹⁵ Vgl. Haas, a.a.O. S. 31: „Kompetenzüberschreitungen und zwar gleichgültig, in welcher Intensität die Fachgerichtsbarkeit davon betroffen ist, berühren stets die verfassungsrechtliche Gewährleistung des gesetzlichen Richters“.

sem kritikwürdigen Vorprüfungsverfahren⁶¹⁶ kann das BVerfG je nach (objektiver bzw. subjektiver) Wichtigkeit der Verfassungsbeschwerde eine Nichtannahmeentscheidung treffen, ohne dabei über die Zulässigkeit bzw. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde abschließend entscheiden zu müssen. Die Zwiespältigkeit der wissenschaftlichen Stellungnahmen zum genannten rechtsdogmatischen Zuordnungsproblem konnte verschleiert werden, indem die meisten Verfassungsbeschwerden schon an dem selektiven Annahmeverfahren scheitern mussten. In der öffentlichen Debatte über den Prüfungsumfang erscheint freilich problematisch, dass die inzwischen verschiedentlich vorgeschlagenen Lösungsansätze meistens ohne hinreichende Bezugnahme auf die verfassungsprozessrechtliche Dogmatik diskutiert werden.

Im Hinblick auf die rechtsdogmatische Zuordnung des Problems der Eingrenzung des Prüfungsumfanges lassen sich drei Gesichtspunkte ansprechen:

- Zunächst ist das Problem des Prüfungsumfanges unter dem Gesichtspunkt der Beschränkung des Prüfungsgegenstandes zu thematisieren. Demnach wäre die Verfassungsbeschwerde als unzulässig zu verwerfen, wenn das BVerfG für die vom Beschwerdeführer beanstandeten Rechtsfindungselemente keine Prüfungszuständigkeit hat.
- Zum zweiten könnte der Prüfungsumfang anhand der umgrenzten Prüfungsmaßstäbe bestimmt werden. In der Logik dieser Betrachtungsweise wäre es dem BVerfG verwehrt, die angefochtene Gerichtsentscheidung auf in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und § 90 Abs. 1 BVerfGG nicht enumerierte Rechte hin nachzuprüfen; insofern wäre das Gericht unzuständig.
- Schließlich ist eine Auffassung denkbar, die die Eingrenzung des Prüfungsumfanges von der Kompetenzfrage abkoppelt. Hierbei würde zuerst angenommen, dass dem BVerfG eine großzügig bemessene Prüfungskompetenz zukommt. Dann würde die Frage nach dem Prüfungsumfang in die Frage verwandelt, ob und im welchen Umfang sich das Gericht bei seiner Kompetenz zur Kontrolle fachgerichtlicher Entscheidungen dennoch zurückhalten darf oder sollte. Von dem Appell zu einer solchen richterlichen Zurückhaltung distanzieren sich zwar manche Autoren⁶¹⁷. Aber im Hinblick auf die komplizierte Problemlage bei der Bestimmung des Prüfungsumfanges der Urteilsverfassungsbeschwerde sollte diese Auffassungsvariante nicht von vornherein außer Acht gelassen werden.

Im Folgenden soll unter Berücksichtigung dieser drei Gesichtspunkte den in der Literatur vorgeschlagenen verschiedenen Lösungsansätzen nachgegangen werden.

⁶¹⁶ Zur Kritik an dem Annahmeverfahren siehe oben I. a) dd) u. ee).

⁶¹⁷ Hesse, in: FS für Huber, S. 261 (263 f.); Murswiek, DÖV 1982, 529 (531 ff.); Heun, Funktionellrechtliche Schranken, S. 11 f.; Schlaich/Korioth, a.a.O., Rn. 505; Voßkuhle, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 93 Rn. 36; Düwel, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts, S. 287 ff.; Broß, BayVBl. 2000, 513 (515 f.); Jestaedt, DVBl. 2001, 1309 (1313); aber a.A. Bertrams, DVBl. 1991, 1226 (1230), der die Meinung vertritt, dass sich der Grundsatz der „judicial self-restraint“ unter anderem für das Verhältnis zu den Asylgerichten nutzbar machen lasse.

bb) Analyse der Lösungsvorschläge im Schrifttum

(1) Beschränkung der zu kontrollierenden Rechtsfindungselemente

Hier geht es um den Lösungsansatz, dem zufolge bestimmte Rechtsfindungselemente aus dem Bereich der verfassungsgerichtlichen Prüfung auszuschließen sind. Die Autoren, die sich diesem Ansatz anschließen, erklären meistens nicht eindeutig, ob mit einem derartigen Ausschluss auch gemeint ist, dass die Verfassungsbeschwerde insoweit wegen der fehlenden Prüfungszuständigkeit als unzulässig verworfen werden sollte. Eine solche Schlussfolgerung erscheint jedoch naheliegend, wenn unter der Beschränkung des Prüfungsgegenstandes, wie es ihrer Ansicht nach der Fall ist, eine *Kompetenzabgrenzung* zwischen dem BVerfG und der Fachgerichtsbarkeit verstanden werden soll.

Der genannte Lösungsansatz findet sich in der Rechtsprechung und der Literatur ziemlich häufig:

- In diese Richtung geht die bekannte *Heck*'sche Formel; danach sind „die Gestaltung des Verfahrens, die Feststellung und Würdigung des Tatbestandes, die Auslegung des einfachen Rechts und seine Anwendung auf den einzelnen Fall“ „allein Sache der dafür allgemein zuständigen Gerichte und der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht entzogen“⁶¹⁸. Hierzu ergänzte die *Mephisto*-Formel, dass das BVerfG „nicht befugt“ sei, „seine eigene Wertung des Einzelfalles nach Art eines Rechtsmittelgerichts an die Stelle derjenigen des zuständigen Richters zu setzen“⁶¹⁹.

- Ferner ist die aus einer Verbindung der beiden Formeln entstandene *Steinwedel*'sche Differenzierung zwischen der Norm- und der Fallseite zu nennen. Nach dem Befund *Steinwedels* werden die instanzgerichtliche Sachverhaltsermittlung und das fallbezogene Abwägungsergebnis normalerweise nicht der verfassungsgerichtlichen Prüfung unterzogen, während die Auslegung des einfachen Rechts bzw. die Obersatzbildung auf ihre Verfassungskonformität hin geprüft werden⁶²⁰.

- Im Großen und Ganzen kommt auch *Schuppert* zu diesem Ergebnis. Der Prüfungsumfang bei der Urteilsverfassungsbeschwerde soll nach seiner Meinung im Wesentlichen von „dem Niveau der Abstraktionsebene“ abhängen⁶²¹.

- Eine ähnliche Auffassung wurde auch in der kritischen Anmerkung *Herzogs* zum Lüth-Urteil vertreten: Er beanstandete, dass die vom BVerfG vorgenommene Güterabwägung sich nicht in einer „abstrakten Abwägung abstrakter Rechtsgüter“ erschöpfe, sondern vom BVerfG zu einer *Abwägung im Einzelfall* „fortentwickelt“ worden sei⁶²². Sich dieser Kri-

⁶¹⁸ BVerfGE 18, 85 (92).

⁶¹⁹ BVerfGE 30, 173 (197).

⁶²⁰ *Steinwedel*, „Spezifisches Verfassungsrecht“ und „einfaches Recht“, S. 193 ff.

⁶²¹ *Schuppert*, AöR 103 (1978), 43 (61).

⁶²² *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 260.

tik anschließend erläuterte *Tröndle*, dass das BVerfG mit einer derartigen fallbezogenen Abwägung zugleich „Funktionen einer *Supertatsacheninstanz*“ wahrnehme und auf diese Weise nicht nur seine Kompetenz, sondern auch seine Kognitionsmöglichkeit überschreite⁶²³.

- Für die Beschränkung der zu kontrollierenden Rechtsfindungselemente typisch ist nicht zuletzt der Vorschlag, dass das BVerfG auf „Einzelfallbetrachtungen“⁶²⁴ verzichten und seine Prüfungstätigkeit auf eine Quasinormenkontrolle konzentrieren sollte. Hierfür sprechen sich zahlreiche Autoren aus⁶²⁵.

Inzwischen hat dieser Lösungsansatz vielfältige Relativierungen erfahren. Dies geht vor allem auf die nachfolgende Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG zurück. Nicht nur die Willkür-Judikatur, sondern auch die Formel der Eingriffsintensität schwächte seine früheren Formeln, nämlich die *Heck*'sche und die *Mephisto*-Formel. Dieser Trend wurde in der Literatur aufgenommen.

- So vertrat zum Beispiel *Wank* die Auffassung, dass der Ansatzpunkt der verfassungsgerichtlichen Nachprüfung nicht eine *Sachverhaltswürdigung* oder *Subsumtion*, sondern ein „Auslegungsobersatz“ sei. Im Rahmen des Erforderlichen bei der Obersatz-Kontrolle erhalte das BVerfG freilich die Möglichkeit, auf die Fallseite einzugehen; die Notwendigkeit hierfür ergebe sich vornehmlich daraus, dass sich Rechtssatzauslegung und Einzelfallsubsumtion etwa in Fällen von Generalklauseln oder unbestimmten Rechtsbegriffen nicht sauber trennen ließen⁶²⁶. Zum anderen setze die eingeschränkte Prüfungskompetenz des BVerfG die Willkürlosigkeit der angefochtenen Gerichtsentscheidung voraus. Wenn dies nicht der Fall sei, sollte selbst die fachgerichtliche Entscheidung über einfachrechtliche Fragen unter dem Gesichtspunkt des Willkürverbots nachgeprüft werden⁶²⁷.

- *Scherzbergs* Theorie ging davon aus, dass dem Fachrichter im Prinzip ein „grundsätzlicher Konkretisierungsprimat“ samt einem „im Wege der verfassungsgerichtlichen Kontrolle nicht überprüfbaren Entscheidungsanteil“ zuzuerkennen sei, um einerseits den „Rahmencharakter“ des Grundgesetzes zu bewahren und andererseits bei der juristischen Transformation verfassungsrechtlicher Steuerungsimpulse die „Integrität des konkreten Sach- und Rechtszusammenhangs“ zu gewährleisten⁶²⁸. Dieser Ansatz sollte allerdings durch funktionell-rechtliche Überlegungen ergänzt werden, weil auch den Verfahrenszwecken der Urteilsverfassungsbeschwerde Rechnung zu tragen sei. Nach der Ansicht *Scherzbergs* sind drei Faktoren maßgeblich für die „Intensivierung der verfassungsgerichtlichen Kontrolle“: die „Schwere der Betroffenheit des Beschwerdeführers“, die „Auswirkungen des

⁶²³ *Tröndle*, in: FS für Odersky, S. 259 (268 f.).

⁶²⁴ *Kenntner*, DÖV 2005, 269 (279).

⁶²⁵ *Kenntner*, a.a.O., 279; *Oeter*, AöR 119 (1994), 529 (559 f.); *Starck*, JZ 1996, 1033 (1039 f.); *Haas*, in: FS zum 50-jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, S. 27 (41 ff.); *Voßkuhle*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 93 Rn. 66.

⁶²⁶ *Wank*, JuS 1980, 545 (550).

⁶²⁷ *Wank*, a.a.O., 551.

⁶²⁸ *Scherzberg*, Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“, S. 279 f.

fachgerichtlichen Verfassungsverständnisses auf die Grundrechtsausübung Dritter“ und die „Eignung des Rechtsbehelfs, die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage herbeizuführen“⁶²⁹. Würden diese Faktoren als gewichtig beurteilt, so sollte „eine unumschränkte, auch die Verfassungsmäßigkeit der fallspezifischen Bewertungen des Fachgerichts einbeziehende Überprüfung“ vorgenommen werden. Andernfalls sollte die Gerichtsentscheidung lediglich der Willkürkontrolle unterliegen⁶³⁰.

- Bei der *Düwel*'schen Konstruktion des Prüfungsumfangs dienen die funktionell-rechtlichen Komponenten hingegen dazu, die verfassungsgerichtliche Kontrollbefugnis zu *reduzieren*, nicht sie zu verstärken. Anders als *Scherzberg* hat *Düwel* nämlich nicht angenommen, dass die Einschränkung des verfassungsgerichtlichen Prüfungsumfangs *materiell-rechtlich* zu begründen ist⁶³¹. Stattdessen fasste er die Verfahrenszwecke und damit die Funktionen der Urteilsverfassungsbeschwerde als solche relativ eng auf.

Er meinte: „Die Gewährleistung eines rechtlich beanstandungsfreien Entscheidungsprozesses ist Hauptzweck verfassungsgerichtlicher Kontrolle“⁶³². „Eine auf die Korrektur des fachgerichtlichen Entscheidungsergebnisses ausgerichtete Kontrolle“ könne hingegen nur „ausnahmsweise“ gerechtfertigt werden. Dies sei der Fall, wenn „zur exemplarischen Verdeutlichung grundrechtlicher Wertentscheidungen in bestimmten Rechtsgebieten eine Abwägungsentscheidung vom Bundesverfassungsgericht selbst getroffen werden muß“ oder wenn „ein Beschwerdeführer besonders intensiv in einem seiner Grundrechte betroffen ist“⁶³³.

Aus dem Überblick über die Plädoyers für den angesprochenen Lösungsansatz lässt sich erkennen, dass hier überwiegend funktionell-rechtlich argumentiert wird. Sie zielen gemeinsam auf eine „sinnvolle Funktionenteilung zwischen dem Bundesverfassungsgericht und den anderen Gerichten“⁶³⁴. Eine solche Zielsetzung erscheint an sich naheliegend. In der Tat ist das BVerfG zur Tatsachenermittlung weder besser gerüstet noch verfügt es über größere Fachkenntnisse als die anderen Gerichte. Ohne Beachtung der Sachnähe bzw. Sachkunde der Fachgerichte samt den „institutionellen Mechanismen der Auseinandersetzung mit den konkreten Sachproblemen“⁶³⁵ kann es dem Gericht nicht gelingen, die ihm grundgesetzlich zugewiesene Aufgabe in akzeptanzfähiger Weise auszuführen. Fraglich ist allerdings, ob eine derartige funktionelle Erwägung überhaupt etwas mit der prozessualen Zuständigkeit zu tun hat. Letztere ist nämlich eine positiv-rechtliche Frage, während erstere primär eine (verfassungs-)rechtspolitische darstellt. Dass man sich dieses Unterschiedes bewusst ist, beweisen die folgenden Aussagen:

⁶²⁹ *Scherzberg*, a.a.O., S. 285.

⁶³⁰ *Scherzberg*, a.a.O., S. 286 f.

⁶³¹ *Düwel*, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts, S. 292 f.

⁶³² *Düwel*, a.a.O., S. 267 f.

⁶³³ *Düwel*, a.a.O., S. 294.

⁶³⁴ *Schuppert*, a.a.O., 62.

⁶³⁵ *Oeter*, AöR 119 (1994), 529 (557).

- „Auch blieb das BVerfG bei seiner Abneigung, sich in der fachgerichtlichen Sachverhaltsermittlung zu engagieren. [...] Das ist *verfassungsprozessual nicht zwingend*, wie ein Blick auf §§ 26, 33 Abs. 2 BVerfGG zeigt“⁶³⁶.

- „Tatsächlich wäre *ein absolutes Verbot der Nachprüfung verfassungsprozessual schwer zu begründen*“. Das BVerfG „überläßt zwar die Feststellung der Tatsachen den Vorinstanzen tatsächlich fast völlig und kommt gerade deshalb [...] ohne Beweisaufnahmen aus, weicht aber in deren Würdigung häufig ab, wobei die Grenzen fließend sind. Hier setzt gerade in jüngster Zeit vermehrt Kritik an, die dem Gericht vorwirft, in den Bereich vor allem von Straf- und Ziviljustiz überzugreifen. Die Berechtigung dieser Kritik wird relativiert, wenn man akzeptiert, daß es sich bei der Kompetenzabgrenzung *nicht um ein Verbot* handelt, wie bei der Abgrenzung zwischen Tatsachen- und Revisionsgericht, *sondern um Arbeitsteilung* beim Grundrechtsschutz“⁶³⁷.

Daran ändert sich nichts, wenn auch für eine funktionsorientierte Bestimmung der Prüfungszuständigkeit auf die Regelungen der §§ 90 Abs. 2, 93a Abs. 2 BVerfGG abgestellt wird; das Gebot der Rechtswegerschöpfung und die Annahmeveraussetzungen sagen nichts darüber, welche Rechtsfindungselemente von der verfassungsgerichtlichen Nachprüfung auszuschließen sind. Die Verkopplung der funktionalen Zuständigkeitskriterien mit Merkmalen wie „von allgemeiner Bedeutung“, „ein schwerer und unabwendbarer Nachteil“ oder „grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung“ hilft ebenso wenig weiter. Bis heute kann „weder Einigkeit über die Rechtsschutzfunktion der (Urteils-)Verfassungsbeschwerde erzielt werden, noch herrscht Einvernehmen über die dem Bundesverfassungsgericht bei der Kontrolle der Fachgerichte obliegende Aufgabe“⁶³⁸. Dies ist eigentlich selbstverständlich, zumal die Verfechtung der Beschränkung der verfassungsgerichtlichen Prüfungstätigkeit auf grundsätzliche Rechtsfragen – wie etwa die richterliche Obersatzbildung – oder die Begründungskontrolle kaum hinreichend überzeugend ist, um etwa die folgenden Einwände zu entkräften:

- „Gegenstand der Verfassungsbeschwerde ist nicht die Begründung, sondern das Ergebnis der fachgerichtlichen Entscheidung. [...] Schon von ihrem Gegenstand ist die Verfassungsbeschwerde notwendig Ergebnis-, nicht Verhaltenskontrolle“⁶³⁹.

- „Je mehr die Kontrolle vom Ergebnis her ansetzt, desto näher liegt es, daß sie dem Grad

⁶³⁶ Berkemann, DVBl. 1996, 1028 (1031) [Hervorhebung durch den Verfasser]; auch Voßkuhle, in: v. Manthgoldt/Klein/Starck, GG, Art. 93 Rn. 59. Über die Urteilsverfassungsbeschwerde hinaus formulierte das Sondervotum Steinbergers, BVerfGE 70, 35 (69) ganz allgemein: „Das Bundesverfassungsgericht ist indessen nicht auf die Entscheidung von Rechtsfragen beschränkt, es ist nicht Revisionsgericht. Die – mitunter vielleicht lästige – Kehrseite dieser Lage ist, daß das Gericht die für seine Entscheidung erforderlichen Tatsachen selbst festzustellen hat und etwa an die tatsächlichen Feststellungen anderer Gerichte nicht gebunden ist (vgl. §§ 26 ff., 33 Abs. 2 BVerfGG)“.

⁶³⁷ Bryde, in: FS 50 Jahre BVerfG, S. 533 (548) [Hervorhebung durch den Verfasser].

⁶³⁸ Scherzberg, a.a.O., S. 97.

⁶³⁹ Gusy, Die Verfassungsbeschwerde, S. 58.

der Beeinträchtigung der Grundrechtssphäre, zu der dieses Ergebnis führt, Beachtung schenkt. Die Abwägung zweier miteinander kollidierender (Grund-)Rechtspositionen geschieht nicht durch einen abstrakten Vergleich, sondern muß dem konkreten Konfliktfall gerecht werden⁶⁴⁰.

- Selbst eine edukative Funktion des BVerfG gegenüber den Fachgerichten ist „in der Logik einer gerichtlichen Verfassungskontrolle aber nicht mit genereller Belehrung über die Ausstrahlungswirkung von Verfassungsrecht möglich, sondern nur am konkreten Fall. Das Gericht legt deshalb bis zur Tatbestandsebene herunter dar“⁶⁴¹.

- Vor allem: „Grundrechtsschutz ist Individualschutz. Er kann deshalb auch nur in Ansehung des Einzelfalles wirksam gewährt werden. [...] Würde sich das Bundesverfassungsgericht von der Tatsachenfront völlig zurückziehen, so bliebe es gewiß davor bewahrt, sich in die Kompetenz der Fachgerichte zu verstricken, aber es liefe auch Gefahr, bei der Urteilsbeschwerde zur realitätsfernen Auslegungsinstantz zu denaturieren und die von ihm neu erschlossene Dimension der Grundrechte als ‚objektiver Wertentscheidungen‘ sanktionslos zu stellen“⁶⁴².

- Man sollte sich also fragen, ob der „Rechtsschutzauftrag nicht doch dazu zwingt, auch dort tätig zu werden, wo ein Bürger zwar in einem Grundrecht verletzt ist, dies aber ‚nicht grundsätzlich‘ geschah. Darf ein Unterschied zu demjenigen bestehen, der das Glück im Unglück hatte, in eben dieser grundsätzlichen Weise in seinem Grundrecht verletzt zu sein?“⁶⁴³.

Als normative Grundlage für die funktionsorientierte Zuständigkeitsbestimmung scheidet § 31 Abs. 1 BVerfGG ebenfalls aus. Ohne hier auf die wissenschaftliche Debatte⁶⁴⁴ über den Gegenstand der Bindungswirkung näher eingehen zu müssen, spielen folgende Argumente eine Rolle:

- Folgt man der Auffassung, dass sich die Bindungswirkung auf die tragenden Gründe der Entscheidung erstreckt⁶⁴⁵, kann § 31 Abs. 1 BVerfGG der verfassungsgerichtlichen Prüfung eines fallbezogenen Rechtsfindungselements kaum entgegenstehen. Denn unabhängig von der Eigenschaft des Prüfungsgegenstandes – sei er verallgemeinerungsfähig oder nicht –, würden verfassungsgerichtliche Entscheidungen durchaus Bindungswirkung entfalten, zumindest soweit in den die Beurteilung tragenden Gründen eine allgemeingültige Auslegung des Verfassungsrechts vorgenommen wird.

- Selbst wenn man annimmt, dass sich die Bindungswirkung nur auf die Entscheidungsformel bezieht, führt dies nicht ohne Weiteres dazu, dass zur Begründung der Bindungs-

⁶⁴⁰ Lincke, EuGRZ 1986, 60 (64).

⁶⁴¹ Bryde, a.a.O., S. 550.

⁶⁴² Ossenbühl, in: FG 25 Jahre BVerfG, S. 458 (495 f.).

⁶⁴³ Bender, Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung gerichtlicher Entscheidungen, S. 146.

⁶⁴⁴ Ein Überblick über diese Debatte bei Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 485 ff.

⁶⁴⁵ BVerfGE 1, 14 (37); 40, 88 (93), stRspr.

wirkung der Prüfungsgegenstand auf verallgemeinerungsfähige Rechtsfindungselemente beschränkt werden muss. Die Regelung des § 31 Abs. 1 BVerfGG ist jedenfalls sinngemäß auszulegen: Nicht jede Entscheidung des BVerfG muss eine Bindungswirkung im Sinne § 31 Abs. 1 BVerfGG haben, sondern nur diejenige, die für die Entfaltung einer solchen Bindungswirkung geeignet ist. So kommt eine Bindungswirkung zum Beispiel dann nicht in Betracht, wenn es lediglich um eine bloße Prozessentscheidung geht⁶⁴⁶; hier wäre es sicherlich sinnlos, über die Rechtskraft hinaus eine Bindungswirkung anzuerkennen. Genauso wenig ist eine Anwendung des § 31 Abs. 1 BVerfGG bei Verfassungsbeschwerden zwingend, deren Streitgegenstand eine konkret-individuelle Regelung darstellt; die Aufhebung oder Billigung einer fallspezifischen Einzelentscheidung kann in der Regel nicht mit einer Verallgemeinerungsfähigkeit einhergehen. Indes wurde die Statthaftigkeit einer Verfassungsbeschwerde, die sich gegen eine derartige Einzelentscheidung richtet, nie bezweifelt.

- Es wäre äußerst widersprüchlich, einerseits zu behaupten, dass in Anbetracht des § 31 Abs. 1 BVerfGG der Prüfungsgegenstand bei der Urteilsverfassungsbeschwerde inhaltlich auf die richterliche Obersatzbildung zu beschränkt ist, und zugleich andererseits anzunehmen, dass das BVerfG die fachgerichtliche Sachverhaltsermittlung auf Willkür hin überprüfen kann; die Beanstandung einer willkürlichen Sachverhaltsermittlung im Einzelfall hat mit der Verallgemeinerungsfähigkeit wenig zu tun, es sei denn, dass bei dem in den Gründen enthaltenen Willkürverbot die Verallgemeinerungsfähigkeit von Bedeutung ist.

Ebenso fragwürdig ist außerdem, den Umfang der Prüfungszuständigkeit je nach Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung zu differenzieren. Die damit verbundene Flexibilität der Kognitionsgrenze ist keinesfalls für die Bestimmung der Prüfungskompetenz geeignet:

- Zunächst sollte die *Prüfungszuständigkeit* entweder vorliegen oder fehlen, nicht aber einmal stärker und ein andermal schwächer sein. Im Rahmen des Prozessrechts darf die Kategorie der *Zuständigkeit* nicht mit der der *Prüfungsdichte* vermischt werden. Es ist nochmals daran zu erinnern, dass die Zuständigkeitsfrage unausweichlich an das Recht auf den gesetzlichen Richter anknüpft. Das BVerfG kann also nur entweder ein gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG sein oder nicht. Das Prädikat „intensiv“ oder „geringer intensiv“ passt aber schlechterdings nicht zu dem Rechtsbegriff „gesetzlicher Richter“.

- Der objektivrechtliche Gehalt des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verlangt ferner, „daß die Bestimmung der Zuständigkeit des Richters, zu der auch der Umfang seiner Kontrollbefugnisse zählt, in einer möglichst eindeutigen Weise anhand allgemeiner Normen erfolgt. Demgemäß wird die Einräumung eines Handlungsermessens an den Richter hinsichtlich der Bestimmung seiner Zuständigkeit für unzulässig erachtet“⁶⁴⁷. Die Intensitätsformel er-

⁶⁴⁶ Vgl. BVerfGE 78, 320 (328); 107, 339 (360).

⁶⁴⁷ Schenke, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 55.

füllt jenes verfassungsrechtliche Postulat nicht⁶⁴⁸.

Dieselbe Kritik gilt aber auch für die Forderung, dass die Prüfungszuständigkeit des BVerfG von dem Abstraktionsniveau bzw. der Verallgemeinerungsfähigkeit der jeweiligen Entscheidungsanteile abhängig gemacht werden sollte; ein derartiger Lösungsansatz würde sicherlich ebenfalls ein „Element der Unsicherheit“ in die verfassungsgerichtliche Prüfungszuständigkeit hineinbringen, weil das Abstraktionsniveau „kaum exakt zu messen“ ist⁶⁴⁹.

Eine solche Ungenauigkeit ist jedoch keineswegs als „unvermeidlich“⁶⁵⁰ anzusehen. Die Auslegung des § 90 Abs. 1 BVerfGG ergibt eigentlich, dass die Gerichtsentscheidung als solche – weil sie eben eine Ausübung der „öffentlichen Gewalt“ im Sinne der genannten Vorschrift darstellt – als „prozessualer Gegenstand“⁶⁵¹ bezeichnet werden kann, welcher letztlich die „Grenzen“⁶⁵² der verfassungsgerichtlichen Prüfung bestimmen soll. Eine solche Auslegung, welche diese eindeutige gesetzliche Regelung wiederum ungewiss machen würde, wäre im Hinblick auf das in Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG enthaltene Bestimmtheitsgebot nicht verfassungskonform.

Aus alledem folgt, dass der Lösungsvorschlag, bestimmte Rechtsfindungselemente vom Umfang der verfassungsgerichtlichen Prüfungszuständigkeit *per se* auszuschließen, nicht nur jeder Rechtsgrundlage entbehrt, sondern auch wegen der mangelnden Trennschärfe der funktionsorientierten Zuständigkeitskriterien verfehlt ist. Dieser Lösungsansatz könnte allenfalls dahin umgedeutet werden, dass sich das BVerfG beim Eingreifen in die Fachgerichtsbarkeit je nach Eigenschaft der Entscheidungsanteile *zurückhalten* sollte, um seine Funktionsfähigkeit zu bewahren. In der Tat lässt sich eine derartige Zurückhaltung auch in der Praxis des BVerfG beobachten. „Die Beobachtung einer *faktischen* Zurückhaltung des Gerichts und ihre normative *Rechtfertigung* sind allerdings zweierlei“⁶⁵³; wenn die Ausführung des Grundrechtsschutzauftrags die Einbeziehung von fachrechtlichen Erkenntnissen und konkreten Sach- und Rechtszusammenhängen verlangt, dann müssen die Verfassungsrichter sie sich verschaffen. Die bloße Tatsache, dass dadurch die Funktionsfähigkeit des BVerfG beeinträchtigt wird, ist für die Ausübung der gesetzlich vorgesehenen Kontrollkompetenz rechtlich irrelevant. Ob für die Zurückhaltung andere

⁶⁴⁸ Vgl. *Schlaich*, VVDStRL 39 (1981), 99 (125), der bezüglich des Begriffs der „Intensität“, seiner Anwendung und *Trennschärfe* Bedenken hat; ähnlich *Lincke*, EuGRZ 1986, 60 (72); *Miebach*, Zur Willkür- und Abwägungskontrolle, S. 108.

⁶⁴⁹ *Miebach*, a.a.O., S. 127.

⁶⁵⁰ Vgl. *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 101 Rn. 9: „Das BVerfG [...] lässt ‚unvermeidliche‘ Ungenauigkeit vorheriger gesetzlicher Festlegung zu (BVerfGE 31, 145/163 f.; 69, 112/122; 95, 322/ 329 f.; krit. Roth, [Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter, 2000], 86 f.)“.

⁶⁵¹ *Berkemann*, DVBl. 1996, 1028 (1030).

⁶⁵² *Berkemann*, ebenda, 1030.

⁶⁵³ v. *Arnim*, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, S. 392 [Hervorhebung im Original].

normative Anhaltspunkte heranzuziehen sind, kann hier dahinstehen. Jedenfalls ist festzuhalten, dass auch ein *Zurückhaltungsgebot* zunächst die *Eingriffszuständigkeit* voraussetzen müsste; ohne *Zuständigkeit* wäre ein Appell zur *Zurückhaltung* von vornherein gegenstandslos. Die beiden Aspekte sind also weder auf derselben Ebene zu thematisieren, noch sollte sich das *Zurückhaltungsgebot* auf die Frage der verfassungsprozessualen *Zuständigkeit* auswirken. Wenn man sie kategorisch nicht voneinander unterscheiden würde und wenn man weiterhin vom funktionsorientierten Standpunkt aus auf der *Eingrenzung der Prüfungskompetenz* bestehen wollte, so wäre die folgende Kritik *Böckenfördes* berechtigt:

„Der Gedanke funktionellrechtlicher Begrenzung verfängt sich in sich selbst. Die Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit läßt sich nicht unabhängig von den ihr zugewiesenen Kompetenzen, sondern erst aus ihnen heraus bestimmen. Mithin kommt es auf die konkreten, im Grundgesetz festgelegten Aufgaben und Befugnisse an. Ergibt sich daraus, daß es dem Verfassungsgericht obliegt, die Geltung der Grundrechte in näher geregelten Verfahren zu gewährleisten, und sind die Grundrechte auch objektive Grundsatznormen für alle Bereiche des Rechts, die gemäß Art. 1 Abs. 3 GG in diesem normativen Gehalt alle drei Staatsfunktionen binden, so kann der dadurch gegebene Kompetenzumfang des Verfassungsgerichts nicht durch den Verweis auf vorgebliche Funktionsgrenzen wieder geschmälert werden“.⁶⁵⁴

(2) Beschränkung der Entscheidungsmaßstäbe

Nicht anfechtbar erscheint demgegenüber derjenige Lösungsansatz, der postuliert, dass das BVerfG nur dann angerufen werden kann, wenn die Verletzung der in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und § 90 Abs. 1 BVerfGG aufgezählten Rechte gerügt wird. Allerdings ist hier problematisch, dass infolge der Entwicklung der materiellgrundrechtlichen Dogmatik die Grenze zwischen dem Verfassungsrecht und dem einfachen Recht verwischt ist (eine Konsequenz des *Elfes-Urteils*) oder die beiden Rechtsbereiche – etwa durch die sog. „Ausstrahlungswirkung“ – miteinander verwoben sind (eine Konsequenz des *Lüth-Urteils*), so dass sie nur schwerlich zu trennen sind. Das Charakteristikum des hier angesprochenen Ansatzes besteht somit darin, derartige Schwierigkeiten dadurch zu umgehen, dass man mithilfe einer funktionell-rechtlichen Argumentation die Problematik der Konsequenzen des *Elfes-* bzw. des *Lüth-Urteils* zu beseitigen versucht.

Als richtungweisend gilt vor allem die Aufstellung der Formel vom „spezifischen Verfassungsrecht“, obwohl diese von den Kritikern als eine „Leerformel“⁶⁵⁵ be-

⁶⁵⁴ *Böckenförde*, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, S. 64.

⁶⁵⁵ *Zuck*, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, Rn. 580; *Diüwel*, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts, S. 21.

zeichnet wird. Viele Autoren wollten ihr eine handhabbare Kontur geben: Zu den Autoren der ersten Stunde gehören beispielsweise *Ekkehard Schumann*, *Rudolf Schneider* und *Hans-Jürgen Papier*⁶⁵⁶. Bei ihnen stand die Konzeption, der zufolge bestimmte Entscheidungselemente aus dem verfassungsgerichtlichen Kontrollbereich auszuklammern sind, nicht im Vordergrund. Vielmehr wurde für die Bestimmung des Prüfungsumfangs eine spezifische Verfassungsbezogenheit der behaupteten Grundrechtsverletzung als maßgeblich betrachtet:

- So war etwa *Schumann* der Ansicht, dass das BVerfG „unbeschränkt und ohne Bindung an die tatsächlichen Feststellungen der unteren Gerichte (sofern es nicht bei Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz die Befugnis des § 33 II BVerfGG ausnützt) Beweis erheben [kann], ob die angefochtene Entscheidung die Grundrechte verletzt“, „etwa bei der Frage, ob der Strafrichter seinem Urteil einen zutreffenden Sachverhalt zugrundelegte“⁶⁵⁷. Die starke Einzelfallbezogenheit stellt nach seiner Meinung kein Hindernis für die verfassungsgerichtliche Prüfung dar. Insbesondere in Bezug auf die Kontrolle der Anwendung von sog. „verfassungsgeprägten Begriffen“ – wie etwa „Deutscher“ im Sinne des Art. 16 Abs. 2 Satz 1 GG oder „politisch Verfolgte“ im Sinne des Art. 16a Abs. 1 GG – verfocht er eine uneingeschränkte Prüfung; auch das BVerfG habe sich „nicht damit begnügt“, die Auslegung der genannten Begriffe „etwa nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür, der Wesensgehaltssperre, der offenkundigen Fehlinterpretation usw. zu würdigen“, sondern „vielmehr bis ins einzelne nachgeprüft, ob der Beschwerdeführer Deutscher oder politisch Verfolgter ist“⁶⁵⁸. Die Einschränkung des Prüfungsumfangs sollte sich ausschließlich daraus ergeben, dass die *unmittelbar* verletzte Norm nicht als Verfassungsrecht zu identifizieren ist. Diesbezüglich schlug *Schumann* seine bekannte „Umdenken-Formel“ als Ermittlungskriterium der Mittelbarkeit der Grundrechtsverletzung vor. Freilich stellte er damit keine besondere Eigenschaft der Rechtsfindungselemente – wie etwa das *Abstraktionsniveau* – als Abgrenzungskriterium auf.

Mit der Praktizierung der Willkürkontrolle seit Mitte der siebziger Jahre wurde die Differenzierung zwischen der mittelbaren und der unmittelbaren Grundrechtsverletzung erschüttert; das Hauptanwendungsfeld der Willkürformel bilden gerade die *mittelbaren* Grundrechtsverletzungen⁶⁵⁹. Jedoch entwickelte sich der Lösungsansatz, der auf die Beschränkung der vom BVerfG heranzuziehenden Entscheidungsmaßstäbe abhebt, weiter. Eine Übereinstimmung in der Begründung konnte unter seinen Befürwortern allerdings nicht erreicht werden:

- So zog *Waldner* dem Lösungsansatz, welcher nach dem Gegenstand der richterlichen Rechtsfindung differenziert, denjenigen vor, welcher zwischen mittelbarer und unmittelbarer Grundrechtsverletzung differenziert; seiner Auffassung nach hätte das BVerfG mit dem

⁶⁵⁶ Zur Skizze der Meinungen dieser Autoren siehe oben a) bb) (2) (b) (i).

⁶⁵⁷ *Schumann*, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, S. 40.

⁶⁵⁸ *Schumann*, a.a.O., S. 203.

⁶⁵⁹ Siehe oben a) bb) (2) (a).

erstgenannten Lösungsansatz, so „bestehend“ er auch erscheine, „wesentliche Teile des heute erreichten Rechtsschutzstandards nicht durchsetzen können“⁶⁶⁰. Sodann hat *Waldner* aber auch den letztgenannten Ansatz dahingehend relativiert, dass eine mittelbare Grundrechtsverletzung „unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des (objektiv verstandenen) Willkürverbots Relevanz gewinnen“ kann⁶⁶¹. Für die Eingriffsmöglichkeit in solchen Fällen wurde freilich nicht theoretisch argumentiert, sondern eher pragmatisch.

- Demgegenüber wollte eine Reihe von Autoren die Beibehaltung des in diesem Abschnitt angesprochenen Lösungsansatzes rechtsdogmatisch auf solche Argumente stützen, welche von einer begrenzten Justiziabilität der Grundrechtsnormen ausgehen. So wurde teilweise hervorgehoben, dass der Charakter des Grundgesetzes als sog. „Rahmenordnung“ zu berücksichtigen sei⁶⁶². Teilweise wurde auch vorgeschlagen, zwischen Handlungs- und Kontrollnorm zu unterscheiden⁶⁶³. Dabei wurde die Möglichkeit der Willkürkontrolle nicht ohne Weiteres ausgeschlossen⁶⁶⁴. Jedenfalls musste es auf den Schluss hinauslaufen, dass das BVerfG gegenüber den Fachgerichten lediglich die Kompetenz hat, die Einhaltung der „äußersten Grenzen“ sowie des „Mindeststandards“⁶⁶⁵, also eines „harten Kerns verfassungsrechtlicher Direktiven“⁶⁶⁶, zu kontrollieren; außerhalb der Reichweite einer derartigen Rahmenordnung bzw. Kontrollnorm soll den kontrollierten Staatsorganen ein Entscheidungsspielraum eröffnet sein⁶⁶⁷.

- Hiermit verwandt ist die Meinung, die zwar die allgemeine Beschränkung der Justiziabilität des Grundgesetzes anhand seiner Charakterisierung als Rahmenordnung oder der Unterscheidung zwischen Handlungs- und Kontrollnorm zunächst in Abrede stellt⁶⁶⁸, dann aber zumindest bereichsspezifisch – u.a. im Bereich der Ausstrahlungswirkung auf das Privatrecht – mit dem Hinweis auf die „geringere Regelungsdichte der Grundrechte“ eine begrenzte Prüfungskompetenz des BVerfG zu begründen versucht⁶⁶⁹. Beispielsweise hat *Alleweldt* im Rahmen der sog. „direkten Grundrechtskontrolle“ zwischen „Eingriffs“- und „Ausstrahlungskontrolle“ differenziert. Während das BVerfG bei der Eingriffskontrolle nach seiner Auffassung durchaus aufgrund einzelfallbezogener Erwägungen eine Gerichtsentscheidung aufheben könne, sollte es im Bereich der Ausstrahlungskontrolle „nur eine

⁶⁶⁰ *Waldner*, ZfP 98 (1985), 200 (208).

⁶⁶¹ *Waldner*, a.a.O., 215.

⁶⁶² *Schenke*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 34; *Scherzberg*, Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“, S. 114 f.; *Oeter*, AöR 119 (1994), 529 (557); *Starck*, JZ 1996, 1033 (1039); *Roth*, AöR 121 (1996), 544 (570 ff.); *Bürgermeister*, in: FG für Graßhof, S. 141 (154); kritisch *Hermes*, VVDStRL 61 (2002), 119 (125).

⁶⁶³ *Scherzberg*, a.a.O., S. 121 ff.; v. *Lindeiner*, Willkür im Rechtsstaat?, S.150 f.; kritisch *Heun*, Funktionell-rechtliche Schranken, S. 46 ff.

⁶⁶⁴ Vgl. *Starck*, a.a.O., 1039 f.; *Roth*, a.a.O., 574 f.; v. *Lindeiner*, a.a.O., S. 150 f.

⁶⁶⁵ *Roth*, a.a.O., 571; vgl. auch *Schuppert*, AöR 103 (1978), 43 (69); *Kopp*, AöR 106 (1981), 604 (616 ff.); *Schenke*, a.a.O., S. 36; *Bürgermeister*, a.a.O., S. 154 f.

⁶⁶⁶ *Gerhardt*, ZfP 95 (1982), 467 (476).

⁶⁶⁷ *R. Alexy*, VVDStRL 61 (2002), 7 (8 ff.).

⁶⁶⁸ Vgl. *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 515 ff.; *Alleweldt*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, S. 59 ff. u. 213 f.

⁶⁶⁹ *Schlaich/Korioth*, a.a.O., Rn. 332; *Alleweldt*, a.a.O., S. 254 ff.

Vorgehenskontrolle“ vornehmen, die inhaltlich fast mit der Mephisto-Formel gleichzusetzen ist⁶⁷⁰; denn der ausstrahlende Normanteil der Grundrechte bestimme nicht direkt ein Entscheidungsergebnis, sondern wirke „nur dirigierend“ auf den Einzelfall, indem er den Fachgerichten die Pflicht auferlegt, die Richtlinien und Impulse der Grundrechte aufzunehmen⁶⁷¹.

- Allerdings scheint weder der Rahmencharakter bzw. die Offenheit der Verfassungsnorm noch der Handlungsspielraum des einfachen Rechtssetzers ohne Weiteres eine Beschränkung der Eingriffsmöglichkeit gegenüber fachgerichtlichen Entscheidungen zu erzwingen; die gegensätzliche Meinung *Benders* zeigt das. Die Offenheit der Grundrechte und das Bedürfnis nach ihrer Konkretisierung primär durch den Gesetzgeber wurde zwar auch von *Bender* angenommen⁶⁷². Allerdings führte das im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde nicht zur Reduzierung des verfassungsgerichtlichen Kognitionsumfangs, sondern im Gegenteil zur Erweiterung der Prüfungsbefugnis; anhand des Topos des der „Verwirklichung von Grundrechten dienenden“ Gesetzes wurde der Grundrechtsgehalt noch weiter „verdichtet“⁶⁷³. Indes hat *Bender* den Begriff „selbständiges Grundrecht auf Gesetzmäßigkeit“ abgelehnt; Grundrechte würden nicht beliebige einfache subjektive Rechte gewährleisten⁶⁷⁴, sondern nur „besonders gefährdete Bereiche menschlicher Freiheit und elementarer Gerechtigkeit“ schützen sowie die „Voraussetzungen freier und gleicher Mitwirkung und Mitgestaltung im Gemeinwesen“ garantieren⁶⁷⁵.

Wie gesehen, konnte der scheinbar einleuchtende Lösungsansatz, der auf eine Beschränkung der vom BVerfG heranzuziehenden Entscheidungsmaßstäbe abstellt, keine Übereinstimmung der Meinungen über den Prüfungsumfang bei der Urteilsverfassungsbeschwerde herbeiführen. Bei allen Versuchen, das spezifische Verfassungsrecht sorgfältig von der allgemeinen Rechtmäßigkeit zu trennen, sieht man sich stets mit den Konsequenzen des Elfes- bzw. des Lüth-Urteils konfrontiert. Das grundsätzliche Problem ist also nicht ausgeräumt.

Je abstrakt-begrifflicher von der einfachrechtlichen Rechtsverletzung die Grundrechtsverletzung, für welche das BVerfG zuständig ist, unterschieden wird, desto geringer ist die Steuerungskraft, die daraus resultiert. Wie weit die „äußerste Grenze“ reicht und in welchen Fällen überhaupt von „Mindeststandard“, „hartem Kern verfassungsrechtlicher Direktiven“, „besonders gefährdeten Bereichen menschlicher Freiheit“ oder „realer Freiheit“⁶⁷⁶ die Rede sein kann, lässt sich nicht genau sagen. Ebenso wenig nachvollziehbar ist die Grenzziehung zwischen „Eingriffs“- und

⁶⁷⁰ *Alleweldt*, a.a.O., S. 257.

⁶⁷¹ Vgl. *Alleweldt*, a.a.O., S. 206 f.

⁶⁷² *Bender*, Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung gerichtlicher Entscheidungen, S. 269 ff.

⁶⁷³ *Bender*, a.a.O., S. 336 ff.

⁶⁷⁴ *Bender*, a.a.O., S. 308.

⁶⁷⁵ *Bender*, a.a.O., S. 62 f.

⁶⁷⁶ *Scherzberg*, a.a.O., S. 183.

„Ausstrahlungskontrolle“; die beiden Kontrollarten sind kompatibel, was auch *Alleweldt* teilweise anerkannte⁶⁷⁷. Angesichts der mittlerweile in erheblichem Maße praktizierten Ausdehnung des Grundrechtsschutzes wird außerdem der traditionelle Eingriffs-Begriff heute nicht als unerschütterlich angesehen. Er erfährt vielmehr verschiedene Modifikationen. Hinzuweisen ist vor diesem Hintergrund auf die Möglichkeit, die Ausstrahlungswirkung mit Hilfe eines modifizierten Eingriffsschemas zu rekonstruieren⁶⁷⁸. Durch eine derartige Konstruktion würde eine Gerichtsentcheidung, welche bei der Auslegung einfachen Rechts die ausstrahlende Wertordnung der Grundrechte nicht hinlänglich beachtet und damit letztlich die strittige Verkürzung der Freiheit des Betroffenen verbindlich bestätigt hat, selbst einen *Eingriff* in die Grundrechte darstellen⁶⁷⁹. Jenseits all dieser vagen Begrifflichkeiten ist vor allem problematisch, dass die dadurch vergrößerte Unsicherheit nicht mit dem Bestimmtheitsgebot der Zuständigkeitsregelung vereinbar erscheint.

Es stellt sich die Frage, ob man nicht den Begriff des Entscheidungsmaßstabs weiter fassen sollte als den des Kontrollmaßstabs. Die Kontrollmaßstäbe bei der Verfassungsbeschwerde sind zweifelsohne die in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und § 90 Abs. 1 BVerfGG aufgezählten Rechte. Freilich muss das BVerfG für seine Entscheidung erforderlichenfalls auch andere Maßstäbe – seien es die übrigen Verfassungsvorschriften, sei es ein einfaches Recht oder seien es sogar Erfahrungssätze – heranziehen können. Eine solche Erweiterung der Entscheidungsmaßstäbe ist in der Gerichtsbarkeit sehr häufig zu beobachten; so kann ein Strafgericht für seine Entscheidung auch privatrechtliche Normen berücksichtigen und genauso kann ein Zivilgericht verwaltungsrechtliche Regelungen heranziehen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum dies dem BVerfG von vornherein verwehrt werden sollte. Dass die Beurteilung der einfachrechtlichen Rechtswidrigkeit nicht in den Händen der Fachgerichte monopolisiert sein soll, zeigt auch die genetische Betrachtung:

- In den Beratungen zum Erlass des BVerfGG stand zur Debatte, ob das BVerfG bei der Verfassungsbeschwerde befugt sein sollte, selbst in der Sache zu entscheiden. Der „Ausschuss für Rechtswesen und Verfassungsrecht“ hatte bereits beschlossen, „das Verfassungsgericht wie ein Revisionsgericht zu behandeln, und zwar bei den Fällen des § 90 Abs.

⁶⁷⁷ Vgl. *Alleweldt*, a.a.O., S. 70 ff. u. 265 f.

⁶⁷⁸ Vgl. etwa *Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, S. 174 f.; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 315 ff.; vgl. auch *Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte.

⁶⁷⁹ Es ist freilich eine andere Frage, ob ein derartiger Eingriff im Ergebnis noch verfassungsrechtlich legitimierbar ist oder nicht. Zur Feststellung einer Grundrechtsverletzung wäre zwingend, dass auch in der Ausstrahlungskonstellation das BVerfG nicht auf die Vorgehenskontrolle beschränkt wird, sondern selbst zwischen den grundrechtlichen Interessen des Betroffenen und den anderen Rechtsgütern abwägt – dies müsste allerdings in den Fällen, in denen der Verfassungsbeschwerde stattgegeben wird, meistens implizit erfolgen, denn eine detailliertere Abwägung ist demjenigen Gericht vorbehalten, an das die Sache nach § 95 Abs. 2 BVerfGG zurückverwiesen wird.

2“, also bei einer Vorabentscheidung⁶⁸⁰. Das bedeutet, dass hier der Beschwerdeführer im Verfassungsbeschwerdeverfahren endgültig sein Recht bekommen können sollte. Somit darf das BVerfG hinsichtlich der Rüge der Grundrechtsverletzung keine unvollständige Prüfung vornehmen; ansonsten würde die Beschränkung der Entscheidungsmaßstäbe etwa anhand der *Schumann*'schen Formel in den Fällen der Vorabentscheidung entweder darauf hinauslaufen, dass der Beschwerdeführer sein Recht dauerhaft verlieren kann, wenn die behauptete Grundrechtsverletzung allein formell in der Gesetzeswidrigkeit des die Freiheit des Betroffenen beeinträchtigenden staatlichen Aktes liegt, oder dass der Beschwerdeführer gegebenenfalls zunächst einen schweren und unabwendbaren Nachteil hinnehmen muss, auch wenn er später einen fachgerichtlichen Rechtsbehelf erfolgreich nachholen kann. Freilich entsprächen diese beiden Möglichkeiten sicherlich nicht der Absicht des Gesetzgebers.

- Für die normalen Fälle hingegen, in denen gemäß § 90 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG der Rechtsweg vor der Erhebung der Verfassungsbeschwerde erschöpft werden muss, hat der Gesetzgeber dem BVerfG verweigert, über die Sache des Ausgangsverfahrens zu befinden. Allerdings bedeutet das nicht, dass das BVerfG eine einfachrechtliche Rechtsverletzung nicht berücksichtigen sollte. Der Gesetzgeber hat zwar für eine angemessene Arbeitsteilung zwischen der Verfassungs- und der Fachgerichtsbarkeit gesorgt, jedoch nicht dadurch, dass er dem BVerfG die einfachrechtlichen Entscheidungsmaßstäbe entzogen hat, sondern dadurch, dass er dem BVerfG nur zugestand, die angefochtene Entscheidung aufzuheben und die Sache an das zuständige Gericht zurückzuverweisen. Genauso wie im Verhältnis zu dem Parlament ist das BVerfG auch im Verhältnis zu den Fachgerichten mithin nur als ein Kassationsgericht (im weiten Sinne) konzipiert. Soweit auf diese Weise den Fachgerichten die Zuständigkeit für die letztendliche Konkretisierung einfachen Rechts vorbehalten bleibt, lässt sich durchaus vertretbar behaupten, dass die bloße Heranziehung einfachrechtlicher Normen als sekundäre Entscheidungsmaßstäbe durch das BVerfG noch keinen Einbruch in den Kompetenzbereich der Fachgerichte darstellt.

Die entscheidende Frage bei dem in Rede stehenden Lösungsansatz ist allerdings, ob dieser wirklich mit einer *Zuständigkeitsfrage* verknüpft ist. Bei dieser wird in aller Regel das prozessuale Verhältnis zwischen dem Streitgegenstand und dem Entscheidungsträger in den Vordergrund gestellt. Die Entscheidungsmaßstäbe kommen diesbezüglich nur nachrangig in Betracht. Zwar mag das angeblich verletzte Recht auch als Faktor für die Bestimmung des Streitgegenstandes angesehen werden; zum Beispiel ist der Streitgegenstand dann als Zivilsache zu charakterisieren, wenn eine Verletzung des Privatrechts gerügt wird. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass hierbei die Behauptung des Antragstellers maßgeblich ist. Die Frage, ob eine rügefähige Rechtsverletzung vorliegt, gehört hingegen zur Begründetheitsprüfung. Nur unter besonderen Bedingungen könnte die mangelhafte Darlegung der Rechtsverletzung die Verfassungsbeschwerde unzulässig machen. Solche Bedin-

⁶⁸⁰ Vgl. Prot. 82. Sitzung, ParlA III, S. 17.

gungen liegen vor, wenn der Beschwerdeführer selbst keine Grundrechtsverletzung geltend macht und nach seinem Vortrag die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung von vornherein ausgeschlossen ist (sog. „Möglichkeitstheorie“⁶⁸¹). Abgesehen von dieser Ausnahme, ist davon auszugehen, dass das BVerfG die Prüfungszuständigkeit hat, wenn eine grundrechtsbezogene Rechtsverletzungsrüge vorgebracht wird.

(3) Richterliche Selbstzurückhaltung oder rechtliche Differenzierung?

Wie aufgezeigt, sind die beiden erörterten Lösungsansätze nicht geeignet, die Prüfungszuständigkeit des BVerfG einzugrenzen. Das bedeutet, die Verfassungsbeschwerde ist auch dann nicht unzulässig, wenn fallspezifische und somit kaum verallgemeinerungsfähige Rechtsfindungselemente als Kontrollgegenstände der verfassungsgerichtlichen Prüfung untergezogen werden oder wenn die gerügte Grundrechtsverletzung auf einem Verstoß gegen das einfache Recht beruht. Ohnehin wird die Frage nach dem Prüfungsumfang bei der Urteilsverfassungsbeschwerde zumeist – erstaunlicherweise auch von den Befürwortern der oben erläuterten Lösungsansätze – der Kategorie der Begründetheit zugeordnet⁶⁸².

Dann geht es nicht mehr darum, ob und inwieweit das BVerfG berechtigt ist, die Nachprüfung vorzunehmen. Bei der Begrenzung des Prüfungsumfangs handelt es sich vielmehr im Wesentlichen um die Frage, wie die Sachentscheidung im Verfassungsbeschwerdeverfahren in ein zutreffendes Ergebnis zu steuern ist und nach welchen Kriterien ihre Richtigkeit zu beurteilen ist. Es geht deshalb in erster Linie um die Frage der Auslegung der gesamten Verfassungsnorm. Wenn das BVerfG etwa bei der Kontrolle der anderen Staatsorgane zunächst von der Offenheit der Grundrechtsvorschriften ausgeht und in Bezug auf die Verfassungskonkretisierung dem Gesetzgeber den – zumindest zeitlichen – Primat zuerkennt und das Gericht bei einer konkreten aktuellen Beschwer – und nur hierbei – den Respekt vor der demokratischen Willensbildung und die Intensität der individuellen Grundrechtsbeeinträchtigung miteinander in eine verhältnismäßige Beziehung zu bringen versucht, so findet immer eine prozedural-dynamische, wertende Auslegung des Grundgesetzes statt.

Gerade im Rahmen der Begründetheitsprüfung – nicht aber der Zuständigkeitsermittlung – ist die Ergänzung der materiell-rechtlichen Kriterien durch funktionale

⁶⁸¹ Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, Rn. 619; vgl. auch Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, Rn. 681; Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 216.

⁶⁸² Vgl. etwa Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, S. 179; Bender, Diskuss., in: Verhandlungen des 61. DJT, Bd. II/1, S. O67.

Ansätze, wie manche Autoren betonen⁶⁸³, etwas Selbstverständliches. Dort „stehen die materiell-rechtlichen und die funktionell-rechtlichen Interpretationsprinzipien in unlösbarem Zusammenhang“⁶⁸⁴, wobei ihre Verknüpfung miteinander zu keiner Unsicherheit bei der Beurteilung der Zulässigkeit führt. Methodisch könnte dies „als spezifische Ausprägung einer – weit verstandenen – systematischen Auslegung begriffen werden“⁶⁸⁵. Bemerkenswert ist, dass mit einer derartigen Verbindung der materiell-rechtlichen und der funktionellen Interpretationsansätze nicht nur auf die Feststellung der materiellen Gewährleistungsinhalte der Grundrechte abgezielt wird, sondern auch auf die Ermittlung der *als verfassungsrechtlich vorgegeben gedachten Kontrolldichte*, die – von der verfassungsprozessualen Seite her – einen entscheidenden Faktor für die Begründetheit der Verfassungsbeschwerde bildet:

Zum Beispiel folgt aus der Zusammenschau von Art. 3 Abs. 1 und Art. 95 GG, dass das BVerfG bei der Rüge der Rechtsanwendungsgleichheit die Prüfungsdichte gegenüber fachgerichtlichen Entscheidungen in erster Linie auf die Vertretbarkeitskontrolle zu reduzieren hat; zwar würde jede fehlerhafte Rechtsanwendung in materieller Hinsicht gegen die Gleichheit vor dem Gesetz verstoßen. Einem unbeschränkten Eingriff des BVerfG steht jedoch die grundgesetzliche Aufgabenteilung, wie sie in Art. 95 GG geregelt ist, entgegen.

Da das Grundgesetz aber keine ausdrücklichen Regelungen über die Kontrolldichte enthält, stößt der Versuch, diese allein im Wege der Verfassungsinterpretation zu entwickeln, letzten Endes an seine Grenzen⁶⁸⁶. Zum Beispiel stellt die *Schumann*'sche „Umdenken-Methode“, die im Schrifttum weitgehend gebilligt wird⁶⁸⁷, insoweit eine Einschränkung der Kontrolldichte dar, als die Fachgerichte nur in dem Umfang kontrolliert werden, wie der Gesetzgeber der verfassungsgerichtlichen Prüfung unterliegt. Eine solche Reduzierung der Prüfungsintensität lässt sich jedoch nicht ohne Weiteres mit einer Auslegung der Verfassung begründen; die Gerichte haben nicht die gleiche demokratische Legitimation wie das Parlament und dementsprechend muss der Entscheidungsspielraum der rechtsprechenden Gewalt enger sein als der Handlungsspielraum der gesetzgebenden Gewalt⁶⁸⁸. Auch die Offenheit der Verfassung ändert daran nichts. Diesbezüglich stellt sich die grundlegende Frage, „warum die Vagheit der Beurteilungsmaßstäbe unbedingt zu Lasten des [BVerfG]

⁶⁸³ Vgl. *Krauß*, Der Umfang der Prüfung, S. 141; *Scherzberg*, Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“, S. 135 ff.; *Bender*, Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung gerichtlicher Entscheidungen, S. 270 ff.; *Diüwel*, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts, S. 210 ff.

⁶⁸⁴ *Ehmke*, VVDStRL 20 (1963), 53 (73).

⁶⁸⁵ *Heun*, Funktionell-rechtliche Schranken, S. 49.

⁶⁸⁶ Eine ähnliche Auffassung vertritt *Korioth*, in: FS 50 Jahre BVerfG, S. 55 (78): „Die Hoffnung auf eine im Wege der Verfassungsinterpretation zu gewinnende klare und möglichst einfache Kompetenzabgrenzung zwischen dem Bundesverfassungsgericht und den anderen Gerichten ist unerfüllbar“.

⁶⁸⁷ *Schuppert*, AöR 103 (1978), 43 (59); *Starck*, JZ 1996, 1033 (1039 f.); *Vofßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 93 Rn. 66; kritisch *Bender*, Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung gerichtlicher Entscheidungen, S. 195 ff.; *Robbers*, NJW 1998, 935 (936).

⁶⁸⁸ Vgl. *Alleweldt*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, S. 213.

gehen“ muss; „man könnte ja meinen, die Unbestimmtheit der Maßstäbe erlaube auch umgekehrt eine höchst intensive Kontrolle“⁶⁸⁹, namentlich etwa die Prüfung, ob eine fachgerichtliche Rechtsauffassung über die bloße Einhaltung der Verfassungskonformitätsgrenze hinaus die verfassungsrechtliche Wertordnung unter dem konkreten Umstand des Einzelfalles am vernünftigsten verwirklicht. Diese Zweifel, welche sozusagen als „*advocatus diaboli*“⁶⁹⁰ fungieren, kann man nicht anhand der Argumentationsfigur des „fachrichterlichen Konkretisierungsprimats“⁶⁹¹ ausräumen; dieser ist allenfalls im „zeitlichen“ Sinne zu verstehen⁶⁹². Im „inhaltlichen“ Sinne hat hingegen das BVerfG die „Entscheidungsprärogative“⁶⁹³. Als schlechte Lösung gilt auch der Appell zur richterlichen Selbstbeschränkung, die im Schrifttum weitgehend abgelehnt wird. Wohl vor diesem Hintergrund versuchte eine Reihe von Autoren andere Ansätze zu entwickeln, die aber erst auf der unterverfassungsrechtlichen Ebene zu dogmatisieren sind:

- Zum Beispiel plädierten *Wank* und *Schlaich* für eine Art Analogie zu einer die Revision einschränkenden Regelung, namentlich des § 554b ZPO in der Fassung von 1975. Danach habe sich das BVerfG auf Rechtsfragen „von grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Bedeutung“ zu konzentrieren; ein solcher Gedanke komme schon in den „Selektionsvorschriften“ des BVerfGG – wie etwa § 90 Abs. 2 Satz 2 (Subsidiarität), § 93a Abs. 4 Satz 2 a.F. (Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage) – zum Ausdruck⁶⁹⁴.

- *Schenke* war hingegen der Meinung, dass zwischen dem Revisionsverfahren und dem Verfassungsbeschwerdeverfahren insofern ein „grundlegender Unterschied“ besteht, „als es beim Verfassungsbeschwerdeverfahren primär um die Realisierung der besonderen Verantwortung geht, die dem Verfassungsgericht aus seiner Funktion als Hüter der Verfassung für einen Teilkomplex der Rechtsordnung erwächst, während dieser Gesichtspunkt in Verbindung mit Revisionsverfahren naturgemäß irrelevant ist“. Daneben wies er darauf hin, dass das Kriterium der „grundsätzlichen Klärung einer Rechtsfrage“, obwohl ein derartiges Merkmal für die Vorabentscheidung nach § 90 Abs. 2 Satz BVerfGG oder die Annahme der Verfassungsbeschwerde nach den §§ 93b, 93c BVerfGG a.F. relevant sein kann, dann „schwerlich zu überzeugen vermag, wenn ihm auch in Verbindung mit dem Umfang der Überprüfung befugnis zusätzlich Beachtlichkeit eingeräumt wird“⁶⁹⁵.

Nach seinem alternativen Erklärungsmodell besteht eine strukturelle Parallele zwischen dem Prüfungsumfang des BVerfG bei der Urteilsverfassungsbeschwerde einerseits und der

⁶⁸⁹ v. *Arnim*, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, S. 383.

⁶⁹⁰ v. *Arnim*, a.a.O., S. 383, [Hervorhebung durch den Verfasser].

⁶⁹¹ *Scherzberg*, Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“, S. 132; *Düwel*, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts, S. 247.

⁶⁹² *Alleweldt*, a.a.O., S. 229.

⁶⁹³ *Hoffmann-Riem*, AöR 128 (2003), 173 (189); *Alleweldt*, a.a.O., S. 229; *Heun*, Funktionell-rechtliche Schranken, S. 52 f.

⁶⁹⁴ *Wank*, JuS 1980, 546 (548 ff.); *Schlaich*, VVDStRL 39 (1981), 99 (122 ff.).

⁶⁹⁵ *Schenke*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 29 f.

gerichtlichen Überprüfbarkeit von Ermessensentscheidung der Verwaltung andererseits. Zu kontrollieren ist seiner Meinung nach lediglich die „Ermessensüberschreitung“ oder der „Ermessenfehlgebrauch“ durch das Fachgericht, die auf einer Nichtbeachtung oder nicht ausreichenden Beachtung der grundrechtlichen Wertgehalte beruhen und „für das Ergebnis der Entscheidung [...] von Relevanz sein“ können; bei einer besonders schwerwiegenden Grundrechtsbeeinträchtigung lasse sich freilich die Verengung des Entscheidungsspielraums des Fachrichters – ähnlich wie im Fall einer „Ermessensschrumpfung“ – legitimieren⁶⁹⁶.

Allerdings kann man an dem Ansatz von *Schenke* die gleiche Kritik üben wie an den Ansätzen von *Wank* und *Schlaich*. Das heißt, zwischen der verwaltungsgerichtlichen Ermessenskontrolle und der verfassungsgerichtlichen Rechtsanwendungskontrolle besteht derselbe einer Analogie entgegenstehende Unterschied⁶⁹⁷:

Bei einer Verwaltungsentscheidung können „Zweckmäßigkeitserwägungen von rechtlichen Erwägungen dadurch getrennt werden“, „daß man die Entscheidung an ihrer Rechtsgrundlage mißt und fragt“, ob der Behörde „überhaupt ein Ermessensspielraum eröffnet gewesen sei. Bei der verfassungsgerichtlichen Überprüfung von Gerichtsentscheidungen liegt das Problem aber gerade auch darin, das Verfassungsrecht vom einfachen Recht zu isolieren“⁶⁹⁸. Fraglich ist also, „ob man das Verhältnis des Verfassungsrechts zum einfachen Recht werten kann wie das Verhältnis der den Ermessensfreiraum begrenzenden Gesetze zu diesem Freiraum“⁶⁹⁹.

Wenn auch die erläuterten Ansätze kaum als überzeugend angesehen werden können, liefern sie immerhin einen Hinweis darauf, dass die Begründetheitsprüfung nicht allein von der Auslegung verfassungsrechtlicher Regelungen geprägt wird, sondern auch von der einfachrechtlichen Ausgestaltung des Rechtsbehelfs selbst. Das entscheidende Problem der Lösungsvorschläge von *Wank*, *Schlaich* und *Schenke* besteht allerdings darin, dass sie, anstatt der Ausgestaltung des Rechtsinstituts der Verfassungsbeschwerde näher nachzugehen, zunächst auf die prozessrechtliche Beschaffenheit der anderen Rechtsbehelfe Bezug nahmen und dann die so dargelegte Beschaffenheit mithilfe der Analogie einfach auf die Urteilsverfassungsbeschwerde übertragen wollten.

Zwar gab es seit jeher auch verschiedene Versuche, das Wesen sowie den Zweck der Verfassungsbeschwerde zu erklären und daraus ein Kriterium für die Bestimmung der Prüfungsdichte abzuleiten, doch diese waren meist kaum überzeugend:

- Nach der Auffassung *Schumanns* hat die Verfassungsbeschwerde nicht nur einen „sub-

⁶⁹⁶ *Schenke*, a.a.O., S. 46 ff.

⁶⁹⁷ Vgl. *Miebach*, Zur Willkür- und Abwägungskontrolle, S. 124 f.; *Bender*, a.a.O., S. 180; *Vogel*, Der Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts, S. 177 f.

⁶⁹⁸ *Miebach*, a.a.O., S. 124 f.

⁶⁹⁹ *Bender*, a.a.O., S. 180.

jektiven“, sondern auch einen „objektiven Zweck“. Das heißt, die Verfassungsbeschwerde dient „nicht nur der Abhilfe einer im Einzelfall bestehenden Beeinträchtigung der Grundrechtssphäre, sondern zugleich und gerade auch der Klärung verfassungsrechtlicher Fragen“. Weiterhin führte er aus, dass die beiden Zielsetzungen „als gleichberechtigt nebeneinander gestellt“ worden seien. Die Verfassungsbeschwerde verliere deshalb „ihre vorgesehene Zweckbestimmung, wenn sie Auslegungsprobleme des einfachen Gesetzesrechts klären soll“⁷⁰⁰. Anders gewendet: „Wer erst die Verletzung unter-verfassungsrechtlicher Normen benötigt, um zu einer Grundrechtsverletzung zu kommen“, dürfe nicht mit Erfolg die Verfassungsbeschwerde bemühen können⁷⁰¹.

Nicht ersichtlich ist aber, warum die Beanstandung mittelbarer Grundrechtsverletzungen an dem objektiven Zweck der Verfassungsbeschwerde scheitern muss. Der Widerstreit zwischen ihnen erscheint nicht zwingend; wenn etwa Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG die Grundrechte als subjektive Rechte gewährt, welche von jeglicher ungesetzlichen Einschränkung frei sind, so müsste der Schutz der Verfassungsordnung und der Schutz dieser Rechte auch vor mittelbarer Verletzung untrennbar verbunden sein⁷⁰².

- *Düwel* legte die Betonung ebenfalls auf den objektiven Zweck, auch wenn er die „Rigidität“⁷⁰³ der Auffassung *Schumanns* relativieren wollte. *Düwel* meinte, „hinsichtlich der Gewichtung der beiden Verfahrenszwecke“ sei zu berücksichtigen, dass „allein die objektive Funktion der Verfassungsbeschwerde eine spezifisch verfassungsgerichtliche Tätigkeit erkennen läßt, während die Gewährleistung subjektiven Rechtsschutzes durch das Verfassungsgericht tendenziell auf eine Aufgabenparallelität ausgerichtet“ sei. Sodann koppelte er die Begrenzung der sog. „Kontrollbefugnis“ an die angeblich „in erster Linie auf die Wahrung und Fortbildung des objektiven Verfassungsrechts ausgerichtete“ Funktion des BVerfG. Sein – verglichen mit der Auffassung *Schumanns* – flexibler Lösungsvorschlag lautet, dass „im Regelfall der fachgerichtliche Entscheidungsprozeß kontrolliert wird, während eine intensivierete, auf das Entscheidungsergebnis ausgerichtete Kontrolle nur ausnahmsweise gerechtfertigt ist“⁷⁰⁴.

Wahrscheinlich um den Eindruck einer dogmatischen Beliebigkeit zu vermeiden, hat *Düwel* insbesondere die Regelung des § 93a BVerfGG mehrmals herangezogen. So führte er aus: „In Abgrenzung zur objektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde beschränkt § 93a Abs. 2 lit. b) 2. HS. BVerfGG damit den subjektiven Verfahrenszweck der Verfassungsbeschwerde. Nicht jede mögliche Grundrechtsverletzung begründet also die Entscheidungspflicht des Bundesverfassungsgerichts, wie es den Anschein bei unbefangener Lektüre des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG hat“⁷⁰⁵. „Weniger eindeutig zeigt sich eine spezi-

⁷⁰⁰ *Schumann*, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, S. 195 [Hervorhebung im Original].

⁷⁰¹ *Schumann*, a.a.O., S. 205.

⁷⁰² Vgl. *Schumann*, a.a.O., S. 112: „Wenn nämlich die Rechtsordnung subjektive Rechte gewährt, sind der Schutz der Rechtsordnung und der dieser Rechte untrennbar verbunden“.

⁷⁰³ *Düwel*, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts, S. 263.

⁷⁰⁴ *Düwel*, a.a.O., S. 266 f.

⁷⁰⁵ *Düwel*, a.a.O., S. 257.

fisch verfassungsgerichtliche Funktion, sofern die subjektive Funktion der Verfassungsbeschwerde in Rede steht, die Durchsetzung der Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte im Einzelfall sicherzustellen. [...] Daher muß die subjektive Rechtsschutzfunktion als Ausnahme zu einer im Regelfall auf den fachgerichtlichen Entscheidungsprozeß ausgerichteten Kontrolle verstanden werden. Konsequenterweise ist daher auch in den einzelnen Novellierungen des Annahmeverfahrens für die Verfassungsbeschwerde immer stärker die objektive Funktion in den Vordergrund gestellt worden, während in § 93a Abs. 2 lit. b) BVerfGG mit einem ‚besonders schweren Nachteil‘ die funktionell-rechtliche Rechtfertigung einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle aus Gründen eines ausschließlich subjektiv-individuellen Rechtsschutzinteresses an strenge Voraussetzungen geknüpft wird⁷⁰⁶.

- Eine derartige Bezugnahme auf die Annahmekriterien bei der Bestimmung der Prüfungsdichte ist auch bei anderen Autoren zu beobachten. Zum Beispiel leitete *Kenntner* von der Struktur des Annahmeverfahrens – genauer gesagt, vom Merkmal der „verfassungsrechtlichen Bedeutung“ im Sinne des § 93a Abs. 2 Buchstabe a BVerfGG – das folgende Prüfungsschema ab: Zunächst sei „die mit der Verfassungsbeschwerde aufgeworfene Frage des Verfassungsrechts präzise und in vom Einzelfall gelöster Form zu bestimmen“, dann sollte die verfassungsgerichtliche Entscheidungstätigkeit auf die Beantwortung dieser Frage beschränkt werden⁷⁰⁷.

Es ist allerdings zu fragen, ob man nicht den Zweck des Annahmeverfahrens und den des Hauptsacheverfahrens der Verfassungsbeschwerde voneinander unterscheiden muss; der Zweck des ersten Verfahrens besteht in der Selektion der Verfassungsbeschwerden, während der Zweck des zweiten Verfahrens darin liegt, den begehrten Grundrechtsschutz zu gewähren. Es gibt keine logische Notwendigkeit, die Kriterien für die Selektion auf die Beurteilung der Begründetheit zu übertragen. Wird eine Verfassungsbeschwerde nach den Kriterien des § 93a BVerfGG zur Entscheidung angenommen, erschöpft sich darin die Funktion dieser Kriterien. Ist die Verfassungsbeschwerde zulässig, besteht eine Sachentscheidungspflicht des BVerfG. Unklar ist, warum die Begründetheit der angenommenen und zulässigen Verfassungsbeschwerde wiederum etwa von der objektiven Bedeutung der zu klärenden verfassungsrechtlichen Frage oder von der Möglichkeit eines „besonders schweren Nachteils [bei der Versagung der Entscheidung zur Sache]“ abhängig sein muss. Daneben sollten auch die rechtspolitischen Probleme des Annahmeverfahrens im Auge behalten werden. Dieses Institut stellt keinen wesentlichen Teil der Verfassungsbeschwerde dar. Für die Verfassungsbeschwerde, die als außerordentliches Grundrechtsschutzmittel nunmehr in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und § 90 BVerfGG verankert ist, ist das Annahmeverfahren entbehrlich. Ob die Verfassungsbeschwerde aus Anlass der Novellierung des Annahmeverfahrens tendenziell zu einem objektiven Rechtsklärungsinstitut entarten darf, ist durchaus fraglich⁷⁰⁸. Eine extensive Auslegung des § 93a BVerfGG bedarf deshalb großer Sorgfalt. Eine unbedachte Ausdehnung der Selektionskriterien auf die Begründetheitsprüfung könnte zu einer Erscheinung von „*Wag the Dog*“ im verfassungsprozess-

⁷⁰⁶ *Düwel*, a.a.O., S. 281.

⁷⁰⁷ *Kenntner*, DÖ V 2005, 269 (279 f.).

⁷⁰⁸ Siehe oben 1. a) dd).

rechtlichen Bereich führen: Das heißt, das Ziel des Annahmeverfahrens würde sich zu dem Zweck des Hauptsacheverfahrens der Verfassungsbeschwerde verhalten wie der Schwanz, welcher mit dem Hund wedeln möchte, zu dem Hund.

Wenn weder die Beschreibung bzw. Akzentuierung der objektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde noch eine extensive Auslegung der Regelungen des Annahmeverfahrens eine sichere Grundlage für die Reduzierung der Prüfungsdichte bieten kann, stellt sich die Frage, ob man auf die richterliche Selbstbeschränkung zurückkommen muss. Diese Frage darf allerdings nicht voreilig bejaht werden; zunächst sollte man sich nochmals auf das Wesen der Verfassungsbeschwerde besinnen. Definiert man die Verfassungsbeschwerde als *Antrag des betroffenen Grundrechtsträgers auf einen außerordentlichen gerichtlichen Rechtsbehelf gegen die Grundrechtsverletzung*⁷⁰⁹, findet sich der Schlüssel zu den rechtlich differenzierten Kontrolldichten bei der Urteilsverfassungsbeschwerde darin, das noch ungeklärte Merkmal der „Außerordentlichkeit“ dieses Rechtsbehelfs herauszuarbeiten. Wie gestaltet sich die Konzeption des außerordentlichen Rechtsbehelfs in Deutschland? Welche Entscheidungsmaßstäbe lassen sich daraus entnehmen? Im nachfolgenden Abschnitt wird dies behandelt.

⁷⁰⁹ Siehe oben A. III. 2. c).

C. Normenkontrollkompetenz als konstitutives Element der deutschen Urteilsverfassungsbeschwerde

I. Die genetische Korrelation zwischen der Normenkontrolle und der Urteilsverfassungsbeschwerde

Zur Erklärung der deutschen Konzeption der Außerordentlichkeit des besonderen Grundrechtsschutzmittels ist es notwendig, zunächst von der Entstehungsgeschichte der Verfassungsbeschwerde auszugehen. Auffällig ist dabei, dass die Einführung der Verfassungsbeschwerde in Deutschland mit der Frage, welchem Gericht die Normenkontrollkompetenz zugeteilt werden soll, in einem sehr engen Zusammenhang stand.

1. Die Vorgeschichte der Einführung der Verfassungsbeschwerde

a) Der Vorschlag *Anraths*' in der Sitzung des 34. Deutschen Juristentages vom 14. September 1926

Ein erstes Zeichen einer genetischen Korrelation zwischen der Verfassungsbeschwerde im heutigen Stil und der Normenkontrolle findet sich schon in einem Vorschlag des Rechtsanwalts Dr. *Anraths* in der Sitzung des 34. Deutschen Juristentages vom 14. September 1926. In dieser Sitzung stand zur Debatte, ob die Zuständigkeit des damaligen „Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich“ auf die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des *Reichsrechts* erstreckt werden sollte. In Bezug auf diese Frage schlug *Anraths* vor, die individuelle Beschwerdemöglichkeit, wie sie etwa in § 93 Abs. 1 der bayerischen Verfassungsurkunde von 1919 geregelt war, in das neu auszugestaltende Institut der Normenkontrolle zu integrieren. Er war der Meinung, dass auch dem Einzelnen, der „unter Anwendung des Gesetzes [...] in seinem Recht praktisch verletzt wird“⁷¹⁰, ein Antragsrechts auf Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen zuerkannt werden sollte; es erschien ihm „durchaus unbillig, [...] dem Einzelnen die Möglichkeit der Nachsuchung dieser Entscheidung zu verschließen“⁷¹¹. Damit die Einheitlichkeit der Rechtsprechung über die subjektiven öffentlichen Rechte gewahrt werden konnte, hat *Anraths* darüber hinaus hervorgehoben, dass die Anrufung des Staatsgerichtshofs erst nach dem Durchlaufen des Instanzenzuges erfolgen sollte. Das heißt, dass „nach Eröffnung des

⁷¹⁰ *Anraths*, Diskuss., in: Verhandlungen des 34. DJT, Bd. II, S. 235 (242).

⁷¹¹ *Anraths*, a.a.O., S. 236.

Instanzenzuges der Einzelne in der Lage ist, den Staatsgerichtshof [...] anzurufen“; es sei richtig, dass man „in diesem Falle zur Aufhebung höchstrichterlicher Entscheidungen“ komme⁷¹².

Der Vorschlag *Anraths*' fand allerdings keine große Resonanz. Immerhin zeigte er bereits die Kompatibilität zwischen der Normenkontrolle und der Verfassungsbeschwerde als auch die Notwendigkeit der Aufhebung des Gerichtsurteils bei der nach der Rechtswegerschöpfung auf Antrag des Einzelnen vorgenommenen Normenkontrolle.

b) Die Verfassungsbeschwerde im Herrenchiemseer Verfassungskonvent

aa) Das Motiv für die Überlegungen zur Einführung der Verfassungsbeschwerde

In den Beratungen des Verfassungskonvents auf Herrenchiemsee war die „Notwendigkeit der Zulassung der selbständigen Verfassungsbeschwerde nicht ganz unbestritten“⁷¹³. Da der Verfassungsentwurf des Konvents ohnehin eine Generalklausel für Verwaltungsrechtsstreitigkeiten enthalten musste, war fraglich, „ob und wieweit [daneben] die Verfassungsbeschwerde erforderlich ist und zulässig sein soll“⁷¹⁴. Der Grund hierfür lag darin, dass bis dahin die Verfassungsbeschwerde als ein den fehlenden oder lückenhaften verwaltungsgerichtlichen Rechtsweg ergänzendes Verfahren galt⁷¹⁵.

Ein neues Motiv für die Überlegungen zur Einführung der Verfassungsbeschwerde ergab sich aus dem Bedürfnis, im gerichtlichen Verfahren die inzidente Normenkontrolle zu gewährleisten. Durch die richterliche Vorlage gemäß Art. 137 HChE konnte die „einem behördlichen Akt zugrundeliegende gesetzliche Bestimmung“ zwar der „Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts unterstellt werden“⁷¹⁶, allerdings würde dies leerlaufen, wenn der Richter seine Vorlagepflicht vernachlässigen würde. In diesem Zusammenhang trat etwa *Süsterhenn* am 16. August 1948 in der 4. Sitzung des Unterausschusses III des Verfassungskonvents dafür ein, dass „gegen die Ablehnung der Vorlage an den Verfassungsgerichtshof ein Rechtsmittel vor dem ordentlichen Gericht eingeräumt“ werden sollte, und forderte auch, dass „die Prüfung letzten Endes durch den Verfassungsgerichtshof erfolgen müsse“⁷¹⁷. Dass die-

⁷¹² *Anraths*, a.a.O., S. 240.

⁷¹³ HCh, Bericht des Unterausschusses III, veröff. in: PR, Akten und Protokolle II, S. 324; HCh, Bericht über den Verfassungskonvent, S. 89 (veröff. in: PR, Akten und Protokolle II, S. 622).

⁷¹⁴ Ebenda.

⁷¹⁵ Siehe oben A. II. 1. d).

⁷¹⁶ HCh, Bericht über den Verfassungskonvent, S. 90 (veröff. in: PR, Akten und Protokolle II, S. 622).

⁷¹⁷ HCh, Unterausschuss III: Organisationsfragen, Prot. der 4. Sitzung vom 16. Aug. 1948, S. 73 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 340).

ses Argument gerade unter Bezugnahme auf die Verfassungsbeschwerde vorgebracht wurde, zeigt noch einmal die enge Korrelation zwischen der Einführung der Verfassungsbeschwerde im heutigen Stil und dem Bedürfnis der Nachholung der inzidenten Normenkontrolle.

bb) Das Verhältnis zum fachgerichtlichen Rechtsschutz

Schon im Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee wurde die schwierige Frage des Verhältnisses von Verfassungsbeschwerde und fachgerichtlichen Rechtsbehelfen thematisiert. Dies erfolgte einerseits unter dem Gesichtspunkt der Entlastung des Bundesverfassungsgerichts. Da dieses Gericht „unter Umständen mit einer zu großen Zahl von Beschwerden belastet werden könnte“, waren sich die Mitglieder des Verfassungskonvents einig, dass dieses Problem vermindert werden sollte, indem „man die Rechtsverletzung, wegen deren der Beschwerdeführer vorgehen kann, etwas näher präzisiert“⁷¹⁸. Diesbezüglich führte *Beyerle* aus:

„Der Beschwerdeführer kann also nicht geltend machen, daß dieses und jenes gegen die Verfassung verstößt, sondern er muß sich darauf stützen, daß ein durch die Bundesverfassung gewährleistetes Recht verletzt ist. Zu diesen gewährleisteteten Rechten gehören einmal die Grundrechte, dann aber wohl auch Rechte wie folgende: Jeder hat vor Gericht Anspruch auf rechtliches Gehör; jeder kann sich eines Verteidigers bedienen; niemand darf wegen derselben Tat zweimal gerichtlich verfolgt werden usw. Es soll sich um spezifische Verfassungsrechte handeln, die in der Verfassung als solche herausgehoben sind. Der Beschwerdeführer darf also nicht eine nur aus anderen Rechten abgeleitete Rechtslage geltend machen und daraus eine Verletzung seiner verfassungsmäßigen Rechte ableiten“⁷¹⁹.

Für das Verhältnis zwischen den beiden Gerichtsbarkeiten war – neben dieser Abgrenzung der geltend machbaren Rechtsverletzung – zudem von großer Bedeutung, ob die Verfassungsbeschwerde die vorherige Erschöpfung des Rechtswegs voraussetzen sollte. Die im Verfassungskonvent überwiegende Meinung bejahte das⁷²⁰. Dies warf aber die Frage auf, „wie sich die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu einer etwaigen rechtskräftigen Parteientscheidung verhält“⁷²¹. Dies war früher kaum problematisiert worden, weil nach einer rechtskräftigen Entscheidung der Einzelne keine Verfassungsbeschwerde mehr erheben konnte. Die neue Proble-

⁷¹⁸ Vgl. HCh, Plenarsitzungen vom 23. Aug. 1948, veröff. in: PR, Akten und Protokolle II, S. 454.

⁷¹⁹ Ebenda, S. 454 f.

⁷²⁰ Vgl. HCh, Unterausschuss III: Organisationsfragen, Prot. der 4. Sitzung vom 16. Aug. 1948, S. 73 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 340): „Der Vors. [Dr. Zürcher] stellt zur Erörterung, ob man nicht als Vorbedingung für die Anrufung des Verfassungsgerichtshofs durch den einzelnen Bürger das Durchlaufen des ganzen Instanzenzuges vorschreiben soll“, HCh, Bericht des Unterausschusses III, veröff. in: PR, Akten und Protokolle II, S. 324; HCh, Plenarsitzungen vom 23. Aug. 1948, veröff. in: PR, Akten und Protokolle II, S. 455.

⁷²¹ HCh, Plenarsitzungen vom 23. Aug. 1948, veröff. in: PR, Akten und Protokolle II, S. 455.

matik hing nicht zuletzt mit der Ermöglichung der Verfassungsbeschwerde gegen eine dem Einzelakt zugrunde liegende Gesetzesnorm zusammen. Nur in dieser Annahme lässt sich die damalige Debatte, wie sie unten skizziert wird, verstehen:

- In den Fällen, in denen eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung dem Betroffenen Unrecht zugefügt hat, bevorzugte *Beyerle* gegenüber einer Kassation der Entscheidung die alternative Lösung, wonach sich der Beschwerdeführer gegen die Auswirkung des rechtskräftigen Gerichtsurteils wenden können sollte. Mit anderen Worten: „Wenn das Bundesverfassungsgericht z.B. die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes feststellt, auf das der von den Gerichten zuerkannte Anspruch gestützt wird, würde der Beschwerdeführer wohl ohne weiteres die Zwangsvollstreckung aus einem solchen Zivilurteil mit dem Einwand der Sittenwidrigkeit abwehren können“⁷²².

- *Berger* hielt „es für grundsätzlich unmöglich, daß beispielsweise das Urteil eines Bundesgerichts in einer Zivil- oder Strafsache durch das Bundesverfassungsgericht noch einmal nachgeprüft und nötigenfalls außer Kraft gesetzt wird“; „das würde die höchste Autorität eines solchen Gerichtes in stärkstem Maße beeinträchtigen“. Darüber hinaus bemängelte er an *Beyerles* Ausführungen, dass in diesen nicht berücksichtigt wird, dass „durch eine entgegenstehende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die Rechtskraftwirkung des Urteils [...] als solche berührt wird.“ Damit äußerte *Berger* seine Bedenken, dass „hier eine Art Kassationsgerichtshof, und zwar auch gegen Urteile des höchsten Bundesgerichts, geschaffen wird“⁷²³.

- *Beyerle* entgegnete auf diese Kritik, dass das Bundesverfassungsgericht eine Entscheidung treffen können sollte, „die mit der Auffassung eines rechtskräftigen Gerichtsurteils in Widerspruch steht“; „stellt diese Entscheidung die Nichtigkeit oder Unanwendbarkeit eines Gesetzes fest, so hat das Gesetzeskraft, natürlich zunächst nur für die Zukunft. Aber in einem solchen Falle wird man auch gegen ein rechtskräftiges Urteil, das vollstreckt werden kann, mit der *exceptio doli* ankämpfen können“, wobei die Rechtskraftwirkung als solche immerhin nicht berührt werden solle⁷²⁴.

Nach den Vorstellungen der Mitglieder des Herrenchiemseer Konvents bestand die Außerordentlichkeit der Verfassungsbeschwerde also sicherlich nicht in der Aufhebung einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung, sondern in der Nachholung der inzidenten Normenkontrolle. Dann stellt sich allerdings die Frage, warum eine solche Normenkontrolle erst nach dem Durchlaufen des ganzen Instanzenzuges vorgenommen werden kann. In dieser Hinsicht vertrat *Zürchner*, der ebenfalls gegen die Einführung einer zusätzlichen Kassation von fachgerichtlichen Urteilen Bedenken geltend machte, die Meinung, dass zur Normenkontrolle das Verfassungsgericht auf Anruf einer Prozesspartei jeden Rechtsfall *vorher* an sich ziehen können sollte. Er meinte, dass hierbei eine Aussetzung des Verfahrens anzuordnen sei und das Verfas-

⁷²² Ebenda, S. 455.

⁷²³ Ebenda, S. 457.

⁷²⁴ Ebenda, S. 458.

sungsgericht über die Verfassungsmäßigkeit des fraglichen Gesetzes vorab zu entscheiden habe⁷²⁵.

Ohne diesen Vorschlag *Zürchners* abschließend zu behandeln, beschloss der Herrenchiemseer Konvent schließlich, die Verfassungsbeschwerde in den Zuständigkeitskatalog des Bundesverfassungsgerichts aufzunehmen. So lautete Art. 98 Ziffer 8 HChE:

„Das Bundesverfassungsgericht entscheidet:

[...]

8. über Beschwerden wegen Verletzung der durch dieses Grundgesetz gewährleisteten Grundrechte“⁷²⁶.

c) Die Verfassungsbeschwerde im Parlamentarischen Rat

aa) Die Diskussion

Das Bedürfnis nach einer Einführung der Verfassungsbeschwerde wurde auch im Parlamentarischen Rat weitgehend anerkannt.

In der 2. Sitzung des Plenums vom 8. September 1948 schloss sich der Abgeordnete *Süsterhenn* der Ansicht *Adenauers* an, dass dem Staatsgerichtshof – anders gewendet: dem Bundesverfassungsgericht – die Aufgabe zuerkannt werden sollte, „einem jeden Einwohner Deutschlands den nötigen Schutz gegen Beeinträchtigungen der ihm verfassungsmäßig zugesicherten Grundrechte zu gewähren“; „es gibt nicht nur eine Diktatur des einzelnen, es kann auch eine Diktatur einer parlamentarischen Mehrheit geben. Und davor wollen wir einen Schutz haben in der Form des Staatsgerichtshofes“⁷²⁷.

Auch in der 5. Sitzung des mit dem Rechtspflegeausschuss kombinierten Organisationsausschusses vom 23. September 1948 wurde die Notwendigkeit der Verfassungsbeschwerde, welche in dieser Sitzung als „Popularklage“ bezeichnet wurde, von manchen Abgeordneten hervorgehoben:

- Zum Beispiel vertrat *Zinn* die Meinung, dass „man der übrigen Gerichtsbarkeit die Nachprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, wie das hier vorgesehen ist, im Gegensatz zur Weimarer Zeit entziehen und die Kontrolle der Verwaltung auf ihre Vereinbarkeit

⁷²⁵ Ebenda, S. 456.

⁷²⁶ HCh, Bericht über den Verfassungskonvent, veröff. in: PR, Akten und Protokolle II, S. 600.

⁷²⁷ PR, Plenum, StenBer. der 2. Sitzung vom 8. Sep. 1948, S. 25 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 387).

mit den Grundrechten usw. [dem Bundesverfassungsgericht] überlassen muß⁷²⁸. Er betonte die Wichtigkeit der Verfassungsbeschwerde: „Die Sicherung der aktuellen Grundrechte kann man nur durch die Popularklage ermöglichen. Es nützt nichts, wenn man die Grundrechte in der Verfassung als aktuelles Recht bezeichnet und keinen Weg öffnet, um sie durchzusetzen“⁷²⁹.

- Unter Bezugnahme auf Art. 98 Ziffer 8 HChE führte auch *Katz* aus: „Das, was neu ist, sehe ich in dem, was Kollege *Zinn* die Popularklage genannt hat, daß also jeder einzelne wegen Verletzung der Grundrechte persönlich Klage erheben kann. [...] Das ist etwas, was im amerikanischen Recht immer gegolten hat. Es wäre eine ungeheuer wichtige Bestimmung, die meines Erachtens jetzt in der Verfassung und bei dem zu erlassenden Gesetz Leben bekommen muß“⁷³⁰.

- Dafür sprach sich auch *Mücke* aus, allerdings unter dem Vorbehalt, dass „der Verfassungsgerichtshof als Hüter der Verfassung über Popularklagen nicht in erster Instanz, sondern in letzter Instanz entscheidet“⁷³¹.

- *Löwenthal* erwog die Einführung der Verfassungsbeschwerde mit folgenden Worten: „Die Popularklage würde den Nachteil mit sich bringen, daß sie Querulanten mobilisieren würde, aber natürlich auch den Vorteil, der darin besteht, daß eine Stelle vorhanden ist, die die Verfassungsmäßigkeit von Handlungen der Behörden nachzuprüfen hat; dieser Vorteil wäre doch größer, und deswegen kann dieses Bedenken, daß auch Querulanten sich dieser Institution bedienen würden, meines Erachtens nicht durchschlagen“⁷³². Er bemängelte allerdings an der Auffassung *Mückes*, dass es „nicht zweckmäßig“ wäre, „hier einen Instanzenzug einzuführen“; „Der oberste Gerichtshof sollte in erster und letzter Instanz über die Rechtmäßigkeit von Handlungen nach der Verfassung entscheiden“, zumal ein Rechtszug in derartigen Dingen, die meist sehr dringend sind, nur eine Verschleppung bedeutet“⁷³³.

- Der Einführung der Verfassungsbeschwerde stimmte auch *Selbert* mit der folgenden Äußerung zu: „Im Gegensatz zur Weimarer Verfassung wollen wir doch diesmal unter allen Umständen dahin kommen, daß die Grundrechte justiziabel sein müßten, wie wir es nennen“⁷³⁴.

In der Annahme, dass das Oberste Bundesgericht und das Bundesverfassungsgericht miteinander vereinigt würden⁷³⁵, formulierte *Zinn* am 3. November 1948 die Regelungen über die Verfassungsbeschwerde wie folgt:

„Artikel N

⁷²⁸ PR, Organisationsausschuß, kombiniert mit dem Rechtspflegeausschuß, StenProt. der 5. Sitzung vom 23. Sep. 1948, S. 67 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 29).

⁷²⁹ Ebenda, S. 71 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 32).

⁷³⁰ Ebenda, S. 68 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 30).

⁷³¹ Ebenda, S. 77 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 34).

⁷³² Ebenda, S. 78 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 34).

⁷³³ Ebenda, S. 78 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 34).

⁷³⁴ Ebenda, S. 80 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 35).

⁷³⁵ Siehe oben Erster Teil, II. 3. c) bb) (2) (c).

(1) Das Deutsche Bundesgericht (großer Bundessenat) kann wegen Verletzung eines Grundrechtes angerufen werden, wenn die Bedeutung der Sache über den Einzelfall hinausgeht, insbesondere mit einer Wiederholung zu rechnen ist und daher eine allgemeine Regelung erforderlich erscheint.

(2) Das Deutsche Bundesgericht regelt das Verfahren. Seine Entscheidung hat Gesetzeskraft⁷³⁶.

Im Anschluss daran unterbreitete auch *Strauß* am 8. November 1948 einen Vorschlag, nach dem die Verfassungsbeschwerde wie folgt geregelt werden sollte:

„Artikel 21a

(1) Jeder Deutsche kann Verfassungsbeschwerde erheben, wenn er sich durch die Verfügung oder Entscheidung einer Behörde in einem Grundrecht oder in einem sonst nach diesem Grundgesetz zustehenden Recht verletzt glaubt.

(2) Die Verfassungsbeschwerde ist nur zulässig, soweit nicht der Rechtsweg an die Gerichte oder die Verwaltungsgerichte eröffnet ist; sie ist erst zulässig, wenn der Verwaltungsweg erschöpft ist.

(3) Richtet sich die Verfassungsbeschwerde gegen eine Verfügung oder Entscheidung einer Bundesbehörde oder einer Behörde der bundesunmittelbaren Selbstverwaltung, so ist das Oberste Bundesgericht, sonst das Verfassungsgericht des beteiligten Landes zuständig. Das Nähere wird durch Gesetz bestimmt⁷³⁷.

Trotz dieser Wertschätzung bzw. Ausformungsversuche wurde die Verfassungsbeschwerde unerklärlicherweise in den späteren Beratungen des Parlamentarischen Rats nicht mehr offiziell diskutiert. Ohne Nennung von Gründen ist dieses Institut letztlich im endgültigen Entwurf des Grundgesetzes entfallen⁷³⁸.

bb) Die vermutlichen Gründe der Nichtaufnahme der Verfassungsbeschwerde

In der Literatur wurden vielfach Vermutungen angestellt, warum die Verfassungsbeschwerde zunächst nicht in das Grundgesetz aufgenommen wurde. Zum Beispiel betrachtete *Zuck* die Nichtaufnahme dieses Instituts als „Folge redaktioneller Hektik“⁷³⁹. *Limbach* nannte als Grund für die Nichtaufnahme, dass die Unsicherheit zu groß gewesen sei, „ob es gelingen könnte, diesen Rechtsbehelf mit einer knappen

⁷³⁶ PR, Vorschlag des Abg. *Zinn* zum Abschnitt „Gerichtsbarkeit und Rechtspflege“ vom 3. Nov. 1948, Drs. 243, S. 3 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 150).

⁷³⁷ Dr. *Strauß*, Neue Vorschläge zur Formulierung der Art. 97-100 (8. Nov. 1948), Anlage 2, veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 410.

⁷³⁸ Vgl. *Lauffer*, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, S. 81 f.; *Hain*, Die Individualverfassungsbeschwerde nach Bundesrecht, S. 58 ff.

⁷³⁹ *Zuck*, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, Rn. 149, Fn. 34.

Formulierung in das Rechtsschutzsystem des Grundgesetzes einzuordnen⁷⁴⁰. Ruppert vermutete, dass „es Streitigkeiten über die Zuständigkeit für diese Klage gegeben hat oder man sie schlicht wegen der Rechtsweggarantie für überflüssig hielt“⁷⁴¹.

Als Hintergrund der plötzlichen Änderung der Haltung des Parlamentarischen Rates ist zu berücksichtigen, dass der Rechtspflegeausschuss ab seiner 5. Sitzung vom 10. November 1948 – abweichend vom bisherigen Beschluss – der institutionellen Trennung von Oberstem Bundesgericht und Bundesverfassungsgericht zuneigte⁷⁴². Dies führte zwangsläufig zum Problem der Kompetenzverteilung zwischen den beiden Gerichten. Vor allem die Frage, welchem Gericht die Kompetenz zur Normenkontrolle zugewiesen werden sollte, war äußerst umstritten⁷⁴³.

Vermutlich knüpfte dies wiederum an die Auseinandersetzung über die Zuständigkeit für die Verfassungsbeschwerde an. Eine heftige Debatte dürfte vor allem von den beiden Abgeordneten *Strauß* und *Zinn* geführt worden sein⁷⁴⁴. Dabei dürfte *Strauß* darauf bestanden haben, dem Obersten Bundesgericht die Zuständigkeit für die Verfassungsbeschwerde zuzuweisen; er hatte bereits im Jahre 1946 überlegt, „ob der Verfassungsgerichtshof auch zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen berufen sein soll, insbesondere bei Klagen wegen Verletzung reichsrechtlicher Grundrechte“, und dies als „besonders zu untersuchende“ Frage bezeichnet⁷⁴⁵. Eine Antwort hierauf formulierte er drei Jahre später in seiner Denkschrift „Die Oberste Bundesgerichtsbarkeit“. Dort erkannte er zwar die Notwendigkeit, ein besonderes Verfassungsgericht einzurichten, an, wollte diesem Gericht aber nur diejenigen Streitigkeiten zuweisen, die einen „politischen Wertakzent“ haben⁷⁴⁶. Abgesehen von derartigen „politischen Verfassungssachen“ sollten alle Rechtsfragen – einschließlich der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen – seiner Meinung nach von den ordentlichen Richtern behandelt werden können⁷⁴⁷. Daraus folgt, dass das Oberste Bundesgericht, welches *Strauß* eigentlich zur realen Spitze der rechtsprechenden Gewalt machen wollte, zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen berufen sein sollte, und zwar auch bei Klagen wegen einer Grundrechtsverletzung. An dieser Auffassung hielt *Strauß* anscheinend bis zum Ende der Beratungen

⁷⁴⁰ *Limbach*, Das Bundesverfassungsgericht, S. 37.

⁷⁴¹ Ruppert, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, § 90 Rn. 7.

⁷⁴² Siehe oben Erster Teil, II. 3. c) bb) (3) (b).

⁷⁴³ Siehe oben Erster Teil, II. 3. c) bb) (3) (c).

⁷⁴⁴ Vgl. *Hain*, a.a.O., S. 66: „Die Diskussion über die Verfassungsbeschwerde scheint“ hier „nicht zwischen den Fraktionen der Parteien geführt worden zu sein, [...] sondern von einigen wenigen Fachleuten, die nach juristischen Argumenten entschieden“.

⁷⁴⁵ *Strauß*, in: *Benz* (Hrsg.), *Bewegt von der Hoffnung aller Deutschen*, S. 216 (219).

⁷⁴⁶ *Strauß*, *Die Oberste Bundesgerichtsbarkeit*, S. 28 f. u. 38.

⁷⁴⁷ *Ebenda*, S. 31 ff.

im Parlamentarischen Rat fest⁷⁴⁸.

Im Gegensatz dazu scheint *Zinn* der Meinung gewesen zu sein, dass die Zuständigkeit für Verfassungsbeschwerden beim Bundesverfassungsgericht liegen sollte; was die Frage nach der Zuteilung der Normenkontrollkompetenz angeht, stand er der Ansicht *Strauß*'s kritisch gegenüber⁷⁴⁹. Somit erscheint die Vermutung naheliegend, dass *Zinn* die Zuweisung der Zuständigkeit für die Verfassungsbeschwerde an das Bundesverfassungsgericht bevorzugt haben könnte, um die Einheitlichkeit der Grundrechtsauslegung zu wahren.

Der Verfassungsgeber könnte allerdings zum einen wegen der Aussichtslosigkeit der schnellen Überwindung dieser Meinungsverschiedenheit und zum anderen wegen des „Zeitmangels“⁷⁵⁰ zunächst auf die Aufnahme der Verfassungsbeschwerde in das Grundgesetz verzichten und dem Gesetzgeber die Entscheidung über ihre Einführung überlassen haben. Dieser Vermutung liegt insbesondere der folgende Inhalt des Berichts, welcher in der 9. Sitzung des Plenums vom 6. Mai 1949 von *Zinn* erstattet wurde, zugrunde:

- „Eine Popularklage, wie sie [...] durch § 54 des bayerischen Gesetzes vom 22. 7. 1947 eingeführt worden ist – die jedermann die Möglichkeit gibt, vor dem bayer. Verfassungsgerichtshof die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes geltend zu machen –, könnte, trotz fehlender besonderer Hervorhebung des Grundrechtskomplexes und eine[r] darauf gegründete[n] Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts, gegebenenfalls durch Bundesgesetz zugelassen werden. [...] Dagegen dürfte es nicht zulässig sein, die Nachprüfung der Grundrechtsmäßigkeit von Gesetzen auf Antrag von Einzelpersonen dem Obersten Bundesgericht zu übertragen. [...] Für die Einschaltung des Obersten Bundesgerichtes sind zwar nicht ungewichtige Gründe geltend gemacht worden, doch hätte der Nachteil einer Trennung der Prüfungskompetenz zwischen Bundesverfassungsgericht und Oberstem Bundesgericht den etwaigen Vorteil überwogen“⁷⁵¹.

- „Der Herrenchiemseer Entwurf hatte weiter vorgesehen, das Bundesverfassungsgericht solle entscheiden über Beschwerden wegen Verletzung der durch das Grundgesetz gewährleisteten Grundrechte. Hiermit war festgelegt das Rechtsinstitut der insbesondere aus dem bayerischen Verfassungsrecht bekannten sogenannten Verfassungsbeschwerde. [...] Mit dieser bayerischen Regelung berührte sich ein Vorschlag des Abg. Dr. *Strauß* [...]. Ein Unterschied [zwischen der bayerischen Regelung und dem *Strauß*'schen Vorschlag] liegt

⁷⁴⁸ Vgl. PR, Rechtspflegeausschuss, StenProt. der 7. Sitzung vom 6. Dez. 1948, S. 44 f. (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 485 f.); PR, Hauptausschuss, StenProt. der 23. Sitzung vom 8. Dez. 1948, S. 274 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 511 f.).

⁷⁴⁹ Vgl. PR, Rechtspflegeausschuss, StenProt. der 7. Sitzung vom 6. Dez. 1948, S. 45 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 486); PR, Hauptausschuss, StenProt. der 23. Sitzung vom 8. Dez. 1948, S. 274 f. (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 513); PR, Hauptausschuss, StenProt. der 37. Sitzung vom 13. Jan. 1949, S. 463 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 545 f.).

⁷⁵⁰ *Hain*, a.a.O., S. 66.

⁷⁵¹ PR, Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes, S. 46.

in erster Linie in der Einschaltung des Obersten Bundesgerichts. [...] Gleichwohl hat man sich später entschlossen, in dem Grundgesetz auf die Verfassungsbeschwerde zu verzichten“. Allerdings „muß es der Entwicklung überlassen bleiben, ob, angesichts der fehlenden Konzentration der Grundrechtsrechtsprechung an einer einzigen Stelle, die Bestimmung des Art. 1 Abs. 2 (Bekenntnis des deutschen Volkes zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten) die gleiche rechtliche Relevanz wird erlangen können“⁷⁵².

Also ist es wahrscheinlich, dass *Zinn* die sog. „Popularklage“ mit der Rechtssatzverfassungsbeschwerde gleichgesetzt hat, während er mit der „Verfassungsbeschwerde“ lediglich diejenige Verfassungsbeschwerde meinte, die sich gegen eine individuelle Verfügung oder Entscheidung der Bundesbehörde richtet. Zwar wurden beide Arten der Verfassungsbeschwerde nicht in das Grundgesetz aufgenommen. Allerdings sah *Zinn* immerhin die Möglichkeit vor, die Verfassungsbeschwerde dem Bundesverfassungsgericht durch Bundesgesetz zuzuweisen. Gegen die Einschaltung des Obersten Bundesgerichts – sowohl bei der Rechtssatzverfassungsbeschwerde als auch bei der andersartigen Verfassungsbeschwerde – äußerte *Zinn* aber wegen der Gefahr der Zersplitterung der Grundrechtsjudikatur Bedenken.

cc) Fazit

Die meisten Abgeordneten des Parlamentarischen Rates hielten die Einführung der Verfassungsbeschwerde für notwendig; sie erwarteten, dass eine grundrechtsverletzende Gesetzesnorm – über die etwa in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2, Art. 100 Abs. 1 GG vorgesehenen Normenkontrollmöglichkeiten hinaus – auch auf Antrag des Einzelnen kontrolliert werden kann. Die Frage war allerdings, welches Gericht in welcher Weise zur Entscheidung über derartige individuelle Beschwerden berufen sein sollte. Vor dem Hintergrund, dass in den Beratungen des Parlamentarischen Rates beschlossen worden war, das Bundesverfassungsgericht und das Oberste Bundesgericht institutionell voneinander zu trennen, gab es im Parlamentarischen Rat anscheinend eine Meinungsverschiedenheit. Die eine Meinung befürwortete eine Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts, während die andere wollte, dass das Oberste Bundesgericht im Wege der Inzidenzprüfung über die Verfassungsmäßigkeit des dem angefochtenen Einzelakt zugrunde liegenden Gesetzes entscheiden können sollte. Der Schlüssel zur Lösung bestand in der Beantwortung der grundlegenden Frage, welches Gericht überhaupt die Normenkontrollkompetenz haben sollte. Angesichts dessen, dass diese Frage bis zur Verabschiedung des Grundgesetzes umstritten war, steht zu vermuten, dass die Bestimmung des für die Verfassungsbeschwerde zuständigen Gerichts zunächst auf spätere Zeit verschoben werden musste.

⁷⁵² Ebenda, S. 46 f.

2. Die Einführung der Verfassungsbeschwerde durch das BVerfGG

a) Die Zuständigkeitsfrage

Die Frage, welches Gericht für die Verfassungsbeschwerde zuständig sein sollte, musste gleich beim Erlass des BVerfGG beantwortet werden. Sowohl der Entwurf, den die SPD am 14. Dezember 1949 im Bundestag als Initiativantrag eingebracht hat⁷⁵³, als auch der, den die Regierung am 24. Februar 1950 an den Bundesrat leitete⁷⁵⁴, gingen davon aus, dass dem BVerfG die Entscheidung von Verfassungsbeschwerden obliegen sollte^{755, 756}. Die verfassungsrechtliche Grundlage hierfür war

⁷⁵³ Vgl. *Hain*, a.a.O., S. 68.

⁷⁵⁴ Vgl. *Hain*, a.a.O., S. 70.

⁷⁵⁵ §§ 56, 57 und 59 des SPD-Entwurfes (BT-Drs. Nr. 328) lauten:

„§ 56

Ist für die Entscheidung in einem gerichtlichen Verfahren die Auslegung einer Bestimmung in den Artikeln 1 bis 19 des Grundgesetzes von Bedeutung, so kann das Gericht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts herbeiführen. [...]“.

„§ 57

(1) Antragsberechtigt ist auch jeder, der geltend macht, daß ein ihm von Grundgesetz gewährtes Grundrecht verletzt sei.

(2) Ist ein gerichtliches Verfahren noch nicht anhängig, so soll das Bundesverfassungsgericht den Antragsteller an das zuständige Gericht verweisen und die Sache dorthin abgeben. Die Verweisung ist bindend und begründet die Rechtshängigkeit für den Zeitpunkt, in welchem der Antrag bei dem Bundesverfassungsgericht einging. Das Bundesverfassungsgericht entscheidet nur, wenn die Bedeutung der Sache über den Einzelfall hinausgeht, insbesondere mit einer Wiederholung zu rechnen ist und daher eine allgemeine Regelung erforderlich erscheint.

(3) Ist ein gerichtliches Verfahren anhängig, so kann nur das mit der Sache befaßte Gericht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einholen.

(4) Ist ein gerichtliches Verfahren abgeschlossen, so kann das Bundesverfassungsgericht nur angeufen werden, wenn der Antragsteller geltend macht, das Gericht habe durch seine Verfahren oder durch seine Entscheidung ein ihm gewährtes Grundrecht verletzt, oder wenn der Antragsteller, falls das Grundrecht den Gegenstand des Verfahrens bildete, die Entscheidung des höchsten in der Sache zuständigen Gerichts herbeigeführt hat. Der Antrag muß innerhalb eines Monats seit Zustellung der angefochtenen Entscheidung beim Bundesverfassungsgericht eingereicht werden. Der Antrag hat keine aufschiebende Wirkung und berührt die Rechtskraft der Entscheidung nicht. Das Bundesverfassungsgericht prüft nur, ob die Entscheidung auf der Verletzung eines vom Grundgesetz gewährten Grundrechts beruht“.

„§ 59

(1) Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wirkt Rechtskraft für und gegen jedermann und bindet die Gerichte und Verwaltungsbehörden.

(2) Das Bundesverfassungsgericht kann eine gerichtliche Entscheidung für kraftlos erklären und in der Sache selbst entscheiden oder die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an ein zuständiges Gericht zurückverweisen.

(3) Ist das Grundrecht durch eine gesetzgebende Körperschaft verletzt worden, so hat die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Gesetzeskraft“.

⁷⁵⁶ §§ 84, 86 und 88 des Regierungsentwurfes (BR-Drs. 125/50) lautet:

„§ 84

Nach Erschöpfung des Rechtswegs (Art. 19 Abs. 4 des Grundgesetzes) kann jedermann mit der Behauptung, durch die öffentliche Gewalt in seinen Grundrechten verletzt zu sein, die Verfassungsbe-

Art. 93 Abs. 2 GG a.F., der die Zuweisung weiterer Kompetenzen an das BVerfG durch Bundesgesetz ermöglichte. Das versteht sich von selbst, wenn man die vorstehende Erläuterung annimmt.

Da die Diskussion über die Verfassungsbeschwerde im Parlamentarischen Rat unterbrochen worden war, musste der Gesetzgeber jede einzelne Frage dieses Rechtsinstituts noch einmal diskutieren. Dabei erhoben sich anfänglich erneut skeptische Stimmen zur Einführung der Verfassungsbeschwerde, jedoch waren sie kaum durchschlagend:

- Zum Beispiel befürchtete der Abgeordnete *Kiesinger* (CDU) die „Möglichkeit, die zu einer Überschwemmung des Bundesverfassungsgerichts mit Vorbringen bloßer Querulanten führen“ kann⁷⁵⁷. Er bezeichnete die Einführung der Verfassungsbeschwerde als „Überjudifizierung“; im normalen Falle sei der Rechtsschutz durch die Fachgerichte ausreichend. Zwar gebe es gegen die Akte der Gesetzgebung keinen direkten Rechtsweg, jedoch gewähre die Möglichkeit der richterlichen Vorlage „einen genügend starken Rechtsschutz“⁷⁵⁸.
- Der Abgeordnete *von Merkatz* (DP) war ebenfalls der Meinung, „mit Rücksicht auf das Vorhandensein der Generalklausel solle man auf die Grundrechtsbeschwerde verzichten, um einen Ansturm von Querulanten auf das Bundesverfassungsgericht zu vermeiden“⁷⁵⁹. Mit der Einführung der Verfassungsbeschwerde würde seiner Ansicht nach ein „Zuviel“ gegeben; „die Handlungen des Staates und seiner obersten Organe über die schon in der Gerichtsverfassung gegebenen Möglichkeiten hinweg auf die Initiative eines Einzelnen hin einer Nachprüfung zu unterziehen“, erscheine „sehr gefährlich“⁷⁶⁰.
- Gegen die Auffassungen der genannten beiden Abgeordneten wendete der Abgeordnete

schwerde zum Bundesverfassungsgericht erheben, soweit eine solche Beschwerde nach dem Recht des Landes nicht statthaft ist“.

„§ 86

Die Verfassungsbeschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung der mit Gründen versehenen rechtskräftigen Entscheidung des Gerichts zu erheben“.

„§ 88

Wird der Verfassungsbeschwerde stattgegeben, so ist in der Entscheidung festzustellen, welche Vorschrift des Grundgesetzes und durch welche Handlung oder Unterlassung sie verletzt wurde, und zu bestimmen, in welcher Weise der Beschwerde abzuhelpen ist. Die Anordnung der nochmaligen Verhandlung und Entscheidung eines rechtskräftig abgeschlossenen gerichtlichen Verfahrens ist ausgeschlossen“.

⁷⁵⁷ BT, Protokoll über die 21. Sitzung des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht (15. Mär. 1950), veröff. in: Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 112.

⁷⁵⁸ BT, Protokoll über die 30. Sitzung des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht (20. Apr. 1950), veröff. in: Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 180 f.

⁷⁵⁹ BT, Protokoll über die 21. Sitzung des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht (15. Mär. 1950), veröff. in: Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 117.

⁷⁶⁰ BT, Protokoll über die 30. Sitzung des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht (20. Apr. 1950), veröff. in: Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 182 f.

Arndt (SPD), der im Wesentlichen den SPD-Entwurf erarbeitet hatte⁷⁶¹, ein, dass „nur dann, wenn der Einzelne seine Grundrechtsklage notfalls an den Verfassungsgerichtshof bringen könne, er überhaupt ein Grundrecht [habe], zumal alle übrigen Gerichtsinstanzen zu sehr geneigt seien, über die ihrem Denken sehr fern liegende Verfassung hinwegzugehen“⁷⁶².

- Der Ministerialrat im Bundesministerium der Justiz *Geiger*, dessen Referentenentwurf zur Grundlage des Regierungsentwurfs geworden war⁷⁶³, wies außerdem auf die „rechtspsychologische“ Bedeutung der Verfassungsbeschwerde hin: „Wenn der einzelne Bürger durch ein oberstes Verfassungsgericht attestiert bekommen könne, daß ihm kein Unrecht geschehen sei“, befinde sich auch darin eine genauso wichtige rechtspsychologische Funktion wie bei einer etwaigen Feststellung der Grundrechtsverletzung⁷⁶⁴. Bejahe man so die Bedürfnisfrage, dürfe man „in einer so wichtigen Sache des Rechts nicht nach der entstehenden Geschäftslast oder den Kosten fragen“⁷⁶⁵.

- Dem stimmte der Abgeordnete *Kopf* (CDU) zu: „Das Bedürfnis für eine Verfassungsbeschwerde sei also durchaus zu bejahen, zumal die Einführung einer solchen Beschwerde auch jedem Bürger das Gefühl gebe, in einem Rechtsstaate zu leben, in dem die Grundrechte nicht nur ein Programm darstellten, sondern sogar rechtlich erzwingbar seien“⁷⁶⁶.

- Für die Notwendigkeit der Verfassungsbeschwerde argumentierte *Schneider* von der FDP wie folgt: „Gerade wenn man der Meinung sei, die Formulierung der Grundrechte in Art. 1 bis 19 der Verfassung sei begrifflich sehr unsicher, müsse bald eine Stelle geschaffen werden, die endlich beginne, diesen Grundrechten Substanz zu geben“⁷⁶⁷. Daneben pflichtete auch er dem rechtspsychologischen Argument *Geigers* zu⁷⁶⁸.

b) Die Debatte über das Verhältnis zu rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen

Die Auseinandersetzung über die Notwendigkeit der Verfassungsbeschwerde erscheint vielleicht banal; sowohl im Herrenchiemseer Verfassungskonvent als auch im Parlamentarischen Rat hatte das Bedürfnis nach der Einführung einer individuellen Anrufungsmöglichkeit des höchsten Normenkontrollgerichts mehr oder weniger außer Frage gestanden. Die erneute Thematisierung einer solchen Bedürfnisfrage

⁷⁶¹ Vgl. *Hain*, a.a.O., S. 68 f.

⁷⁶² BT, Protokoll über die 30. Sitzung des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht (20. Apr. 1950), veröff. in: *Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 176.

⁷⁶³ Vgl. *Hain*, a.a.O., S. 70.

⁷⁶⁴ BT, Protokoll über die 30. Sitzung des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht (20. Apr. 1950), veröff. in: *Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 179.

⁷⁶⁵ Ebenda, S. 179.

⁷⁶⁶ Ebenda, S. 181.

⁷⁶⁷ Ebenda, S. 185.

⁷⁶⁸ Ebenda, S. 185.

hing freilich nicht zuletzt damit zusammen, dass nach dem SPD-Entwurf sowie dem Regierungsentwurf die Anrufung des BVerfG durch den Einzelnen im Prinzip die Abgeschlossenheit des Gerichtsverfahrens voraussetzte. Das bedeutete, dass sich der Bürger nach dem Ergehen einer rechtskräftigen Entscheidung im Wege der Verfassungsbeschwerde nochmal an das BVerfG wenden könnte. Somit stellte sich die Frage, wie sich denn die Verfassungsbeschwerde zu den Kompetenzen der anderen Gerichte von Bund und Ländern – anders gewendet: zur Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen – verhalten sollte.

Der Gedanke, nach Erschöpfung des Rechtsweges noch eine weitere Beschwerdemöglichkeit zu eröffnen, dürfte für die meisten der damals an der Diskussion Beteiligten befremdlich gewesen sein:

- So hegte beispielsweise die sog. „Gesellschaft für Bürgerrechte (Frankfurt a.M.)“ in ihrer „Resolution“ vom 30. März 1950 Bedenken, dass dadurch „eine zusätzliche Instanz geschaffen, die Autorität der ordentlichen und Verwaltungsgerichte beeinträchtigt und die Rechtssicherheit gefährdet wird“⁷⁶⁹. Diese Interessengruppe empfahl hingegen die Popularklage, wie sie in Bayern eingeführt worden war; „um die tätige Mithilfe und verantwortliche Beteiligung der freiheitsbewußten Bürgerschaft für die Verwirklichung der Grundrechte zu gewinnen“, erscheine es jedenfalls „erforderlich, jedem Bürger die Berechtigung einzuräumen, das Bundesverfassungsgericht anzurufen, damit es Gesetze auf ihre Übereinstimmung mit den Grundrechten der Verfassung überprüft“⁷⁷⁰.

- Der Abgeordnete *Etzel* (BP) bemängelte an dieser Befürwortung der Popularklage, dass „das schon wiederholt angeführte Bedenken“ bestehen bleibe, dass „die Rechtskraftwirkung im Interesse der Idee von der Rechtsstaatlichkeit und der Stabilität der staatlichen Ordnung im allgemeinen nicht erschüttert werden dürfe. Auch wenn ein Bundesverfassungsgerichtshof besonders zur Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der oberen Bundesgerichte eingerichtet werden solle, würde die Stellung dieses Gerichts auf dem öffentlichen Sektor wesentlich eingeschränkt werden. Die Frage nach dem Bedürfnis für einen so weitgehenden Rechtsschutz werde also kaum bejaht werden können“⁷⁷¹.

- Wenn auch der Regierungsentwurf im § 88⁷⁷² geregelt hatte, dass eine nochmalige Verhandlung und Entscheidung in einem rechtskräftig abgeschlossenen gerichtlichen Verfahren ausgeschlossen sein sollte, bezweifelte der Abgeordnete *Kiesinger* (CDU), dass die Rechtskraft nicht irgendwie umgangen würde⁷⁷³.

⁷⁶⁹ Resolution der Gesellschaft für Bürgerrechte (Frankfurt a.M.) zu den Entwürfen eines Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht, veröff. in: Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 163.

⁷⁷⁰ Ebenda, S. 163.

⁷⁷¹ BT, Protokoll über die 30. Sitzung des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht (20. Apr. 1950), veröff. in: Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 177.

⁷⁷² Siehe oben Fn. 756.

⁷⁷³ BT, Protokoll über die 30. Sitzung des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht (20. Apr. 1950), veröff. in: Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 180.

- In seiner Stellungnahme gegen die Einführung der Verfassungsbeschwerde führte auch der Abgeordnete *von Merkatz* (DP) aus: „Soweit es um die Anfechtung von Akten der Rechtsprechung gehe – bei der Regelung in § 88 der Regierungsvorlage handle es sich um einen positivistischen Purzelbaum –, komme das Ganze in seiner Wirkung auf die Einführung der Kassation“ hinaus, was allerdings nach der deutschen Rechtstradition „unerträglich“ erscheine⁷⁷⁴.

Der Fokus der Gegenargumente richtete sich auf den ersten Blick auf das angeblich mangelhafte Verfassungsverständnis der Richterschaft:

- So behauptete der Abgeordnete *Arndt* (SPD), dass „unter den heutigen Verhältnissen [...] der Straf- und auch der Zivilrichter meist überhaupt kein Verständnis für das Verfassungsrecht“ habe und dass „auch in der Verwaltungsrechtsprechung ein hinreichendes Verständnis für die Verfassung und ihre Aktualität [ebenso] kaum vorhanden“ sei⁷⁷⁵.

- Der Abgeordnete *Kopf* (CDU) wies darauf hin, dass die Bedeutung der Verfassungsbeschwerde nicht nur darin liege, dass „für den einzelnen in seinen Rechten verletzten Bürger eine *ultima ratio* geschaffen werde, sondern vielmehr darin, daß die objektive Rechtsordnung wiederhergestellt und mit den Forderungen des Grundgesetzes in Einklang gebracht werde, und zwar gerade da, wo sich *in der Rechtsprechung* Lücken ergeben hätten“⁷⁷⁶.

- *Geiger* meinte ebenfalls: „Die Erfahrung zeige, daß die Gerichte sehr häufig geneigt seien, Gesetze unbesehen anzuwenden. Der unbeteiligte Richter sei nicht so sehr wie der unmittelbar betroffene Benachteiligte daran interessiert, die Dinge bis in die letzte Tiefe zu verfolgen. Gerade die zusätzliche Geltendmachung eines Grundrechts durch den einzelnen betroffenen Bürger sei wichtig“⁷⁷⁷.

Allerdings führte die Kritik an dem vermeintlichen Fehlen eines richterlichen Verfassungsverständnisses nicht ohne Weiteres zur Schlussfolgerung, dass zum Schutz der Grundrechte eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung aufzuheben sei. Diesbezüglich gab es innerhalb des Kreises der Befürworter der Verfassungsbeschwerde eine Meinungsverschiedenheit:

- Zunächst bevorzugte *Geiger* (und damit der von ihm erarbeitete Regierungsentwurf) die Lösungsalternative, wonach sich das BVerfG für den Fall, dass „tatsächlich durch ein Urteil“ eine Grundrechtsverletzung herbeigeführt worden ist, auf deren *Feststellung* beschränken sollte. Eine solche Feststellung sollte zu keiner Kassation führen, sondern nur die Wirkungen des Urteils inhibieren⁷⁷⁸. Dies basierte auf dem Gedanken, dass die Rechtskraft des Urteils unangetastet bleiben sollte.

- Demgegenüber bezeichnete der Abgeordnete *Arndt* eine solche Auffassung über die

⁷⁷⁴ Ebenda, S. 182.

⁷⁷⁵ Ebenda, S. 175.

⁷⁷⁶ Ebenda, S. 182 [Hervorhebung durch den Verfasser].

⁷⁷⁷ Ebenda, S. 183.

⁷⁷⁸ Ebenda, S. 183.

Rechtskraft von Urteilen als „absolutes Dogma“; „an dem Prinzip der Rechtskraft werde nicht gerüttelt, soweit es sich nur um eine gerichtliche Kontrolle handle“⁷⁷⁹. Nach seiner Auffassung sollte das BVerfG ein „echtes Gericht“ sein und „deshalb im konkreten Streit auch die Befugnisse eines echten Gerichts haben, die nicht an einer geradezu magischen Auffassung vom Wesen der Rechtskraft scheitern dürften“⁷⁸⁰. Das heißt, „wer durch ein Gerichtsurteil in seinen verfassungsmäßigen Rechten beschränkt werde, müsse in seiner Sache vom Verfassungsgericht, wenn es wirklich ein Gericht sein solle, auch Recht bekommen können“; in dieser Beziehung seien „Bedenken wegen der Wahrung der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens“ nicht zu erheben, „weil die Beschwerde nur innerhalb der üblichen Rechtsmittelfrist von einem Monat zulässig sei“⁷⁸¹. Letztlich plädierte *Arndt* dafür, dass das BVerfG – wie in § 59 Abs. 2 des SPD-Entwurfs vorgesehen⁷⁸² – befugt sein sollte, gegebenenfalls „wie ein Revisionsgericht unmittelbar in der Sache [zu] entscheiden“.

- Unter diesem Umstand erschien es als Kompromisslösung, dem BVerfG die Befugnisse eines Kassationsgerichts zu geben. In seiner 82. Sitzung vom 5. Januar 1951 neigte der Rechtsausschuss des Bundestages allmählich dieser Lösungsalternative zu.

So sprach sich der Abgeordnete *Wahl* (CDU) für die Einführung der Kassation aus: Nach seiner Meinung sollte das BVerfG entscheiden können, ob eine Norm verfassungswidrig ist. Dass sich das BVerfG „darüber hinaus noch in die Sache selbst versenke“, schien ihm „nicht nötig zu sein“; „diese Aufgabe solle man besser den unteren Gerichten überlassen, die die Sachentscheidung hätten“⁷⁸³. „Es entspreche nicht der Würde des Bundesverfassungsgerichts, gewissermaßen als vierte Instanz zu entscheiden. Seine Aufgabe müsse erschöpft sein mit der Feststellung, daß eine Norm, auf der eine Entscheidung beruhe, gegen die Verfassung verstoße“⁷⁸⁴.

Auf den Einwand *Arndts*, dass die Berechtigung, in der Sache zu entscheiden, nicht der Würde des BVerfG schade, erklärte *Geiger*, dass eine solche Berechtigung dem BVerfG „etwas Unmögliches aufbürde“; denn sie setze voraus, dass die Richter des BVerfG die Rechtsmaterie aller Fachbereiche „ebenso gründlich beherrschten wie die Richter eines obersten Verwaltungsgerichts oder obersten Bundesgerichts“⁷⁸⁵. In der Sache zu entscheiden, sei dementsprechend nicht die Aufgabe des BVerfG. „Äußerstenfalls könne man zugestehen, daß es aufhebe und zurückverweise“⁷⁸⁶.

In diesem Zusammenhang vertrat *Römer* die Auffassung, dass etwa „der Weg über die Restitutionsklage [...] viel zu umständlich und auch systematisch nicht richtig“ wäre. „Die einfachste Lösung bleibe die, dem Bundesverfassungsgericht eine kassatorische Funktion zu geben, und zwar mit der Folge, daß die Zurückverweisung in der Regel an die letztin-

⁷⁷⁹ Ebenda, S. 184.

⁷⁸⁰ Prot. 82. Sitzung, ParlA III, S. 8.

⁷⁸¹ Ebenda, S. 8.

⁷⁸² Siehe oben Fn. 755.

⁷⁸³ Prot. 82. Sitzung, ParlA III, S. 11.

⁷⁸⁴ Ebenda, S. 12.

⁷⁸⁵ Ebenda, S. 13.

⁷⁸⁶ Ebenda, S. 16.

stanzlichen oberen Bundesgerichte erfolgen müsse⁷⁸⁷.

Im Lauf der Diskussion wurde dahingehend eine Übereinstimmung erzielt, dass es „keine Kardinalfrage“ sei, ob das BVerfG selbst in der Sache entscheiden könne oder ob es lediglich die Gerichtsentscheidung kassieren und die Sache an ein zuständiges Gericht zurückverweisen könne. Das führte im Ergebnis dazu, dass sich auch *Arndt* letztlich mit der Beschränkung der Befugnis auf Aufhebung und Zurückverweisung einverstanden erklärte, obwohl er es weiter für „die richtige Lösung“ hielt, dem Verfassungsgericht die Befugnis zu geben, in der Sache selbst positiv zu entscheiden⁷⁸⁸.

Aus alledem lässt sich Folgendes erkennen:

Erstens deutet die Ablehnung des Inhibitionsprinzips darauf hin, dass das Rechtsinstitut der Verfassungsbeschwerde jedenfalls auf einen effektiven Schutz der Grundrechte zielen sollte. Die bloße Feststellung einer Grundrechtsverletzung und die Eröffnung der Möglichkeit, etwa eine Restitutionsklage alleine zu erheben, fand der Gesetzgeber unbefriedigend. Darin liegt vielleicht ein Grund, warum der subjektive Zweck dieses Rechtsinstituts im Allgemeinen nicht weniger gewichtet werden kann als der objektive.

Zweitens stellte die Orientierung am Kassationsprinzip ein Resultat der verfassungsprozessualen Kompetenzabgrenzung zwischen der Verfassungs- und der Fachgerichtsbarkeit dar. Durch dieses Prinzip bewahren die Fachgerichte ihre ausschließliche Kompetenz, in der Sache letztverbindlich zu entscheiden.

Drittens zeigt die Debatte über die drei Lösungsalternativen – d.h. Inhibition, Kassation und Revision –, dass der spezifische Inhalt der *Außerordentlichkeit* der deutschen (Urteils-)Verfassungsbeschwerde *nicht a priori* aus der Möglichkeit der *Beseitigung der Rechtskraft* gerichtlicher Entscheidungen herzuleiten ist. Insbesondere nach der Auffassung *Geigers* scheint die Konzeption der Außerordentlichkeit dieses Rechtsbehelfs zum Grundrechtsschutz sogar mit der Wahrung der Rechtskraft im Einklang stehen zu können. Nach der Ansicht *Wahls* war es die Verfassungswidrigkeit der dem Urteil zugrunde liegenden Norm, die letzten Endes zur Kassation des Urteils führen soll. Damit kommt wiederum die unübersehbare Beziehung des Begriffs der Außerordentlichkeit zur inzidenten Normenkontrolle in Betracht.

c) Die inzidente Normenkontrolle als Hauptkonzept des außerordentlichen Rechtsbehelfs

⁷⁸⁷ Ebenda, S. 18.

⁷⁸⁸ Ebenda, S. 17 f.

Würde man aus dem Gesagten ohne Weiteres folgern, dass die spezifische Konzeption der Außerordentlichkeit bei der deutschen Verfassungsbeschwerde allein in der Nachholung der Normenkontrolle besteht, so wäre dies sicherlich eine zu stark vereinfachende Auffassung; bei einer Konstellation, in der etwa wegen der Gefahr, dass dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entsteht, die vorherige Rechtswegerschöpfung nicht erforderlich ist (vgl. § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG), liegt die Außerordentlichkeit eher in der Schnelligkeit bzw. Effektivität des Grundrechtsschutzes als in der Möglichkeit, eine Normenkontrolle vorzunehmen. Als der Gesetzgeber das Problem, dass ein Grundrecht auch „durch Verfahren“⁷⁸⁹ – also durch „Entscheidungen innerhalb des gerichtlichen Verfahrens“⁷⁹⁰ – verletzt werden kann, zur Kenntnis genommen hat, wurde die Notwendigkeit, hierfür einen außerordentlichen Rechtsbehelf vorzusehen, nicht mit einem Bedürfnis nach Normenkontrolle verkoppelt. Wie *Geiger* dargelegt hat, wurde die Verfassungsbeschwerde in den Beratungen des Bundestages zum Erlass des BVerfGG durchaus als ein „systematisch einheitliches Institut“ konzipiert, „das man nicht aufspalten könne in die Popularklage gegen eine Norm, die das Grundrecht beschränkt, und gegen Verwaltungsakte oder Gerichtsurteile“⁷⁹¹. Hinsichtlich der Kontrolle gerichtlicher Entscheidungen wurde nicht *per se* ausgeschlossen, dass das BVerfG gelegentlich eine „Gesetzesverkehrung“ – d.h. eine „mißbräuchliche“ Anwendung eines „an sich gültigen Gesetzes“ – beanstanden kann⁷⁹².

Unbeschadet davon kann man bei einer genauen Betrachtung der Beratungen unschwer erkennen, dass der Gesetzgeber je nach Art der öffentlichen Gewalt unterschiedliche Schwerpunkte gesetzt hat. Ein besonderer Schwerpunkt lag dabei immer noch auf der Kontrolle einer *falsa lex*. Dies verwundert nicht; so drückt etwa die Ansicht *Arndts*, dass die Verfassungsbeschwerde „in der Regel auch eine Normenkontrolle“ sei⁷⁹³, symptomatisch die Denkweise des damaligen Gesetzgebers aus. Wohl gerade darauf ist es zurückzuführen, dass der Rechtsausschuss des Bundestages in seiner 82. Sitzung vom 5. Januar 1951 unter nachdrücklicher Einbeziehung der Urteilsverfassungsbeschwerde die Reglementierung der Rechtsfolge der Normenkontrolle diskutierte:

- *Geiger* wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Regierung von Anfang an der Meinung war, dass „der Weg, Einzelakte des Staates, die auf Grund einer später für nichtig erklärten Norm erlassen worden seien, gleichfalls in ihrem Rechtsbestande zu erschüttern,

⁷⁸⁹ BT, Protokoll über die 31. Sitzung des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht (21. Apr. 1950), veröff. in: Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 206.

⁷⁹⁰ HCh, Plenarsitzungen vom 23. Aug. 1948, veröff. in: PR, Akten und Protokolle II, S. 458.

⁷⁹¹ BT, Protokoll über die 30. Sitzung des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht (20. Apr. 1950), veröff. in: Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 178.

⁷⁹² Prot. 82. Sitzung, ParlA III, S. 24 f.

⁷⁹³ Ebenda, S. 11.

ihr nicht gangbar erscheine“. „Nachdem die überwiegende Mehrheit des Ausschusses in der ersten Generaldebatte zu anderer Auffassung gelangt sei“, bleibe ihm, *Geiger*, die Aufgabe, „nachdrücklich auf die gefährlichen Folgen einer solchen Entwicklung“ – d.h. einer unbeschränkten Rückwirkung der Verfassungswidrigerklärung gegenüber Rechtssätzen – „hinzuweisen und den Wunsch auszusprechen, der Ausschuß möge von einer Bestandsgefährdung solcher Akte absehen“⁷⁹⁴.

- *Arndt* sah den Unterschied zwischen dem SPD-Entwurf und dem Regierungsentwurf in der Frage, ob bei einer begründeten Verfassungsbeschwerde eine *Ex-tunc*- oder eine *Ex-nunc*-Wirkung vorzusehen ist. Er kritisierte an dem Regierungsentwurf, dieser habe „bei der Verfassungsbeschwerde und der dadurch herbeigeführten abstrakten Normenkontrolle lediglich eine Wirkung für die Zukunft zulassen wollen, jedoch keine Rückwirkung auf das abgeschlossene Verfahren, noch nicht einmal auf das des Beschwerdeführers“⁷⁹⁵. Wie bereits erläutert, verfocht *Arndt* im Grunde die Lösungsalternative der „verfassungsrechtlichen Revision“⁷⁹⁶.

- Allerdings veranlasste dies die anderen Ausschussmitglieder, über die Einführung der Kassation nachzudenken. Gerade unter diesem Gesichtspunkt gab *Geiger* „zu erwägen, ob man dem Bundesverfassungsgericht etwa die Befugnis geben solle, Entscheidungen auf die Verfassungsbeschwerde hin aufzuheben, aber nur im Falle der Verfassungsbeschwerde“⁷⁹⁷. Das heißt, für den Fall der Stattgabe der Verfassungsbeschwerde sollte eine Art „*lex specialis* gegenüber dem § 79“⁷⁹⁸ vorgesehen werden, was heute mit der Phrase „vorbehaltlich der Vorschrift des § 95 Abs. 2“ im Sinne des § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG (in Verbindung mit § 79 Abs. 1 BVerfGG) gemeint ist.

Sollte es sich bei dem Rechtsinstitut der Verfassungsbeschwerde „*nicht so sehr um die Kontrolle oder Nachprüfung eines Verfahrens in seiner Gesamtheit [handeln]* als vielmehr um die Nachprüfung der zentralen Frage, ob die öffentliche Gewalt durch irgendeine Maßnahme unberechtigterweise in die Grundrechte des einzelnen Bürgers eingegriffen“ hat⁷⁹⁹ und sollte die Rechtskraft dabei „*nicht erschüttert werden etwa in dem Sinne, daß das ganze Verfahren neuerlich aufgerollt werden*“ könnte⁸⁰⁰, so erscheint es unerlässlich, die jeweiligen Prüfungspunkte mit verschiedenen Akzenten zu versehen. Dann stellt sich die Frage, woran sich eine solche differenzierende Akzentuierung orientieren sollte. Eine wesentliche Antwort dürfte sich in der gesetzgeberischen Konzeption über das außerordentliche Grundrechtsschutzmit-

⁷⁹⁴ Ebenda, S. 3a f.

⁷⁹⁵ Ebenda, S. 7.

⁷⁹⁶ Ebenda, S. 15.

⁷⁹⁷ Ebenda, S. 12.

⁷⁹⁸ Ebenda, S. 28.

⁷⁹⁹ BT, Protokoll über die 30. Sitzung des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht (20. Apr. 1950), veröff. in: Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 177 [Hervorhebung durch den Verfasser].

⁸⁰⁰ Ebenda, S. 178 [Hervorhebung durch den Verfasser].

tel finden. Dort, wo der Gesetzgeber bezüglich der Einführung der Verfassungsbeschwerde den besonderen Schwerpunkt gesetzt hat, könnte man mit Recht eine relativ hohe Prüfungsdichte annehmen. Dazu gehört – nach der vorstehenden Darlegung des Gesetzgebungsvorgangs – die inzidente Normenkontrolle.

d) Urteilsverfassungsbeschwerde als alternativer Normenkontrollmodus

Wenn man annimmt, dass eine der Hauptfunktionen der Urteilsverfassungsbeschwerde in der Kontrolle der einem Gerichtsurteil zugrunde liegenden Gesetzesnorm besteht, stellt sich die Frage, warum die Gesetzesnorm hierbei nicht direkt den Beschwerdegegenstand bilden sollte; zur Gewährleistung der inzidenten Normenkontrolle wäre es auch denkbar, dem Einzelnen ein Recht auf Vorlage eines Gesetzes zur Prüfung seiner Verfassungsmäßigkeit beim BVerfG einzuräumen, ohne dabei ein vollständiges Durchlaufen des Instanzenzuges zu erzwingen.

Der Gegenvorschlag des Bundesrates zu dem Regierungsentwurf enthielt ein solches Konzept. Der Bundesrat setzte sich dafür ein, die sog. „Grundrechtsklage“ einzuführen⁸⁰¹, die sich lediglich gegen „Akte der gesetzgebenden Gewalt“ richten sollte. „Der Rechtsschutz der Grundrechte gegen Akte der vollziehenden und richterlichen Gewalt“ war nach der Ansicht des Bundesrates „durch die ordentliche und sonstige Gerichtsbarkeit, insbesondere auf Grund des Artikels 19 Absatz 4 des Grundgesetzes umfassend und erschöpfend gewährleistet“, so dass die Einführung der Verfassungsbeschwerde im Sinne des Regierungsentwurfs „nicht erforderlich“ sei; ergänzungsbedürftig erschien ihm nur der Grundrechtsschutz gegen „jede Art von Rechtsnormen“, „gleichviel, ob die Rechtsnorm dem Bundesrecht oder dem Landesrecht angehört, gleichviel, ob es sich um ein Gesetz, eine Rechtsverordnung oder eine Satzung (einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder Anstalt) handelt“.⁸⁰²

Nach dem Vorschlag des Bundesrates hätte man nicht befürchten müssen, dass

⁸⁰¹ Die Änderungsvorschläge des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht (17. Mär. 1950) sah in § 84 Abs. 1 folgende Grundrechtsklage vor:

„Wer behauptet, durch eine Rechtsnorm in seinen durch das Grundgesetz gewährleisteten Grundrechten verletzt zu sein oder unmittelbar gefährdet zu werden, kann das Bundesverfassungsgericht anrufen (Grundrechtsklage). Die Anrufung des Bundesverfassungsgerichts ist ausgeschlossen, soweit ein entsprechendes Grundrecht in der Landesverfassung gewährleistet und nach dem Recht des Landes der Landesverfassungsgerichtshof zur Entscheidung berufen ist. Das Bundesverfassungsgericht kann die Klage als zur Zeit unzulässig abweisen, wenn dem Kläger zugemutet werden kann, zuvor in einem anderen gerichtlichen Verfahren, insbesondere vor dem obersten Verwaltungsgericht eines Landes, geltend zu machen, daß die Rechtsnorm wegen Widerspruchs mit einem Grundrecht des Bundes oder dem entsprechenden Grundrecht eines Landes nichtig sei.“

⁸⁰² So erläuterte der Bundesrat in seiner Begründung zu § 84 der Änderungsvorschläge. Vgl. Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 135.

durch die Einführung einer Verfassungsbeschwerde die Rechtskraft fachgerichtlicher Entscheidungen erheblich ausgehöhlt werden könnte. Darüber hinaus könnte es dem prozessökonomischen Gesichtspunkt besser entsprechen, unabhängig von dem Durchlaufen des Instanzenzuges die „Grundrechtsklage“ statthaft zu machen, wenn es sowieso letzten Endes um die Vereinbarkeit eines Gesetzes mit dem GG geht. Dennoch wurde der Änderungsvorschlag des Bundesrates später in den Beratungen des Bundestages nicht akzeptiert. Insbesondere die Teilnehmer an der 82. Sitzung des Rechtsausschusses des Bundestages waren bei der Anerkennung der Zulässigkeit der Rechtssatzverfassungsbeschwerde sehr behutsam:

- Zum Beispiel wies *Römer* darauf hin, dass die Rechtssatzverfassungsbeschwerde tatsächlich als „Umweg“ der „Präklusivfrist“ der Anfechtung der Einzelakte fungieren könnte⁸⁰³. Er hat zwar nicht kritisiert, dass „die Verfassungsbeschwerde nicht nur gegen den einzelnen Verwaltungsakt, sondern auch unmittelbar gegen das Gesetz vorgesehen“ war, jedoch wollte er diese Rechtssatzverfassungsbeschwerde auf die Fälle beschränken, in denen der Beschwerdeführer durch das Gesetz „unmittelbar betroffen“ wird⁸⁰⁴.

- *Geiger* bezeichnete eine Präklusivfrist als notwendig für die Rechtssatzverfassungsbeschwerde⁸⁰⁵. Die Voraussetzung für diese Verfassungsbeschwerde sei außerdem, dass „der Betroffene sich durch das angefochtene Gesetz unmittelbar in seinem Grundrecht verletzt fühlen müsse“⁸⁰⁶. Das heißt, „nur in den Fällen des Abs. 2, falls also ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde, könne der Betroffene unmittelbar die Verfassungsbeschwerde gegen die Norm selbst erheben“⁸⁰⁷. Allerdings war *Geiger* der Meinung, dass bei der Rechtssatzverfassungsbeschwerde die Rechtswegerschöpfung entbehrlich sei, weil es bei Gesetzgebungsakten keinen Rechtsweg gebe oder weil hier ohnehin § 90 Abs. 2 BVerfGG greifen würde⁸⁰⁸.

- Demgegenüber verteidigte *Arndt* seine These, dass „man indirekt gegen jeden Gesetzgebungsakt einen Rechtsweg einschlagen könnte“; „praktisch gebe es kein Gesetz, das nicht auch ausgeführt werden müsse“⁸⁰⁹. Und er verwies auf die „interfraktionelle Abmachung, wonach im Plenum klar gestellt werden solle, daß der § 90 so aufzufassen sei, wie von ihm [...] und dem Vertreter des Justizministeriums angenommen werde“: „In der Sache sei man sich einig, daß sowohl gerichtliche Urteile als auch Gesetzgebungsakte anfechtbar seien. Auch beim Gesetzgebungsakt sei es nach § 90 die Regel, daß erst die Ausführung des Aktes abzuwarten sei“⁸¹⁰. „In der Regel werde der Verfassungsgerichtshof sagen, daß es sich um einen Fall von allgemeiner Bedeutung handeln müsse, wenn es um eine Ent-

⁸⁰³ Prot. 82. Sitzung, ParlA III, S. 30.

⁸⁰⁴ Ebenda, S. 30.

⁸⁰⁵ Ebenda, S. 31.

⁸⁰⁶ Ebenda, S. 31.

⁸⁰⁷ Ebenda, S. 33.

⁸⁰⁸ Ebenda, S. 31.

⁸⁰⁹ Ebenda, S. 32.

⁸¹⁰ Ebenda, S. 33 f.

scheidung über Gültigkeit und Ungültigkeit eines Gesetzes gehe“⁸¹¹.

Also neigte der Bundestag dazu, mit Rücksicht auf die alternative Klagemöglichkeit gegen Einzelakte die Rechtssatzverfassungsbeschwerde nur in einem beschränkten Umfang zuzulassen. Dem liegt die folgende Erwägung zugrunde: Die gesetzgeberischen Akte sollten weder völlig vom Beschwerdegegenstand ausgeschlossen werden, noch sollte die Grundrechtsverletzungsrüge gegen Gesetze allzu leicht missbraucht werden können. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass sich der Gedanke, dass die Anforderung an Verfassungsbeschwerden unmittelbar gegen Gesetze zu erhöhen ist, auch in den Beratungen des Parlamentarischen Rates finden lässt. Zum Beispiel hat *Becker* (FDP) in der 3. Sitzung des Rechtspflegeausschusses vom 22. Oktober 1948 die folgende Meinung vertreten:

„Eine weitere Frage ist nun die Frage der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze. Hier ist die Frage aufzuwerfen: Wenn in einem, sagen wir, Verwaltungsgerichtsverfahren, in einem Prozeßverfahren, die Frage auftaucht, ob hier gegen eine Bestimmung der Verfassung, insbesondere die Grundrechte, verstoßen wird, welchen Rechtsweg wollen wir dann eröffnen? Diese Frage ist zu sehen unter zwei Gesichtspunkten, auf der einen Seite unter dem Gesichtspunkt der Ländergerichtsbarkeit und der Bundesgerichtsbarkeit, auf der anderen Seite unter dem Gesichtspunkt: *ob der, gleich der ersten Instanz in einem Zivilprozeß, in einem Verwaltungsstreitverfahren das Recht zustehen soll – etwa in der Form, wie wir es in Hessen haben –, durch ein Zwischenverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof diese Frage klären zu lassen, oder soll diese Frage durch alle Instanzen hindurchgehen und dann in dritter oder vierter Instanz diese Frage der Verfassungsmäßigkeit an den obersten Gerichtshof des Bundes kommen? Letzteres würde an sich vielleicht klar und zu empfehlen sein*“⁸¹².

Trotz der fehlenden Angabe der Gründe hierfür erscheinen derartige anspruchsvolle Voraussetzungen doch begründbar: Der prozessökonomischen Günstigkeit einer weitgehenden Zulassung der Rechtssatzbeschwerde steht zunächst einmal die Gefahr gegenüber, dass dadurch der gewöhnliche Instanzenzug faktisch umgangen werden könnte. Wenn das BVerfG bei der Überprüfung eines Gesetzes die Fachgerichtsbarkeit nicht einbeziehen könnte, würde das die Funktionsfähigkeit des Gerichts gefährden, wenn es erforderlichenfalls selbst die für die Auslegung eines Gesetzes erforderliche Sachkunde erwerben müsste. Dabei könnte das Gericht in die Gefahr geraten, die eigentlich fachgerichtliche Kompetenz zu usurpieren. All diese Nebenwirkungen stellen sicherlich einen zu hohen Preis für die weitgehende Zulassung der Beschwerde unmittelbar gegen Gesetzesnormen dar. Es bedarf keiner ausführlichen Erläuterung, dass die Verfassungsbeschwerde gegen Einzelakte – letzten

⁸¹¹ Ebenda, S. 34.

⁸¹² PR, Rechtspflegeausschuß, StenProt. der 3. Sitzung vom 22. Okt. 1948, S. 26 (veröff. in: GG, Dokumentation XXIII/1, S. 83) [Hervorhebung durch den Verfasser].

Endes gegen Gerichtsentscheidungen – in der Regel gegenüber der Rechtssatzverfassungsbeschwerde zu bevorzugen ist; soweit auch jene Verfassungsbeschwerde eine inzidente Normenkontrolle vermitteln kann, besteht der Unterschied lediglich im Prüfungsmodus, nicht aber in einem Kontrollverlust.

II. Die praktische Bedeutung der Korrelation

1. Die Differenzierung zwischen *falsa lex* und *falsa interpretatio*

Wenn man annimmt, dass mit der Einführung der Verfassungsbeschwerde der Gesetzgeber die herkömmliche Dogmatik der Rechtskraft nicht allgemein durchbrechen wollte und dass das Hauptkonzept dieses außerordentlichen Grundrechtsschutzmittels in der nachträglichen, inzidenten Normenkontrolle bestanden hat⁸¹³, ergibt sich daraus zunächst eine Differenzierung zwischen der Grundrechtsverletzung durch eine *falsa lex* und der durch eine *falsa interpretatio*: Das heißt, die Rechtskraft und damit die Wahrung der Rechtssicherheit können die Verfolgung der materiellen Gerechtigkeit durch die Stattgabe der Verfassungsbeschwerde insoweit nicht überwiegen, als die in Frage stehende Grundrechtsverletzung auf eine verfassungswidrige Gesetzesnorm zurückzuführen ist. Diese Schlussfolgerung stützt sich nicht nur auf die genetische Auslegung, wie sie oben erläutert ist, sondern auch auf die systematische Auslegung des § 95 Abs. 3 Satz 2 BVerfGG.

Im Bereich der einfachrechtlich fehlerhaften Gesetzesauslegung muss hingegen ein gegenteiliges Verhältnis zwischen der Rechtssicherheit und der Gerechtigkeit herrschen. Hier ist vom prinzipiellen Primat der Rechtssicherheit auszugehen; eine verfassungsgerichtliche Beanstandung eines materiell ungerechten Entscheidungsergebnisses ist nur dann ausnahmsweise möglich, wenn die Willkürschwelle erreicht ist⁸¹⁴. Unter Einbeziehung der genetischen Betrachtung könnte eine systematische Auslegung von Art. 20 Abs. 3 (Rechtsstaatsprinzip), Art. 95 Abs. 1 (Stellung der fünf Bundesgerichte als „oberste Gerichtshöfe“ in den jeweiligen Fachbereichen) und Art. 3 Abs. 1 GG (Willkürverbot) dieses Ergebnis rechtfertigen.

⁸¹³ Vgl. Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 369: Die Mehrheit der Teilnehmer an der 82. Sitzung des Rechtsausschusses des Bundestages war der Meinung, dass „es genüge, dem BVerfG die Befugnisse eines Kassationsgerichtes zu geben. Das Gericht habe also nur zu entscheiden, ob eine Norm gegen die Verfassung verstoße oder nicht. Seine Tätigkeit müsse sich in der Feststellung erschöpfen, daß eine Norm, auf der eine Entscheidung beruhe, gegen die Verfassung verstoße. Es sei nicht Aufgabe des BVerfG, in der Sache selbst zu entscheiden. Auch sei [...] eine Regelung bedenklich, die das BVerfG zu ‚einer vierten Instanz‘ mache, die über den anderen Gerichten stehe. Man könne allenfalls zugestehen, daß das Gericht eine Entscheidung aufhebe und zurückverweise“.

⁸¹⁴ Zum Begriff „Willkürschwelle“ siehe oben B. III. 2. a) bb) (2) (c) (ii) (β) (ββ).

2. Kontrolle der Verfassungskonformität von Gesetzesauslegungen

Mitunter stellt sich die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Verfassungskonformität von Gesetzesauslegungen als eine Quasi-Normenkontrolle dar. Diese Aussage erfordert zunächst die Präzisierung der zwei Begriffe „Normenkontrolle“ und „verfassungskonforme Auslegung“.

Die Frage, was mit „Normenkontrolle“ gemeint ist, erhält meistens keine besondere Aufmerksamkeit. Nach der gängigen Auffassung ist der Gegenstand der Normenkontrolle das Gesetz im formellen Sinne. Allerdings erscheint eine solche Definition nicht weiterführend. Zum einen ist das Gesetz kein vollständiges Regelungssystem. Ein „Zustand, in dem der allwissende und gütige Gesetzgeber nur Regelungen trifft, die gut, gerecht, effizient und sprachlich klar sind und die von engelgleichen Menschen befolgt werden, im typischen wie atypischen Fall“⁸¹⁵ ist nur „hypothetisch vorstellbar“. Die Realität gestaltet sich anders. Nach *Brugger* lassen sich diesbezüglich folgende Problemfelder aufzählen:

- „Der Gesetzgeber bedenkt manchmal nicht alle relevanten Aspekte eines Problems“;
- „Selbst wenn er alle relevanten Aspekte im Blick hat, bringt allein schon die Notwendigkeit einer sprachlichen Feststellung Unsicherheit mit sich, weil die Leser andere Kontext- und Problemverständnisse haben können“;
- „Oder der Gesetzgeber bedenkt alle gegenwärtig einschlägigen Fälle, nach Regelungserlaß treten aber neue Fallgestaltungen auf, die dem jeweiligen Bereich unterfallen“;
- „Oder er reguliert auf einer so abstrakten Ebene (etwa durch die Benutzung nur eines Rechtsprinzips), daß erhebliche Unklarheit über die zu erfassenden Fälle und die Art der Lösung von auftauchenden Problemen besteht“;
- „Es gibt Fälle, in denen verschiedene gesetzliche Regelungen, die alle im gleichen Fall einschlägig sind, zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Jedes Ergebnis für sich genommen ist sicher, alle zusammen aber widersprechen sich; damit liegt auch Entscheidungsunsicherheit vor“;
- „Oder es entstehen Konflikte zwischen einer gemeinwohlverträglichen Lösung im Einzelfall und im Regelfall – die gesetzmäßige Lösung eines (vielleicht atypischen) Falles wird etwa als unbillig empfunden“;
- „Oder in der Auslegung einer Rechtsnorm ergeben sich Konflikte zwischen den interpretativen Horizonten der Sicherheit, der Legitimität und/oder der Zweckmäßigkeit“; usw.⁸¹⁶

Angesichts der Unvollkommenheit bzw. Unsicherheit des Gesetzes erscheint die juristische „Textarbeit“ so notwendig wie der „Rechtstext“ selbst, um den konkreten

⁸¹⁵ *Brugger*, AöR 119 (1994), 1 (14).

⁸¹⁶ *Brugger*, a.a.O., 14 ff.

Gesetzesinhalt im Einzelfall ermitteln zu können⁸¹⁷. In Bezug auf die Normenkontrolle bedeutet dies, dass ohne eine Berücksichtigung der richterlichen Interpretation die Kontrolle des Gesetzes unvollständig ist. Vor diesem Hintergrund ist zu fragen, ob unter „Gesetz“ nur der *Gesetzestext* selbst verstanden werden sollte oder ob für eine substantielle Normenkontrolle nicht der *Gesetzesinhalt*, den der Richter im Wege der Auslegung festgestellt bzw. konkretisiert hat, maßgeblich sein sollte. Diese Fragestellung betrifft wohl alle Länder, in denen das richterliche Prüfungsrecht anerkannt wird; eine wissenschaftliche Diskussion darüber wird beispielsweise auch in Italien⁸¹⁸ und den USA⁸¹⁹ geführt.

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass das Gesetz regelmäßig nicht in seiner Ganzheit geprüft werden muss. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Normenkontrolle wegen einer individuellen Beschwer initiiert wird und die partielle Prüfung einer Gesetzesregelung ausreichend sein kann, um einzelnen Begehren Genüge zu tun. Von Bedeutung ist hierfür die Erkenntnis, dass die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes nicht nur von irgendwelchen an die abstrakt-generelle Regelung allgemein – d.h. nicht in einzelfallbezogener Weise – gestellten verfassungsrechtlichen Anforderungen abhängt, sondern auch vom jeweiligen Spezifikum konkreter Fallkonstellationen, auf welche das Gesetz angewendet wird. Während die Erfüllung jener Anforderungen – wie etwa das Vorliegen der Gesetzgebungskompetenz, die Bestimmtheit der Gesetzesregelung usw. – keinesfalls von der Prüfung auszunehmen ist, müssen sich die Berücksichtigung einer spezifischen Fallgestaltung bzw. Interessenlage und die damit verbundene Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht auf alle denkbaren Fallkonstellationen ausdehnen, sondern können sich auf die betreffende Fallkonstellation beschränken. Die partielle Prüfung in diesem Sinne ist zweckmäßig; für das Normenkontrollgericht erscheint es weder realitätsnah noch wünschenswert, Rechtsnormen ohne Not „unter Loslösung von ihrer konkreten Anwendung“⁸²⁰ zu prüfen. Dies lässt sich vor allem auf die folgenden Erwägungen stützen:

Hinsichtlich der Verwirklichung der verfassungsrechtlichen Wertordnung stehen die Legislative und die Judikative jeweils auf verschiedenen Ebenen. Bei der abstrakt-generellen Reglementierung einer Vielzahl von Fällen ist der Gesetzgeber regelmäßig auf eine Prognose angewiesen. Demgegenüber ist die Justiz normalerweise in der Lage, die konkrete Folge einer Regelung zu überschauen, wenn sie konkrete

⁸¹⁷ Vgl. Müller/Christensen/Sokolowski, Rechtstext und Textarbeit, S. 19 ff.

⁸¹⁸ Vgl. Blasberg, Verfassungsgerichte als Ersatzgesetzgeber, S. 8 ff.

⁸¹⁹ Vgl. Fallon, 113 Harv.L.Rev. 1321 (1334 f.); Adler, 113 Harv.L.Rev. 1371 (1380): Es gibt auch in den USA eine Debatte darüber, ob das Gericht „the validity of *textually-defined rules*“ oder lediglich „the validity of the *subrules* of *textually-defined rules*“ prüft.

⁸²⁰ Vgl. BVerfGE 60, 360 (370).

Fälle entscheidet. Gerade kraft dieser „Sachnähe“ kann die rechtsprechende Gewalt auch gegenüber dem demokratisch legitimierten Parlament gelegentlich ihre Autorität der „Beurteilung des einschlägigen Regelungsproblems“ behaupten⁸²¹. Dies gilt auch für das BVerfG. Soll das Gericht nicht Politik treiben, muss es tunlichst vermeiden, „auf ungesicherter Tatsachen- und Rechtsgrundlage weitreichende Entscheidungen“ zu treffen⁸²². Problematisch ist freilich die begrenzte Arbeitskapazität des Gerichts. Wohl auch deswegen ist die Kooperation mit den Fachgerichten unerlässlich. Dem Verfassungsgericht sollte „ein regelmäßig in mehreren Instanzen geprüftes Tatsachenmaterial unterbreitet und die Fallanschauung der Gerichte, insbesondere der obersten Bundesgerichte, vermittelt werden“ können⁸²³, um eine in hohem Maß rationalisierte Normenkontrolle zu ermöglichen.

Somit ist die Annahme, dass eine abstrakt-generelle Regelung immer in abstrakt-genereller Weise geprüft werden müsse, zweifelhaft; selbst bei einer abstrakt-generellen Gesetzesregelung kann eine etwaige Beanstandung ihrer Verfassungswidrigkeit in einzelfallbezogener Weise erfolgen, wenn die Verfassungswidrigkeit ausschließlich *in einer konkret-individuellen Auswirkung der Gesetzesregelung auf eine besondere Fallkonstellation* besteht. Eine solche Abkoppelung des Prüfungsmodus von der abstrakt-generellen Eigenschaft des Prüfungsgegenstandes ist nicht befremdlich; sie kommt auch in der vereinzelt vom BVerfG praktizierten Ausspruchsvariante der sog. „qualitativen Teilnichtigkeitklärung“⁸²⁴ zum Ausdruck, bei der die betreffende Norm nur in bestimmten Anwendungsfällen als verfassungswidrig erachtet wird. Eine derartige individualisierte Normenprüfung gilt in den USA sogar als der Regelfall; die sog. „*as-applied challenge*“, welche das Gegenstück zur Rüge qualitativer Teilnichtigkeit darstellt, wird dort als „*the normal and logically primary mode of constitutional attack on a statute*“ angesehen⁸²⁵. Eine einfache Nichtigkeitklärung eines Gesetzes, auf welche die sog. „*facial challenge*“ abzielt, sei hingegen nur schwer erreichbar; für die „*constitutional infirmity ‚on the face‘ of the statute*“⁸²⁶ müsse nämlich feststehen, dass „*no set of circumstances*“ existiert, unter welchen das Gesetz gültig sein könnte⁸²⁷.

Jenseits des Bedürfnisses, bei der Normenkontrolle zum einen zur Ermittlung des Gesetzesinhalts die richterliche Interpretation einzubeziehen und zum anderen zur

⁸²¹ Vgl. Kübler, in: FS für Stimpel, S. 3 (13).

⁸²² Vgl. BVerfGE 97, 157 (165).

⁸²³ Vgl. BVerfGE 72, 39 (43).

⁸²⁴ Etwa BVerfGE 11, 168 (169); 19, 330 (331); zum Begriff der qualitativen Teilnichtigkeitklärung vgl. statt aller Skouris, Teilnichtigkeit von Gesetzen, S. 92 ff.

⁸²⁵ Vgl. Fallon, 113 Harv.L.Rev. 1321 (1368); Isserles, 48 Am.U.L.Rev. 359 (396): „the As-Applied Regime“.

⁸²⁶ Isserles, a.a.O., 359.

⁸²⁷ Vgl. *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739 (745).

Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes gelegentlich dessen konkreten Anwendungsfall zu berücksichtigen, besteht aber auch das Postulat, dass die Rechtsinterpretation bzw. -anwendung ihrerseits nicht dergestalt vorgenommen werden sollte, dass ihretwegen die gesetzgeberische Rechtssetzungstätigkeit als verfassungswidrig erscheint. „Läßt die Norm mehrere Auslegungen zu, die teils zu einem verfassungswidrigen, teils zu einem verfassungsmäßigen Ergebnis führen, so [...] muß [die Norm] verfassungskonform ausgelegt werden“⁸²⁸. In Anbetracht des vorstehend dargelegten Einflusses der Interpretation auf die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit einer Gesetzesnorm ist dies selbstverständlich; eine mit der Verfassung unvereinbare Auslegung könnte sich sowieso nicht durchsetzen, weil unter einer solchen Auslegung die Gesetzesnorm selbst insoweit für verfassungswidrig und somit nichtig erklärt werden müsste. Ohne das Bestehen einer gültigen Norm wäre deren Interpretation aber rechtlich belanglos.

Aus dem Gesagten lässt sich erkennen, dass der verfassungskonformen Auslegung gedanklich eine hypothetische Normenprüfung vorausgeht. Allerdings bedeutet das nicht, dass ein Auslegungsfehler ohne Weiteres als ein Gesetzgebungsfehler anzusehen ist. Die Gleichsetzung einer bestimmten Interpretation mit dem Gesetzesinhalt als solchem ist nur möglich, wenn keine anderen zulässigen Auslegungsvarianten in Betracht kommen. Ist dies nicht der Fall, so hat die vollziehende bzw. rechtsprechende Gewalt in eigener Verantwortung aus mehreren Interpretationsmöglichkeiten eine angemessene Auslegungsvariante auszuwählen, deren Ergebnis freilich nicht auf eine gesetzgeberische Entscheidung zurückgeführt werden muss.

In diesem Zusammenhang wird im Schrifttum seit jeher viel darüber debattiert, was das Wesen der verfassungskonformen Auslegung ist und welchen Gerichten die verfassungskonforme Auslegung oder deren Kontrolle obliegen sollte:

- Zum Beispiel vertrat *Haak* die Meinung, dass das Wesen der verfassungskonformen Auslegung darin bestehe, „ein allen zur Anwendung der Gesetze berufenen Gerichten zustehende[s] Mittel der Rechtsinhaltsgewinnung“ zu sein⁸²⁹. Dem BVerfG sei freilich „mit der Kompetenz zur Normenkontrolle nicht auch die Kompetenz zu verfassungskonformer Auslegung gegeben“⁸³⁰.

- Dieser Meinung pflichtete *Spanner* bei. Das BVerfG habe nicht die Kompetenz zu einer „bindende[n]“ verfassungskonformen Auslegung⁸³¹; die verfassungskonforme Auslegung sei ein „Unterfall der systematischen Auslegung“ und alle Gerichte und Behörden seien dazu berechtigt und verpflichtet⁸³². Ferner sah *Spanner* auch in der qualitativen Nichti-

⁸²⁸ BVerfGE 19, 1 (5); 69, 1 (55).

⁸²⁹ *Haak*, Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters, S. 307.

⁸³⁰ *Haak*, a.a.O., S. 304.

⁸³¹ *Spanner*, AöR 91 (1966), 503 (529) [Hervorhebung im Original].

⁸³² *Spanner*, a.a.O., 509 [Hervorhebung im Original].

gerklärung keine Normenkontrolle; nach seiner Auffassung ist hier „*nicht die Norm*“ verfassungswidrig, sondern die „*ihr entgegen der Verfassung gegebene Auslegung*“⁸³³. Jedenfalls habe das BVerfG im Normenkontrollverfahren nur darüber zu entscheiden, „*ob eine Norm verfassungsmäßig ist oder nicht*“, nicht aber in der Entscheidung im Tenor auszusprechen [...], wie eine Norm *auszulegen* ist“⁸³⁴.

- Demgegenüber war *Eckardt* der Meinung, dass das BVerfG in der Lage sein sollte, auszusprechen, dass ein Gesetz „*nur bei verfassungskonformer Auslegung gültig ist*“⁸³⁵. Ansonsten würde man mit den folgenden Problemen konfrontiert werden: Zum einen würde es „*evident gegen den favor-legis-Gedanken*“ verstoßen, wenn das Gesetz bloß „wegen der Möglichkeit einer verfassungswidrigen Auslegung“ insgesamt für nichtig erklärt würde. Zum anderen hätte die *Haak*'sche Lösung – also die Lösung, wonach das Gesetz dann uneingeschränkt für gültig zu erklären ist, wenn „sein unzweifelhafter Kern nicht verfassungswidrig ist“ – den Nachteil, dass „nach dem Spruch des Verfassungsgerichts“ kein Richter daran gehindert wäre, „das für gültig erklärte Gesetz weiterhin in einem verfassungswidrigen Sinne anzuwenden“⁸³⁶.

- *Bogs* war ebenfalls der Auffassung, dass nicht nur die Fachgerichte und die Verwaltungsbehörden zur verfassungskonformen Gesetzesauslegung befugt sind, sondern auch das BVerfG⁸³⁷. Der verfassungskonformen Gesetzesauslegung durch das BVerfG maß er darüber hinaus besondere Bedeutung bei: Wenn das BVerfG im Rahmen der Normenprüfung eine bestimmte Auslegung des Gesetzes für verfassungswidrig erklärt, binde eine solche Beurteilung die Rechtsanwendungsbehörden⁸³⁸. Nach seiner Ansicht ist Normenkontrolle allgemein „Auslegungskontrolle“⁸³⁹; umgekehrt sei die verfassungskonforme Auslegung durch den Normenkontrollrichter schwerlich von der qualitativen Teilnichtigklärung zu unterscheiden⁸⁴⁰. Also „kassiere“ das Normenkontrollgericht mit seiner verfassungskonformen Auslegung in der Tat einen Regelungsteil des Gesetzes⁸⁴¹.

- *Göldner* ging davon aus, dass sich die „inhaltlich (möglicherweise zulässige) Gesetzeskassation“⁸⁴² und die verfassungskonforme Auslegung „in ihrem Methodenansatz“⁸⁴³ voneinander unterscheiden. Die Normenkontrolle erschöpfe sich „in der Gültigkeitsprüfung und Gesetzesverwerfung“; „verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung dagegen bezwecken Gesetzesanpassung, positive Rechtserzeugung, dialektische, nicht

⁸³³ *Spanner*, a.a.O., 532 [Hervorhebung im Original].

⁸³⁴ *Spanner*, a.a.O., 532 [Hervorhebung im Original].

⁸³⁵ *Eckardt*, Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, S. 70.

⁸³⁶ *Eckardt*, a.a.O., S. 69.

⁸³⁷ *Bogs*, Die verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen, S. 125 f.

⁸³⁸ *Bogs*, a.a.O., S. 93 ff.

⁸³⁹ *Bogs*, a.a.O., S. 100.

⁸⁴⁰ *Bogs*, a.a.O., S. 126.

⁸⁴¹ *Bogs*, a.a.O., S. 100 u. 102.

⁸⁴² *Göldner*, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 170.

⁸⁴³ *Göldner*, a.a.O., S. 171.

kontradiktorische Aufhebung des Gesetzes durch die Verfassung⁸⁴⁴. Allerdings wies er auf der anderen Seite darauf hin, dass „verfassungskonforme Restriktion und Teilnichtigkeitserklärung [...] der Wirkung nach gleichermaßen in eine Teilaufhebung des Gesetzes [einmünden]“⁸⁴⁵. Im Hinblick auf ihren „Koinzidenzpunkt“ hob er insbesondere hervor, dass die im Art. 100 GG institutionalisierte richterliche Kontrollfunktion gegenüber der Gesetzgebung „auch auf die Methode verfassungskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung auszudehnen“ ist⁸⁴⁶.

- *Prümm* wollte die Befugnis des BVerfG zur verfassungskonformen Auslegung und deren prozessuale Aussonderung u.a. positiv-gesetzlich begründen: Mit der Änderung des § 79 Abs. 1 BVerfGG vom 21. Dezember 1970 ist die Wiederaufnahme des Verfahrens nunmehr auch gegen ein rechtskräftiges Strafurteil zulässig, welches auf der „Auslegung einer Norm beruht, die vom Bundesverfassungsgericht für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt worden ist“. Dieser hinzugefügte Rechtssatz und dessen Entstehungsgeschichte bestätigen nach der Auffassung *Prümm*s die „gesetzliche Anerkennung der verfassungskonformen Auslegung“⁸⁴⁷. Die verfassungskonforme Auslegung durch das BVerfG unterscheidet sich allerdings in ihrer Bindungswirkung von der durch die anderen Gerichte. Soweit die verfassungskonforme bzw. verfassungswidrige Auslegung im Tenor der verfassungsgerichtlichen Entscheidung zu finden ist, komme ihr die Bindungswirkung aufgrund § 31 Abs. 1 BVerfGG zu⁸⁴⁸.

- *Burmeister* entwickelte ein anderes Verständnis der verfassungskonformen Auslegung. Wenn die Verfassung als „Erschließungsnorm“ zur Inhaltskonkretisierung der niederrangigen Norm herangezogen wird, spricht man zwar auch von einer verfassungskonformen Auslegung, jedoch fand *Burmeister* darin keine „Charakteristika des Grundsatzes verfassungskonformer Auslegung in seiner Ausprägung als normerhaltendes Prinzip“; hier gehe es eher um ein „allgemeines Prinzip vertikaler Normendurchdringung“⁸⁴⁹. Wenn andernfalls die Verfassung im Rahmen der Gesetzesprüfung als „Kontrollnorm“ fungiert, hielt er es aber ebenso wenig für zulässig, die verfassungskonforme Auslegung in Anspruch zu nehmen, um die Gültigkeit von Normen zu wahren, die „überwiegend verfassungswidriger Deutung zugänglich sind“; sollte das BVerfG nicht zu einer „Superrevisionsinstanz“ werden und sollte die letztverbindliche Gesetzesauslegung angesichts der „fachlichen Aufgliederung des Rechtswegsystems“ und „der größeren Sachnähe der Ressortgerichte zu den ‚Fachgesetzen‘“ den obersten Bundesgerichten zustehen, so sei das BVerfG von der „Bindung an die von einem Bundesgericht als maßgeblich ermittelte Deutung einer Norm“ nicht völlig frei⁸⁵⁰. Soweit eine solche Bindung des BVerfG an die fachgerichtliche Auslegung anzunehmen sei, scheidet die Möglichkeit einer verfassungs-

⁸⁴⁴ *Göldner*, a.a.O., S. 171.

⁸⁴⁵ *Göldner*, a.a.O., S. 171.

⁸⁴⁶ *Göldner*, a.a.O., S. 172.

⁸⁴⁷ *Prümm*, Verfassung und Methodik, S. 43.

⁸⁴⁸ *Prümm*, a.a.O., S. 272.

⁸⁴⁹ *Burmeister*, Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung, S. 127 f.

⁸⁵⁰ *Burmeister*, a.a.O., S. 107 ff. u. 131 f.

konformen Gesetzesauslegung durch das Gericht aus⁸⁵¹. Die „Eliminierung der verfassungswidrigen Verständnismöglichkeiten und die Reduzierung der Norm auf den noch mit der Verfassung vereinbaren Sinn“, welche im Wege der verfassungskonformen Auslegung vorgenommen werden, seien „weder begrifflich, geschweige denn faktisch von einer teilweisen Nichtigerklärung der Bestimmung abzuheben“⁸⁵². Hierfür seien die Fachgerichte allerdings nach Art. 100 GG nicht zuständig⁸⁵³. Folglich sei die verfassungskonforme Auslegung weder gegenüber dem BVerfG noch gegenüber dem „Fallrichter“ als zulässig anzusehen. Stattdessen ist nach der Ansicht *Burmeisters* nur die Alternative der qualitativen Teilnichtigklärung in Betracht zu ziehen.

- *Skouris* wollte unter der verfassungskonformen Auslegung das verstehen, was *Burmeister* als ein „allgemeines Prinzip vertikaler Normendurchdringen“ begriffen hatte. Die verfassungskonforme Auslegung sei demnach nicht als ein „Gebot“, sondern als eine „methodische Regel“ aufzufassen. Hierbei sollte die Verfassung „als gleichberechtigtes hermeneutisches Mittel neben die herkömmlichen Erkenntniskriterien“ treten, „ohne aber den Anspruch zu erheben, daß eine durch [die Verwertung der Bestimmungen des Grundgesetzes] ermöglichte rechtssystematische Gesetzesdeutung allein wegen ihrer Grundgesetzeskonformität geboten ist“⁸⁵⁴. Die so verstandene verfassungskonforme Auslegung müsse „als Teil rechtssystematischer Hermeneutik“ „wie jede Auslegung einfachen Rechts den Fachgerichten vorbehalten bleiben“⁸⁵⁵. Das heißt, „daß das BVerfG bei Mehrdeutigkeit eines Gesetzes diejenige Auslegung hinnehmen muß, die das Vorlagegericht oder das Gericht, dessen Urteil mit der [Verfassungsbeschwerde] angefochten wird, als richtig erkannt haben“⁸⁵⁶.

Davon unterschied *Skouris* die „Feststellung, nur die dem Grundgesetz entsprechende Deutung sei geltendes Recht“; sie falle „nicht mehr unter die Interpretationstätigkeit“⁸⁵⁷, wenn auch die gängige Auffassung sie als verfassungskonforme *Auslegung* definiert. *Skouris* identifizierte das, was üblicherweise „unter dem Namen ‚verfassungskonforme Auslegung‘ gelaufen ist“, mit der qualitativen Teilnichtigklärung⁸⁵⁸; die Parallelität zwischen diesen beiden erhelle, „wenn man das Ergebnis herkömmlicher verfassungskonformer Auslegung nicht von seiner positiven, der normerhaltenden, sondern von seiner negativen, der normverwerfenden Seite her betrachtet“⁸⁵⁹. Demzufolge könne die verfassungskonforme Auslegung im herkömmlichen Sinne zunächst einmal „gleich jeder Teil- oder Vollnichtigklärung nur von Organen vorgenommen werden, welche rechtswidrige Gesetze verwerfen dürfen“⁸⁶⁰. Ferner sollte die partiell-inhaltliche Rechtssatzverwerfung dabei im

⁸⁵¹ *Burmeister*, a.a.O., S. 111 f.

⁸⁵² *Burmeister*, a.a.O., S. 121.

⁸⁵³ *Burmeister*, a.a.O., S. 120 ff. u. 132.

⁸⁵⁴ *Skouris*, Teilnichtigkeit von Gesetzen, S. 114 f. u. 117.

⁸⁵⁵ *Skouris*, a.a.O., S. 118.

⁸⁵⁶ *Skouris*, a.a.O., S. 119.

⁸⁵⁷ *Skouris*, a.a.O., S. 104.

⁸⁵⁸ *Skouris*, a.a.O., S. 108 f.

⁸⁵⁹ *Skouris*, a.a.O., S. 108.

⁸⁶⁰ *Skouris*, a.a.O., S. 112.

Interesse der Rechtsklarheit *im Tenor* der Normenkontrollentscheidung zum Ausdruck kommen⁸⁶¹.

- Auch nach Ansicht *Bettermanns* ist die sog. verfassungskonforme Auslegung „eine *falsa demonstratio*“; „sie ist *nicht Norminterpretation, sondern vorgezogene Normenkontrolle*“⁸⁶². Diese „dritte Form der Normverwerfung“, die „*Auslegungs-Verwerfung*“, sei durch die 4. Novelle von 1970 – zumal dadurch, dass dem § 79 BVerfGG der Satz „oder auf der Auslegung einer Norm beruht, die vom Bundesverfassungsgericht für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt worden ist“, hinzugefügt wurde – „abgesegnet“ worden⁸⁶³. In funktionell-rechtlicher Hinsicht kritisierte *Bettermann* aber, dass das BVerfG mittels der verfassungskonformen Auslegung nicht nur die verfassungswidrige Auslegungsvariante kassiert, sondern zugleich eine alternative Auslegungsvariante für verfassungsmäßig erklärt⁸⁶⁴; für die Auslegung einfachen Rechts seien die Fachgerichte zuständig, nicht das BVerfG⁸⁶⁵. „Dem Verfassungsgericht fehlt in der Regel das breite Fallmaterial, das erst die ganze Problematik der Norm sichtbar macht. Dieses Material liegt meistens den obersten Bundesgerichten vor, bei denen aus allen Teilen der Bundesrepublik die Fälle zusammenlaufen. [...] Die Vielfalt möglicher Fall-Konstellationen und möglicher Fall-Lösungen kann das Bundesverfassungsgericht von Hause aus nicht übersehen und braucht es auch nicht. Wenn es sich das erforderliche Fachwissen beschafft, so entzieht es sich Zeit und Kraft für seine eigentliche, allein verfassungskonforme Aufgabe: für die Auslegung der Verfassung und die Kontrolle der übrigen Gewalten auf Einhaltung der Verfassung, nicht auf Einhaltung der Gesetze“⁸⁶⁶.

- In ähnlicher Weise ging *Vofßkuhle* in Bezug auf die verfassungskonforme Auslegung davon aus, dass „im Rahmen dieses Interpretationsprinzips eine mit den herkömmlichen Methoden erarbeitete Auslegungsalternative des geltenden Rechts, die ein ‚Sinnsegment‘ und damit einen Bestandteil der Norm bildet, nach anschließender Überprüfung mit den Vorgaben des Grundgesetzes als verfassungswidrig verworfen wird, was in der Sache einer teilweisen Nichtigerklärung ohne Normtextreduzierung entspricht“⁸⁶⁷. In der Annahme, dass bei der Handhabung der verfassungskonformen Auslegung zum einen eine funktionell-rechtliche Betrachtungsweise und zum anderen die Rücksicht auf die Gefahren fachgerichtlicher verfassungskonformer Gesetzesauslegung gefordert würden, entwickelte *Vofßkuhle* die folgenden Thesen: Erstens sollten sich die Fachgerichte bei der „Beschneidung des potentiellen Bedeutungsgehalts einer Norm im Wege der verfassungskonformen Auslegung“ besonders *zurückhalten*; dazu, „die Verfassung zu konkretisieren und verbindlich gegenüber dem Gesetzgeber [...] zur Geltung zu bringen“, sei in erster Linie das BVerfG berufen, das „mit besonderer Legitimität und Sachkunde sowie dem ausschließli-

⁸⁶¹ *Skouris*, a.a.O., S. 110.

⁸⁶² *Bettermann*, Die verfassungskonforme Auslegung, S. 22 [Hervorhebung im Original].

⁸⁶³ *Bettermann*, a.a.O., S. 27 [Hervorhebung im Original].

⁸⁶⁴ *Bettermann*, a.a.O., S. 28 ff.

⁸⁶⁵ *Bettermann*, a.a.O., S. 33.

⁸⁶⁶ *Bettermann*, a.a.O., S. 34.

⁸⁶⁷ *Vofßkuhle*, AöR 125 (2000), 177 (179 f.).

chen Verwerfungsmonopol ausgestattet“ ist⁸⁶⁸. Zweitens sollte das BVerfG „bei der verfassungskonformen Auslegung grundsätzlich an die einfachgesetzliche Auslegung durch die Fachgerichte gebunden sein“; die Fachgerichte seien „für diese Aufgabe besonders qualifiziert, weil sie auf ihrem Sachgebiet über breite Erfahrung verfügen und die Auslegung und Fortbildung des Rechts schrittweise, an einer Vielzahl von konkreten Einzelfällen sowie mit beschränkter Bindungswirkung *inter partes* vornehmen können“⁸⁶⁹. Im Hinblick darauf habe sich das BVerfG also darauf zu beschränken, „einzelne Auslegungsvarianten für verfassungswidrig zu erklären, statt den Fachrichtern [...] eine bestimmte Auslegung positiv vorzuschreiben“⁸⁷⁰.

Unabhängig davon, wie die verfassungskonforme Auslegung zu definieren und rechtsdogmatisch zu charakterisieren ist, bietet die vorstehende Übersicht über die verschiedenen Auffassungen zumindest einen Hinweis darauf, dass zwischen der verfassungsgerichtlichen Prüfung von Auslegungen auf ihre Verfassungskonformität und der teilweisen Normenkontrolle eine gewisse Affinität besteht. Sie beide enthalten eine authentische Verfassungsauslegung, die im Einzelfall mit einer konkreten Rechtsgüterabwägung bzw. Beurteilung einer betreffenden niederrangigen Regelung verknüpft wird. Ob die an Verfassungsmaßstäben gemessene Regelung das Werk des Gesetzgebers oder das des Gesetzesanwenders ist, hat im hiesigen Zusammenhang keine wesentliche Bedeutung. Zu beachten ist vielmehr, dass die Entscheidung des mit der Normenverwerfungskompetenz versehenen Gerichts über die Verfassungsmäßigkeit einer bestimmten Regelung jedenfalls für den Gesetzgeber bindend sein müsste; wollte der Gesetzgeber beispielsweise eine Einzelregelung eines anderen Staatsorgans, die bereits vom BVerfG für verfassungswidrig erklärt worden ist, in seine Gesetzgebung integrieren, würde er sich der Gefahr aussetzen, dass seine Gesetzgebung insoweit ebenfalls vom BVerfG für nichtig erklärt wird. In dieser Hinsicht lässt sich ohne Übertreibung sagen, dass jede verfassungsgerichtliche Überprüfung einer Auslegung auf ihre Verfassungskonformität praktisch als eine *virtuelle* Gesetzgebungskontrolle erscheint. Daran ändert nichts, dass sich die Einzelregelung durch die rechtsanwendende Gewalt in ihrer Abstraktheit erheblich von der gesetzgeberischen Reglementierung unterscheidet oder dass jene Einzelregelung nicht einfach auf eine bestimmte Gesetzesvorschrift zurückgeführt werden kann, sondern „aus verschiedenen Normen oder Normenteilen erst konstruiert“⁸⁷¹ werden muss.

Auch die Betonung der Arbeitsteilung zwischen der Verfassungs- und der Fachgerichtsbarkeit stellt die erläuterte Affinität nicht in Frage, sondern bestätigt sie viel-

⁸⁶⁸ Voßkuhle, a.a.O., S. 194 ff.

⁸⁶⁹ Voßkuhle, a.a.O., S. 196.

⁸⁷⁰ Voßkuhle, a.a.O., S. 198.

⁸⁷¹ Schuppert, AöR 103 (1978), 43 (59 f.), Fn. 75.

mehr; sollte das BVerfG aus funktionell-rechtlichen Gründen an die fachgerichtliche Interpretation des einfachen Rechts gebunden werden, so käme das Gericht nicht umhin, das Ergebnis der fachgerichtlichen Gesetzesauslegung faktisch mit dem Gesetzesinhalt als solchem gleichzusetzen. Mithin liegt es auf der Hand, dass die Frage der Verfassungskonformität der Gesetzesauslegung gleichsam als die Frage der Verfassungsmäßigkeit der betreffenden Norm selbst erscheint.

Aus alledem folgt, dass auch für die Kontrolle der Verfassungskonformität von Gesetzesauslegungen im Urteilsverfassungsbeschwerdeverfahren die gleichen Entscheidungsmaßstäbe wie bei der Normenkontrolle gelten sollten. In dieser Hinsicht hat die *Schumann*'sche Formel im Ergebnis recht; die „Umdenken-Methode“ lässt sich gerade auf die Affinität zwischen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle von Gesetzesauslegungen auf ihre Verfassungskonformität und der partiellen Normenkontrolle stützen. Wenn man davon ausgeht, dass das Hauptkonzept des deutschen außerordentlichen Grundrechtsschutzmittels in der Nachholung der konkreten Normenkontrolle liegt, lässt sich eine solche Konzeption auf die Kontrolle von solchen Gesetzesauslegungen, die eine Norm verfassungswidrig aussehen lassen, erstrecken, weil diese sozusagen zum Überschneidungsgebiet von *falsa lex* und *falsa interpretatio* gehören. Angesichts dessen, dass eine derartige Auslegungskontrolle tatsächlich den Effekt einer virtuellen Normenkontrolle hat, versteht es sich ebenfalls von selbst, dass die Prüfungsdichte gegenüber den Fachgerichten regelmäßig auf das Maß der Kontrolle der Gesetzgebung reduziert wird, obwohl sie nicht die gleiche demokratische Legitimation wie das Parlament haben; mit der authentischen Verfassungslegung durch das BVerfG wird nämlich nicht nur der Entscheidungsspielraum der rechtsprechenden Gewalt eingegrenzt, sondern faktisch auch der Handlungsspielraum der gesetzgebenden Gewalt⁸⁷².

3. Kontrolle der Verfassungskonformität richterlicher Rechtsfortbildung

Eine hypothetische Normenkontrolle könnte auch dann erfolgen, wenn eine Rechtsauffassung des Gerichts, dessen Urteil mit der Verfassungsbeschwerde angefochten wird, nicht auf einem Gesetzeswortlaut beruht, sondern auf einer richterlichen Rechtsfortbildung. Vorausgesetzt, dass dieser keine kompetenzrechtlichen Probleme entgegenstehen, muss die Frage, ob sie inhaltlich mit der Verfassung vereinbar ist, ebenfalls anhand der *Schumann*'schen Formel beantwortet werden. Die „Umdenken-Methode“ ist auch hier anwendbar, weil die verfassungsgerichtliche Beanstandung der Verfassungswidrigkeit einer bestimmten richterlichen Rechtsfort-

⁸⁷² Vgl. *Roth*, AöR 121 (1996), 544 (572): Die Überprüfung fachgerichtlicher Gesetzesauslegung durch das BVerfG betreffe „keineswegs nur die Kompetenzen der Fachgerichte, sondern nicht minder die des einfachen Gesetzgebers“.

bildung – genauso wie bei der Kontrolle der Verfassungskonformität von Gesetzesauslegungen – faktisch den Effekt einer virtuellen Gesetzgebungskontrolle hat.

Von einer virtuellen Gesetzgebungskontrolle kann man ferner bei der Prüfung eines Unterlassens richterlicher Rechtsfortbildung sprechen. Der Ausgangspunkt hierfür ist, dass eine unvollständige Rechtssetzung vorliegt, deren Verfassungsmäßigkeit davon abhängt, ob sie eine durch eine verfassungskonforme Rechtsfortbildung zu schließende Regelungslücke darstellt oder nicht. Wenn es um keine Gesetzeslücke, sondern eindeutig um eine Ausschlussregelung geht, oder wenn von Verfassungen wegen⁸⁷³ keine richterliche Lückenschließung erlaubt ist, muss das BVerfG über die Verfassungsmäßigkeit des betreffenden Verhaltens des Gesetzgebers bei der Gesetzgebung befinden, während es andernfalls lediglich das Unterlassen der richterlichen Rechtsfortbildung auf seine Verfassungskonformität hin prüfen darf. Jedenfalls besteht auch hier eine Deckungsgleichheit zwischen der Kontrolle der fachgerichtlichen Entscheidung und der Kontrolle der gesetzgeberischen Rechtssetzungstätigkeit insoweit, als sie beide die verfassungsgerichtliche Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit des staatlichen Unterlassens einer bestimmten Regelung gemeinsam haben. Wenn zum Beispiel die Ablehnung von Prozesskostenhilfe im Klageerzwingungsverfahren einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz zeitigt⁸⁷⁴, kann die verfassungsgerichtliche Feststellung einer derartigen Verfassungswidrigkeit sowohl die die Prozesskostenhilfe nicht bewilligende Entscheidung des Gerichts als auch das Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung über deren Gewährung insgesamt betreffen. Mit anderen Worten: Ist die die Prozesskostenhilfe ablehnende Rechtsauffassung des Gerichts verfassungswidrig, so wäre auch eine etwaige gleichgeartete (virtuelle) Absicht des Gesetzgebers als mit dem Grundgesetz unvereinbar zu beurteilen. Umgekehrt sollte die Verfassungsbeschwerde, mit welcher ein angebliches Unterlassen verfassungskonformer richterlicher Rechtsfortbildung angegriffen wird, im Grundsatz dann Erfolg haben, wenn in der Annahme der Unmöglichkeit einer solchen Rechtsfortbildung die betreffende Gesetzgebung selbst für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt werden müsste.

⁸⁷³ Gesetzlich sind die Fachgerichte hingegen etwa aufgrund § 132 Abs. 4 GVG zur Rechtsfortbildung berechtigt und verpflichtet, soweit diese nicht gegen die verfassungsrechtlich vorgesehene Kompetenzordnung verstößt.

⁸⁷⁴ Vgl. BVerfGE 2, 336.

Dritter Teil

Die Verfassungsbeschwerde in Korea

A. Einleitung

I. Die Grundrechtsbestimmungen in der KV und die schwache Normativität der Grundrechte vor 1988

Die Art. 10 bis 37 KV gelten als Grundrechtsbestimmungen, auch wenn in der Überschrift zu diesen Artikeln der Terminus „Grundrecht“ nicht erscheint, sondern die seit der Verfassung von 1948 übliche Bezeichnung „Rechte der Staatsbürger“ verwendet wird. Die weitgehende inhaltliche Übereinstimmung der verfassungsrechtlichen „Rechte der Staatsbürger“ mit den „Grundrechten“ wird seit jeher im Schrifttum vertreten und nach dem Erlass des KVerfGG, in welchem der Terminus „Grundrecht“ erstmals positivrechtlich verankert worden ist, auch durch die Rechtsprechung des KVerfG bestätigt. Bereits ein flüchtiger Blick auf die genannten Bestimmungen lässt erkennen, dass sich der koreanische Grundrechtskatalog durch seine Reichhaltigkeit und Offenheit auszeichnet. Darin finden sich nicht nur klassische liberale Grundrechte¹, sondern auch eine Reihe von sozialen Grundrechten, wie etwa das Recht auf Bildung (Art. 31 Abs. 1 KV), auf Arbeit (Art. 32 Abs. 1 KV), auf menschenwürdiges Dasein (Art. 34 Abs. 1 KV) oder auf Leben in einer gesunden und behaglichen Umwelt (Art. 35 Abs. 1 KV). Darüber hinaus scheint es, als könne jede Lücke des Grundrechtskatalogs ohne Weiteres sowohl durch das *Recht auf Glücksstreben* (2. Halbsatz des Art. 10 Satz 1 KV), welches wegen der ausgesprochenen Unschärfe seines Tatbestands in Korea als Auffanggrundrecht fungiert, als auch durch die Regelung des Art. 37 Abs. 1 KV, wonach *die Freiheiten bzw. Rechte des Staatsbürgers nicht deswegen geringgeschätzt werden dürfen, weil sie in der Verfassung nicht aufgezählt sind*, geschlossen werden. Ferner ist eine derartige Lückenschließung anscheinend obligatorisch, zumal Art. 10 Satz 2 KV regelt, dass *der Staat verpflichtet ist, unverletzliche grundlegende Menschenrechte des Einzel-*

¹ Liberale klassische Grundrechte lassen sich in „grundrechtliche Abwehrrechte“, „Bewirkungs- bzw. Mitwirkungsrechte“ und „justizielle Grundrechte“ einteilen. Zur Aufteilung der koreanischen Grundrechte in die jeweilige Gruppe vgl. 김선태 [Kim, Seon-taek], Die Interpretation der Grundrechte nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland und nach der Verfassung der Republik Korea, S. 185 ff.

nen festzustellen und zu gewährleisten. Gemäß Art. 37 Abs. 2 KV sind alle Freiheiten bzw. Rechte des Staatsbürgers nur insoweit aufgrund von Gesetzen einschränkbar, als dies für die Wahrung der Staatssicherheit, für die Aufrechterhaltung der Ordnung oder für das Gemeinwohl notwendig ist, wobei der Wesensgehalt der Freiheiten bzw. Rechte unantastbar bleibt. An der Spitze all dieser Regelungen steht der 1. Halbsatz des Art. 10 Satz 1 KV, der bestimmt: „Jeder Staatsbürger ist als Mensch würdig und wertvoll“.

Diese Bestimmungen können den Eindruck erwecken, als würden sie den Staat überfordern. Dieser umfangreiche Grundrechtskatalog ist nicht zuletzt den vorangehenden Verfassungen zu verdanken, weil die meisten Grundrechtsregelungen in der KV aus ihnen übernommen worden sind. In die früheren Verfassungen waren von den damals Regierenden teils als Wegweisung für das zu modernisierende Korea teils zur Betonung ihrer Herrschaftslegitimität zahlreiche vorbildhafte Regelungen überwiegend aus den Verfassungen der Industrieländer übernommen worden². Indes blieb die Normativität der Grundrechtsbestimmungen damals ziemlich schwach. Dafür waren die folgenden Faktoren verantwortlich:

- Erstens gab es im traditionellen koreanischen Rechtsdenken keinen Begriff des *subjektiven Rechts*; als im ostasiatischen Rechtskreis der konfuzianische Kommunitarismus herrschte, galt es als egoistisch, von eigenen Interessen bzw. vom eigenen Nutzen zu sprechen³. Statt auf eine ihnen verliehene subjektive Rechtsmacht abzustellen, hob man in der Chosun-Dynastie nur die Aspekte der *Pflicht* bzw. des Schutzes der *objektiven Rechtsordnung* hervor. Es waren sowohl für die herrschende Klasse als auch für die übrigen Untertanen nur Pflichten formuliert, nicht aber subjektive Rechte⁴. Insbesondere unter der konfuzianischen Staatsideologie waren die Regierenden ohnehin verpflichtet, Kardinalprinzipien wie Menschlichkeit, Sittlichkeit und Gerechtigkeit einzuhalten. Selbst der König war davon nicht frei, so dass jede Machtausübung streng prinzipienhaft sein musste, um eine

² Beispielsweise sind die sozialen Grundrechte von der Weimarer Verfassung beeinflusst, während die Klausel über die Beachtung nicht aufgezählter Freiheiten bzw. Rechte nach dem Vorbild der Amendment IX der US-amerikanischen Verfassung 1948 in die KV aufgenommen wurde; die Wesensgehaltsgarantie und die Menschenwürdeklausel wurden 1960 und 1962 nach dem Vorbild des Art. 19 Abs. 2 und des Art. 1 Abs. 1 GG in der KV verankert; das Recht auf Glücksstreben, welches durch die Verfassungsänderung von 1980 eingeführt worden ist, orientiert sich an den entsprechenden Regelungen in Art. 1 der *Virginia Bill of Rights*, in Abschnitt 2 der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung und in Art. 13 Satz 2 der japanischen Verfassung von 1946. Die Klausel über die staatliche Pflicht zum positiven Grundrechtsschutz bzw. Ausgleich der kollidierenden Grundrechte, welche in Art. 5 KV von 1948 erstmals ausdrücklich geregelt wurde, war demgegenüber nach der Erläuterung des Vaters der KV, 유진오 [Yu, Jin-oh], eine die (zu gründende) Republik Korea „grundlegend charakterisierende, [...] wesentliche Vorschrift, deren Gegenstück sich in ausländischen Verfassungen nicht finden dürfte“. Vgl. 유진오 [Yu, Jin-oh], 헌법해의 [Kommentar der Verfassung], S. 23.

³ Vgl. 論語 [Lun-yu], Kap. 顔淵 [Yan-yuan], 1. Abschnitt (übers. in: Wilhelm, Gespräche, S. 107); 孟子 [Meng-zi], Kap. 梁惠王上 [Liang-hui-wang I], 1. Abschnitt (übers. in: Wilhelm, Mong Dsi, S. 42).

⁴ Vgl. Sasse, in: Schubert (Hrsg.), Menschenrechte in Ostasien, S. 429 (438).

scharfe Kritik durch den Staatsrat, das Amt der Remonstration und die Historiografen zu vermeiden⁵. Dass darin, wenn man die damaligen Kernkonzepte „aus dem zeitgebundenen gesellschaftlichen Rahmen herauslöst“⁶, die „materiale Substanz der Menschenrechts-idee“⁷ enthalten war, liegt auf der Hand. Eine Pflichtverletzung war im Prinzip vom Betroffenen zu beanstanden, und zwar in normalen Fällen vor dem Magistrat und bei Beschwerden etwa gegen Entscheidungen des Magistrates nach der Erschöpfung aller ordentlichen Abhilfemöglichkeiten durch *Bürokraten* trotz des inzwischen entstandenen Prozesshindernisses (namentlich „*Shamdodeukshinbub*“) direkt vor dem *König*⁸. Bei alledem stellt sich ein derartiger Rechtsbehelf aus heutiger Sicht allenfalls als eine Art Petitionsverfahren dar⁹. Vor allem fehlte es überhaupt an dem Begriff des subjektiven Rechts, welches für das Rechtsmittel im juristischen Sinne notwendig ist. Die mangelnde „systematische Verkettung von Recht und Pflicht“¹⁰ in der *Chosun*-Ära lief darauf hinaus, die Geltungskraft der konfuzianischen Grundsatznormen abzuschwächen. Immerhin trugen sowohl die lange Tradition der ideologischen Hochachtung vor den mit der modernen Menschenrechtsidee assoziierten Prinzipien^{11, 12} als auch die Unerfahrenheit in der praktischen Handhabung des Begriffs „subjektives Recht“ gemeinsam dazu bei, in der nachfolgenden Zeit reichhaltige Grundrechtsbestimmungen einzuführen.

- Zweitens ist erwähnenswert, dass die Grundrechtssubjektivität auch nach ihrer begriffli-

⁵ Siehe oben Erster Teil, B. I. 1. b).

⁶ Sasse, a.a.O., S. 437.

⁷ Roetz, in: *Paul/Robertson-Wensauer* (Hrsg.), *Traditionelle chinesische Kultur und Menschenrechtsfrage*, S. 37 (52).

⁸ Siehe oben Erster Teil, B. II. 2. b).

⁹ Dennoch wird heutzutage in Korea üblicherweise das alte Petitionsinstitut „*Shinmunko*“ herangezogen, um das Rechtsinstitut der Verfassungsbeschwerde durch ein Gleichnis zu veranschaulichen. Vgl. *안경환* [Ahn, Kyong-whan], 22 S.III.U.L.J. 71 (77).

¹⁰ Roetz, in: *Wegmann/Ommerborn/Roetz* (Hrsg.), *Menschenrechte: Rechte und Pflichten in Ost und West*, S. 1 (5).

¹¹ Derartige Assoziationen verwundern nicht, wenn man nur daran denkt, dass die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 selbst „das Produkt eines [...] interkulturellen Dialogs“ war (vgl. *Rensmann*, Wertordnung und Verfassung, S. 9). Schon bei der Formulierung des Art. 1 der Erklärung fand der Begriff „Menschenwürde“ Anklang bei dem chinesischen Vertreter, *Peng Chun Chang*, der als Vizepräsident der Menschenrechtskommission zusammen mit dem französischen Vertreter, *René Cassin*, diese „Kommission intellektuell dominierte“ (vgl. *Sammøy*, in: *Alfredsson/Eide* [Hrsg.], *The Universal Declaration of Human Rights*, S. 3 [7]; *Lindholm*, in: ebenda, S. 41 [43]). Zur Konstruktion der „Menschenwürde“ als eines Begriffs, welcher „eher die Distanzierung von den philosophischen Grundlagen der amerikanischen und französischen Revolution“ darstellen sollte (vgl. *Rensmann*, a.a.O., S. 15), trug auch die Erläuterung des höchsten konfuzianischen Prinzip, 仁 [Ren, d.h. Menschlichkeit], durch *Chang* anscheinend in erheblichem Maße bei (vgl. *Rensmann*, a.a.O., S. 16 f.; *Lindholm*, a.a.O., S. 43 f.).

¹² Die koreanische Tradition der ideologischen Hochachtung vor der Menschenwürde ist besonders lang. Neben dem von China eingeführten Konfuzianismus ist sie noch früher in dem Mythos von der Gründung des ersten koreanischen Staates namens „*고조선*“ [Alte *Cho-sun*] verwurzelt, welche nach dem Glauben des koreanischen Volkes auf 2333 v. Chr. zu datieren ist. Danach soll der Zweck der Staatsgründung durch die göttliche Person ausschließlich darin bestanden haben, „für das Wohlergehen der Menschen zu sorgen“ („홍익인간“). Das Vertrauen in diese Staatsidee bildet bis heute den Volksgeist Koreas.

chen Einführung in Korea lange Zeit aus geschichtlichen bzw. institutionellen Gründen verschleiert worden ist. Die Entstehung des koreanischen Grundrechtskatalogs geht auf die republikanische Verfassung der provisorischen Regierung zurück, welche als Exilregierung in *Shanghai* wenige Monate nach der koreanischen Unabhängigkeitserklärung vom 1. März 1919 gegründet wurde. Zusammen mit dieser Unabhängigkeitserklärung wurde der Grundrechtskatalog nicht zuletzt von der amerikanischen Menschenrechtskonzeption beeinflusst¹³, er war jedoch tatsächlich nur von symbolischer Bedeutung, zumal wegen der fortdauernden japanischen Kolonialherrschaft. Als Korea im Jahre 1945 von dieser befreit wurde, konnte er dennoch nicht sofort zum Leben erweckt werden; die Legitimität der Exilregierung wurde von der amerikanischen Besatzungsmacht nicht anerkannt. Deshalb mussten noch drei Jahre vergehen, bevor er 1948 in der ersten Verfassung der heutigen Republik Korea verankert wurde. Dabei ist zu beachten, dass die Grundrechte nicht vom koreanischen Volk durch einen Kampf gegen die Obrigkeit errungen, sondern diesem „von oben herab einfach gegeben“ wurden¹⁴. Sowohl der Nationalismus als auch die ideologischen Auseinandersetzungen zwischen dem rechten und dem linken Flügel ließen das Staat-Bürger-Verhältnis im Wesentlichen außer Acht. Dies bildet wohl einen wichtigen Ausgangspunkt für das koreanische Grundrechtsverständnis. Hinzu kommt, dass der Aktivierung der Verfassungsgerichtsbarkeit von Anfang an institutionelle Hindernisse entgegenstanden. Einerseits waren die Verfassungskomitees der Ersten, Vierten und Fünften Republik wegen der äußerst begrenzten Zugänglichkeit tatsächlich funktionsunfähig, was die damaligen Regierungen gewissermaßen beabsichtigt hatten¹⁵. Andererseits konnte die Grundrechtssubjektivität bei der Fachgerichtsbarkeit nicht immer im Vordergrund stehen; die Grundrechte waren für ordentliche Prozessbeteiligte nicht direkt aufgreifbar, sondern nur im Gewand von gesetzlichen Rechten oder allenfalls mithilfe der amtlichen Richtervorlage. Somit blieben die Grundrechtsgehalte insoweit in der von ihrem Subjekt fernen, überwiegend objektiven Dimension.

II. Die Bedeutung der Einführung der Verfassungsbeschwerde

Die Einführung der Verfassungsbeschwerde im Jahre 1988 markierte die bahnbrechende Abkehr von den früheren Grundrechtsverständnissen in Korea. Mit ihr trat die dort lange verborgene Grundrechtssubjektivität zutage. Dass jedermann im Wege der Verfassungsbeschwerde die Wiederherstellung seiner verletzten Grundrechte gerichtlich durchsetzen kann, stellt wohl deren wesentliche Aussage auf der prozessrechtlichen Seite dar. Eine solche individuelle Rechtsmacht war in Bezug auf Grundrechte bis dahin nicht anerkannt oder zumindest ungesichert. Nunmehr ist die

¹³ Vgl. 김철수 [Kim, Tschol-su], in: 한국에서의 미국헌법의 영향과 교훈 [Der Einfluss bzw. Hinweis der amerikanischen Verfassung in Korea], S. 9 (15 ff.); 안경환 [Ahn, Kyong-whan], a.a.O., 72.

¹⁴ 김효진 [Kim, Hyo-jeon], JöR n.F. 35 (1986), 574 (591).

¹⁵ Siehe oben Erster Teil, B. III. 1.

koreanische Bevölkerung kein bloßes Schutzobjekt, sondern das Subjekt ihres eigenen grundrechtlichen Lebensbereichs, und zwar im Verfahren der Verfassungsbeschwerde. Das ist ein Ergebnis der langwierigen Demokratisierung. Nach der Überwindung der ungefähr 40 Jahre dauernden Diktatur durch den bürgerlichen revolutionären „Juni-Widerstand“ von 1987 versuchte das koreanische Volk, Vorkehrungen gegen die Wiederholung der vergangenen bitteren Erfahrungen zu treffen. Eine davon war, die Verfassungsbeschwerde einzuführen. Dadurch wollte das Volk zusätzlich zu dem Ziel, als Souverän auf der politischen Ebene demokratisch vertreten zu werden, erreichen, dass auch der Einzelne unter allen Umständen justiziell effektiv geschützt wird. Und es hat sich in den letzten 2 Jahrzehnten eifrig an das KVerfG gewandt, immer wenn es sich in einem seiner Grundrechte verletzt fühlte. Mit diesem Willen sowie Rechtsbewusstsein ist es auch auf der materiell-rechtlichen Seite zum Subjekt des Grundrechtsschutzes geworden.

So wurde die Grundrechtssubjektivität mit der Einführung der Verfassungsbeschwerde in Korea in hohem Maße gestärkt. Das wirft allerdings zugleich neue Fragen auf. Wie angesprochen, weist die KV reichhaltige Grundrechtsbestimmungen und ein offenes Grundrechtssystem auf. Unter den letzten autoritären Regimen dienten die Grundrechte lediglich zur Dekoration der Verfassung, während ihre Normativität niedrig gehalten wurde. Wie wird die Verfassungsbeschwerde sich aber auf eine demokratisierte Gesellschaft auswirken? Würde sie – auch vor dem Hintergrund der verstärkten Grundrechtssubjektivität – nicht zu einem „verfassungsvollziehenden Jurisdiktionsstaat“¹⁶ führen? Wodurch kann man sicherstellen, dass die demokratisch legitimierte Nationalversammlung beim Ausgleich gegenläufiger Grundrechte tunlichst ihre Initiative sowie den Gestaltungsspielraum bewahrt, ohne dass dabei der justizielle Grundrechtsschutz des Einzelnen geschwächt wird?

Diese Fragen stellen sich nicht nur in Bezug auf das KVerfG. Insbesondere in Deutschland werden sie schon seit Langem diskutiert. Ein historischer Anstoß dazu wurde hier insbesondere vom Lüth-Urteil von 1958 gegeben. In dieser berühmten Entscheidung führte das BVerfG aus, dass im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes nicht nur „Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat“ enthalten seien, sondern auch eine „objektive Wertordnung“, welche „als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten“ müsse¹⁷. Der Charakter der Grundrechte als objektive Normen, also als von der subjektiven Rechtsposition des einzelnen Grundrechtsträgers abgelöste Grundsatznormen, war freilich nicht neu; er lag z. B. schon dem Rechtsinstitut der Normenkontrolle zugrunde. Denn: Sollte ein Gesetz im *objektiven* Normenkontrollverfahren auf seine *Grundrechtskonformität* hin über-

¹⁶ Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S. 402.

¹⁷ BVerfGE 7, 198 (205).

prüft werden, kann nicht von der Ausübung eines subjektiven negatorischen Anspruchs die Rede sein, sondern lediglich von der Auswirkung der objektiven Grundrechtsgehalte auf die Rechtsordnung. Die mit dem Lüth-Urteil gestellten Weichen führten dazu, dass die bis dahin eng aufgefasste Grundrechtssubjektivität über den durch die traditionelle Grundrechtsdogmatik eingefriedeten Abwehrbereich hinaus ausgedehnt wurde. Die damit zusammenhängenden Stichwörter sind etwa „Drittwirkung“, „Leistungs- und Teilhabegehalte“, „Schutzpflicht“ oder „Grundrechte als Verfahrensgarantien“.¹⁸ Die kopernikanische Wende bestand neben dem Hinweis auf die „objektive Wertordnung“ in der Ausführung des BVerfG, dass „der Bürger einen verfassungsrechtlichen Anspruch“ auf staatliche „Beachtung“ seines Grundrechts in der objektiven Dimension habe¹⁹. Dieser *Beachtungsanspruch*, wie ihn das BVerfG anscheinend *a priori* aus der subjektiven Rechtsposition des einzelnen Grundrechtsträgers ableitete²⁰, sagt für sich genommen nichts darüber, was und von welchem Staatsorgan außer der Unterlassung eines Grundrechtseingriffs im klassischen Sinne positiv getan werden muss, um der Substanz grundrechtlicher Interessen des Betroffenen gerecht zu werden. Er scheint jedoch nach der Rechtsprechung des BVerfG dem Betroffenen die Beschwerdebefugnis zu verleihen. Wird die Verfassungsbeschwerde einmal zugelassen, ist der Weg offen, dass das BVerfG „von Amts wegen“²¹ den angefochtenen Hoheitsakt auch auf seine Vereinbarkeit mit dem *objektiv-grundrechtlich Gesollten* prüft; hierzu hält sich das Gericht für befugt²², worauf auch das Lüth-Urteil hindeutet. Falls grundrechtliche Wertgehalte nicht hinlänglich in ihrer objektiven Dimension berücksichtigt werden, verletzt das betreffende Staatsorgan damit zugleich den subjektiven grundrechtlichen Beachtungsanspruch, welcher als eine Art *formeller* Anspruch letzten Endes über die objektive Wertordnung „eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte“²³ erreichen soll²⁴. „Das Problem der prozessualen Verbindung des subjektivrechtli-

¹⁸ Vgl. *Wahl*, in: *Merten/Papier* HGR I, § 19 Rn. 5 ff., m.w.N.

¹⁹ BVerfGE 7, 198 (207). Vgl. auch BVerfGE 35, 79 (115): „[Die] Befugnis des einzelnen Grundrechtsträgers, gegenüber der öffentlichen Gewalt die Beachtung der wertentscheidenden Grundsatznorm durchzusetzen, gehört zum Inhalt des Individualgrundrechts“.

²⁰ Der Anerkennung dieses subjektiven Beachtungsanspruchs ist zuzustimmen; zwischen Abwehranspruch und Beachtungsanspruch besteht insofern kein Unterschied, als sie beide keine „unmittelbar durch den Verfassungstext statuierten Grundrechtsnormen“ sind, aber als „zugeordnete Grundrechtsnormen“ angesehen werden können. Zum Begriff „zugeordnete Grundrechtsnorm“ vgl. *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, S. 57 ff.

²¹ *Böckenförde*, *Der Staat* 29 (1990), 1 (14).

²² Vgl. BVerfGE 33, 247 (259); 45, 63 (74): Die Verfassungsbeschwerde ist zugleich ein „spezifisches Rechtsschutzmittel des objektiven Verfassungsrechts“.

²³ Vgl. BVerfGE 7, 198 (205).

²⁴ Zu beachten ist, dass auch bei der Anerkennung der Verletzung des subjektiven Beachtungsanspruchs die Kompetenz des BVerfG jedenfalls durch das *Kassationsprinzip* begrenzt wird. Und zwar gleichgültig, ob es sich bei einem materiell-inhaltlich Gesollten um ein staatliches Unterlassen oder ein positives Tun handelt. Das Kassationsprinzip ist als ein *prozessrechtliches Postulat* (§ 95

chen mit dem objektivrechtlichen Grundrechtsgehalt reduziert sich damit erheblich²⁵, während in der Literatur noch umstritten ist, ob und inwieweit das objektiv Gesollte auch „in materiell-inhaltlicher Hinsicht“²⁶ „subjektiviert“²⁷ werden kann²⁸. Festzuhalten ist, dass die durch das Lüth-Urteil etwas erweiterte Grundrechtssubjektivität mithilfe der objektiven Komponente des Verfassungsbeschwerdeverfahrens im Ergebnis eine fast allumfassende verfassungsgerichtliche Kontrolle mit sich bringt. Dadurch konnte das BVerfG einerseits zu einem „Bürgergericht“ avancieren, das „eine hohe bürgerintegrierende (auch Minderheiten schützende) Funktion“ hat²⁹. Andererseits besteht als Kehrseite die Gefahr einer tatsächlichen „Machtverschiebung“³⁰ von demokratisch legitimierten Volksvertretern zu einigen wenigen Verfassungsrichtern. Vor solchen Nebenwirkungen der „Konstitutionalisierung“³¹ wird im deutschen Schrifttum immer wieder gewarnt.

Für die koreanische Verfassungsgerichtsbarkeit scheint eine solche Mahnung allerdings noch dringender zu sein. Zunächst gibt es in Korea kein gefestigtes Abwehrrechtsdogma. Grundrechtliche Schutzpflichten sind nicht dogmatisch einzeln entwickelt worden, sondern dem Staat durch die Verfassungsvorschrift an sich generell auferlegt (Art. 10 Satz 2 KV). Die sozialen Bestimmungen in der KV sind meistens wie die Freiheitsrechte *expressis verbis* als subjektive Rechte formuliert³². Frei-

BVerfGG) nicht ohne Weiteres mit dem materiell-rechtlichen Abwehrrecht gleichzusetzen. Aber a.A. etwa Böckenförde, in: *ders./Jekewitz/Ramm* (Hrsg.), *Soziale Grundrechte*, S. 7 (14 f.). Da führte er aus, dass sozialstaatlichen Verfassungsaufträgen eine Art „Abwehransprüche“ zu entnehmen sei, welche sich „gegen eine Untätigkeit, grobe Vernachlässigung oder einen ersatzlosen Abbau getroffener Maßnahmen bei der Vollführung des Verfassungsauftrags“ richten könnten. Allerdings geht es hier eher einfach um *eine kassatorische Feststellung* derartiger Rechtslagen, als um *ein als Abwehrrecht zu charakterisierendes, subjektives materielles Recht etwa auf staatliches Unterlassen verfassungswidriger Unterlassung*.

²⁵ Böckenförde, a.a.O., 15.

²⁶ Böckenförde, a.a.O., 14.

²⁷ Alexy, a.a.O., S. 414 f.; Möstl, DÖV 1998, 1029 (1032); gegen das Konzept der „Subjektivierung“ kritisch Robbers, *Sicherheit als Menschenrecht*, S. 144 ff., der vom „Primat des subjektiven Rechts vor dem objektiven Recht“ ausgeht. Ihm zufolge konstituiert das subjektive Recht des Einzelnen das objektive Recht und nicht umgekehrt.

²⁸ Vgl. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/1, S. 979 ff. m.w.N.

²⁹ Häberle, JöR n.F. 45 (1997), 89 (112 ff.).

³⁰ Kelsen, VVDStRL 5 (1929), 30 (69 f.).

³¹ Vgl. Schuppert/Bumke, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*.

³² Ob die sozialen Grundrechte als gerichtlich durchsetzbare subjektive Rechte anzusehen sind, ist im koreanischen Schrifttum freilich seit Langem umstritten. Vgl. 권영성 [Kwon, Young-sung], in: 헌법논총 [Archiv des Verfassungsrechts] 2 (1991), 177 (180 ff.) m.w.N.; neuerlich verneinend 한수웅 [Han, Soo-woong], in: 인권과 정의 [Menschenrecht und Gerechtigkeit] 245 (Jan. 1997), 70 (73 ff.), der die sozialen Bestimmungen als Verfassungsaufträge an den Gesetzgeber auffasst; unter Annahme der Differenzierung zwischen *prima-facie*-Rechten und definitiven Rechten im Sinne des Alexy'schen Prinzipienmodells im Allgemeinen bejahend 정태호 [Chung, Tae-ho], in: 정경식 박사 화갑기념논문집 [Festschrift für Chung, Kyung-sik zum 60. Geburtstag], S. 238 (251 ff.); *ders.*, in: 헌법학연구 [Constitutional Law] 13-3 II (Sep. 2007), 539 (548 ff.); die Rechtsprechung des

heiten und Rechte auf staatliches positives Tun sind gewissermaßen eingeebnet. Das zeigt sich auch daran, dass die beiden Gruppen ungeachtet ihres strukturellen Unterschieds an einen allgemeinen – zugleich wegen der generellen Schrankenschränken „qualifizierten“³³ – Gesetzesvorbehalt anknüpfen (Art. 37 Abs. 2 KV)³⁴. Außerdem liegt dem koreanischen Grundrechtskatalog offenbar die Idee des lückenlosen Grundrechtssystems zugrunde. Darauf deutet schon das nach Eudämonismus klingende „Recht auf Glücksstreben“ hin (2. Halbsatz des Art. 10 Abs. 1 KV); wegen der ausgesprochenen Unschärfe des Begriffs „Glück“ erscheint dieses Grundrecht als fast uferlos ausdehnbar³⁵. Daneben steht die Klausel über die nicht aufgezählten Freiheiten bzw. Rechte (Art. 37 Abs. 1 KV). In Verbindung mit Art. 10 Abs. 2 KV gibt diese Klausel dem KVerfG auf, über die in der KV aufgezählten Freiheiten und Rechten hinaus weitere unverletzliche grundlegende Menschenrechte des Einzelnen rechtlich festzustellen und zu gewährleisten. Aus alledem folgt, dass die Verfassungsbeschwerde in Korea das Potential hat, einen juristischen Dezisionismus zu etablieren.

Ein „übertriebener Grundrechtssubjektivismus“³⁶ birgt freilich nicht nur die Gefahr einer Schwächung der demokratischen Willensbildung, sondern kann auch zu einer Überforderung der Verfassungsgerichtsbarkeit führen. Zusammen mit der ohnehin bestehenden Verpflichtung des Verfassungsgerichts zur juristischen Selbstbeschränkung, könnte die Überstrapazierung seiner Kapazität mitunter eine bloß formale Kontrolle oder eine versehentliche Vernachlässigung seiner grundrechtsschützenden Aufgabe zur Folge haben. Ein Balance zwischen der Über- und der Unterkonstitutionalisierung zu finden, mag wohl für jedes Verfassungsgericht der Welt eine schicksalhafte Aufgabe darstellen. Unter dem Umstand der jüngsten explosionsartigen Geltendmachung der akkumulierten Grundrechtssubjektivität erscheint

KVerfG lässt zwar im Allgemeinen die Erhebung der Verfassungsbeschwerde wegen der Verletzung der sozialen Grundrechte zu, nimmt jedoch einen weitgehenden Gestaltungsspielraum des Staates an. Vgl. KVerfGE 9-1, 543 (554 f.); 13-1, 977 (989).

³³ Vgl. 김선태 [Kim, Seon-taek], a.a.O., S. 311 f.

³⁴ Gegenüber einem derartigen einebnendem Verständnis kritisch 한수웅 [Han, Soo-woong], in: 저스티스 [Justice] 95 (Dez. 2006), 5 (16 ff.).

³⁵ Zur Meinungsverschiedenheit bezüglich der Auslegung des Rechts auf Glücksstreben vgl. 김선태 [Kim, Seon-taek], a.a.O., S. 214 ff.; neuerlich skeptisch im Hinblick auf seinen Charakter als subjektives Grundrecht 임지봉 [Lim, Ji-bong], in: 저스티스 [Justice] 71 (Feb. 2003), 5 ff., der die Klausel des Glücksstrebens bloß als eine Bestimmung der gemeinsamen Zielsetzung der anderen Grundrechtsbestimmung auffasst; kritisch 김일환 [Kim, Il-hwan], in: 고시연구 [Goshiyungu] 348 (Mär. 2003), 35 ff.; nach der Rechtsprechung des KVerfG lassen sich die allgemeine Freiheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht gerade von dem Recht auf Glücksstreben ableiten. Vgl. KVerfGE 3, 268 (275); 10-2, 621 (633). Bezüglich der Frage, ob von diesem Grundrecht auch allgemeine Leistungsrechte abgeleitet werden können, ist die Rechtsprechung allerdings zurückhaltend. Vgl. KVerfGE 7-2, 1 (32); 14-2, 890 (902).

³⁶ Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, § 19 Rn. 19.

eine derartige Balancierung für das KVerfG allerdings als besonders problematisch.

III. Das Motiv für Überlegungen zur Einführung der Urteilsverfassungsbeschwerde in Korea

Wahrscheinlich gibt es keinen anderen Ausweg, als die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen möglichst weitgehend zu rationalisieren. Dazu kann in erster Linie die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik dienen. Auf derartige materiell-rechtliche Betrachtungen kann hier allerdings nicht eingegangen werden. Der Schwerpunkt dieser Untersuchung liegt vielmehr auf der prozessualen Seite der Verfassungsbeschwerde. Es geht um die Frage der Möglichkeit, die Rationalität der Verfassungsjudikatur durch eine prozessrechtliche Verfahrensausgestaltung zu erhalten. In diesem Zusammenhang kommt die Einführung der Urteilsverfassungsbeschwerde in Betracht.

Hierauf könnte man aber erwidern, dass die Einführung der Urteilsverfassungsbeschwerde zwangsläufig neue Probleme verursachen würde. Zunächst hätte man mit einer Flut von Verfassungsbeschwerden gegen Gerichtsurteile zu rechnen. Im Extremfall könnten die meisten Revisionsentscheidungen, deren Zahl jährlich ca. 20.000 bis 30.000 beträgt, im Wege der Verfassungsbeschwerde gerügt werden. Das hätte zur Folge, dass die Funktionsfähigkeit des KVerfG verloren geht und dass die Prozessdauer verlängert wird. Für weitere negative Auswirkungen könnte außerdem die Gefahr der exzessiven Konstitutionalisierung sorgen. Die Kompetenz des Verfassungsgerichts zur „autoritativen und letztinstanzlichen Interpretation der Grundrechte“ wird nämlich dadurch verstärkt werden, dass das Verfassungsgericht „in aller Regel erst und nur Gerichtsentscheidungen überprüft, die der gerügten Grundrechtsverletzung nicht abgeholfen haben, und diese dann eventuell aufhebt. Dadurch übt es zugleich eine Kontrolle über die Gerichtsbarkeit [...] aus im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit ihrer Rechtsprechung“³⁷. Das bedeutet wiederum eine „mittelbare Inpflichtnahme der Fachgerichte für den Konstitutionalisierungsprozeß“³⁸. Zwar ist fraglich, ob die Konstitutionalisierung schlechthin negativ beurteilt werden sollte. Allerdings lässt sich nicht leugnen, dass sie durch die Einführung der Urteilsverfassungsbeschwerde erheblich gefördert werden wird.

Derartige Probleme treten beim bestehenden koreanischen Grundrechtsschutzinstrument nicht auf, weil der Weg zur Verfassungsbeschwerde gegen Gerichtsurteile grundsätzlich versperrt ist. Außerdem bleibt etwa der Terminus „spezifisches Ver-

³⁷ Böckenförde, EuGRZ 2004, 598 (603).

³⁸ Schuppert/Bumke, a.a.O., S. 22 f.

fassungsrecht“ in Korea fremd, solange die Urteilsverfassungsbeschwerde nicht eingeführt wird: Bei der Verfassungsbeschwerde gegen Vollziehungsakte bzw. untergesetzliche Normen, soweit diese zulässig ist, überprüft das Gericht die angefochtenen Akte in der Regel nicht nur auf ihre Grundrechtskonformität, sondern auch auf ihre Gesetzmäßigkeit. Denn aufgrund Art. 37 Abs. 2 KV muss grundsätzlich jede Einschränkung der Grundrechte, seien es die in der Verfassung ausdrücklich verankerten Freiheiten bzw. Rechte oder die nicht aufgezählten, das Gebot des Gesetzesvorbehalts erfüllen. Dennoch entsteht in Bezug auf die Kompetenzabgrenzung zwischen dem KVerfG und den anderen Gerichten kein Problem. Da die Grenze der Verfassungsgerichtsbarkeit schon durch die Beschränkung der Beschwerdegegenstände auf Nichtrechtsprechungsakte gezogen ist, spielt die Unterscheidung zwischen einfachem Recht und Grundrecht bei der Kompetenzverteilung keine große Rolle.

Dem Ausschluss der Urteilsverfassungsbeschwerde ist aber auch die heutige Entfaltung der Grundrechtsdogmatik in Korea zu verdanken. Beispielsweise sind die Termini „Ausstrahlungswirkung“ und „Drittwirkung“ in den Begründungen von verfassungsgerichtlichen Entscheidungen kaum zu finden; die Dreieckskonstellation, welche sich insbesondere durch das gerichtliche Hinzutreten in einer zwischenbürgerlichen Streitigkeit ergibt, kann in Korea wegen des Fehlens der Urteilsverfassungsbeschwerde nicht dem KVerfG zugeleitet werden. In Bezug auf privatrechtliche Verhältnisse kann sich die verfassungsgerichtliche Grundrechtsjudikatur allenfalls in der Form der Gesetzeskontrolle entfalten. Dabei ist von Ausstrahlungswirkung oder Drittwirkung keine Rede, vielmehr tritt lediglich eine Derogation gemäß der Normenhierarchie in den Vordergrund.

Bemerkenswert ist, dass der Ausschluss der Urteilsverfassungsbeschwerde im Ergebnis durch die Möglichkeit, aufgrund § 68 Abs. 2 die Kontrolle des dem Gerichtsurteil zugrunde liegenden Gesetzes nachzuholen, mehr oder weniger ausgeglichen wird. Insofern liegt lediglich eine Änderung des Überprüfungsmodus vor. Hier stellt sich die Frage, ob dies nicht der Rationalisierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen abträglich ist. Wenn dies zu bejahen ist, müssen die Vor- und Nachteile der Einführung der Urteilsverfassungsbeschwerde gerade in dieser Hinsicht nochmals sorgfältig abgewogen werden.

Bevor auf dieses Thema näher eingegangen wird, erscheint es angezeigt, die heutige koreanische Verfassungsbeschwerde in ihrer Realgestalt zu illustrieren, da von dieser in Deutschland zu wenig bekannt ist, als eine weitere Diskussion nachvollziehbar durchgeführt werden könnte. Im Folgenden wird zunächst die Geschichte der Einführung der Verfassungsbeschwerde in Korea dargestellt.

B. Die Geschichte der Einführung der Verfassungsbeschwerde in Korea

I. Verfassungsrechtliche Vorgabe

Als grundlegendes Muster für die koreanische Verfassungsbeschwerde diente sicherlich die deutsche Verfassungsbeschwerde³⁹, welche schon seit Langem auch in Korea bekannt war⁴⁰. Wahrscheinlich wurde das Rechtsinstitut der Verfassungsbeschwerde aufgrund dieses Vorverständnisses ohne eine genaue Definition mit der folgenden knappen Formulierung in der Verfassung verankert: „Das KVerfG entscheidet [...] über Verfassungsbeschwerden, welche gesetzlich zu regeln sind“ (Art. 111 Abs. 1 Nr. 5 KV).

Allerdings gab es seinerzeit keinen Konsens darüber, wie das Institut der Verfassungsbeschwerde insbesondere im Verhältnis zu den normalen Gerichtsverfahren konkret ausgestaltet werden sollte. Auf diese Frage gibt die jetzt geltende Verfassung keine eindeutige Antwort. Die Verfassungsänderung von 1987 war aufgrund der Angespanntheit der politischen Lage übereilt und nur ungenau ausgearbeitet worden, so dass ein großer Teil der verfassungsrechtlichen Regelungen unkritisch aus der alten Verfassung in die neue übernommen wurde. Infolgedessen erscheint die Vorstellung des Verfassungsgebers über das Justizsystem als ausgesprochen ambivalent. Ungeachtet der Errichtung des Verfassungsgerichts, welches anders als seine Vorgänger materiell über die höchste Autorität im Bereich der Verfassungsrechtsfragen verfügen sollte, wurde der Oberste Gerichtshof auch nach der Verfassungsänderung von 1987 weiterhin als „höchstes Gericht“ bezeichnet (Art. 101 Abs. 2 KV). Diesem Gericht wurde nach wie vor die Kompetenz zugewiesen, über die Verfassungsmäßigkeit von Rechtsverordnungen, Satzungen und Verfügungen „endgültig“ zu entscheiden (Art. 107 Abs. 2 KV), während die Verwerfung von formellen Gesetzen beim Verfassungsgericht monopolisiert wurde (Art. 107 Abs. 1, Art. 111 Abs. 1 Nr. 1 KV). Hinzu kommt, dass das unglückliche Regelungssystem der bestehenden Verfassung zusammen mit der einzigartigen Benennungsweise des Verfassungsgerichts zu einem Missverständnis über den Status dieses Gerichts führt: Die Verfassung teilte nämlich dem Verfassungsgericht ein eigenständiges Kapitel –

³⁹ Vgl. 김상철 [Kim, Sang-tschul], Diskuss., in: 서울대학교 법학 [Seoul Law Journal] 29-3/4 (Dez. 1988), 50 (51).

⁴⁰ Die früheren Darstellungen der deutschen Verfassungsbeschwerde befinden sich etwa in der folgenden Literatur: 김철수 [Kim, Tschol-su], in: 고시계 [Goshigye] 268 (Jun. 1979), 56 ff.; 배준상 [Bae, Jun-sang], in: 고시연구[Goshiyungu] 58 (Jan. 1979), 77 ff.; 조병윤 [Cho, Byung-yun], in: 공법연구 [Public Law] 9 (Sep. 1981), 65 (93 ff.).

das 6. Kapitel – mit der Überschrift „헌법재판소 [*Hun-bub-chaepan-so*; Verfassungsgericht]“ zu, während die weiteren Gerichtsbarkeiten im 5. Kapitel unter dem Titel „법원 [*Bub-won*; Gericht]“ geregelt ist. Das Wort „헌법재판소“ stellt eine Komposition aus „헌법 [*Hun-bub*; Verfassung]“ und „재판소 [*Chae-pan-so*; Gericht]“ dar. Eigentlich ist „재판소 [*Chae-pan-so*]“ kein heutzutage gebräuchlicher Ausdruck für Gericht, sondern eher ein altmodischer. Als Bezeichnung von „Gericht“, wird heute normalerweise das Wort „법원 [*Bub-won*]“ benutzt: zum Beispiel „대법원 [*Dae-bub-won*; Oberster Gerichtshof]“, „고등법원 [*Go-dung-bub-won*; Oberlandesgericht]“ oder „지방법원 [*Chi-bang-bub-won*; Landesgericht]“. Problematisch ist, dass Art. 101 KV, welcher innerhalb des 5. Kapitels „법원 [*Bub-won*]“ an erster Stelle steht, vorschreibt: „Die rechtsprechende Gewalt liegt bei den Gerichten [법원: sic], welche sich aus Richtern zusammensetzen“ (Art. 101 Abs. 1 KV); „Die Gerichte [법원: sic] bestehen aus dem Obersten Gerichtshof als höchstem Gericht und unteren Gerichten [각급법원: sic]“ (Art. 101 Abs. 2 KV). Damit wird der seltsame Eindruck erweckt, als würde das Verfassungsgericht, also 헌법재판소 [*Hun-bub-chaepan-so*], keine rechtsprechende Gewalt im positivverfassungsrechtlichen Sinne darstellen. Dies könnte zu der fragwürdigen Folgerung führen, dass der verfassungsgerichtliche Eingriff in Gerichtsurteile als eine Verletzung der Unabhängigkeit der rechtsprechenden Gewalt durch eine Nichtjustizgewalt charakterisiert werden konnte. Unter diesen Umständen war es beim Normierungsprozess des Gesetzes über das Koreanische Verfassungsgericht (KVerfGG) äußerst umstritten, ob die Verfassungsbeschwerde auch gegen Gerichtsurteile statthaft sein sollte.

II. Der Erlass des KVerfGG

1. Der konkrete Gesetzgebungsvorgang⁴¹

Nachdem die Verfassungsrevision im Jahre 1987 von der Nationalversammlung mit qualifizierter Mehrheit – d.h. „mit Zustimmung von mehr als zwei Dritteln“ ihrer Mitglieder (Art. 131 Abs. 1 KV a.F.) – verabschiedet worden und am 27. 10. 1987 aufgrund Art. 131 Abs. 2 u. 3 KV a.F. durch ein Referendum bestätigt worden war, dauerte es ungefähr 9 Monate, bis das KVerfGG am 24. 7. 1988 in der Nationalversammlung verabschiedet wurde. Allerdings scheint die Nationalversammlung bei der Erarbeitung des Gesetzesentwurfs keine besondere Rolle gespielt

⁴¹ Vgl. 헌법재판소 [Das Koreanische Verfassungsgericht] (Hrsg.), 헌법재판소법 제정 역사 [Die skizzenhafte Geschichte des Erlasses des KVerfGG], S. 3-7 u. 41-58.

zu haben. Der Entwurf wurde der Nationalversammlung erst am 4. 7. 1988 von der Regierungspartei unterbreitet. Zwei Wochen später, am 18. 7. 1988, machte die Oppositionspartei einen Gegenvorschlag. Die materiellen Beratungen begannen am 21. 7. 1988. Schon am nächsten Tag wurde ein Kompromissentwurf erarbeitet. Dieser wurde am 23. 7. 1988 im Rechtspflegeausschuss einstimmig beschlossen und am nächsten Tag der Plenarsitzung vorgelegt. Diese extreme Schnelligkeit erklärt sich zum Teil dadurch, dass vor den Beratungen in der Nationalversammlung bereits mehrere Referentenentwürfe vorgeschlagen bzw. in der Öffentlichkeit diskutiert worden waren, auf die das koreanische Parlament zurückgreifen konnte. Außerdem hatten die politischen Parteien an einer eingehenden Auseinandersetzung mit den Einzelheiten der Verfassungsbeschwerde anscheinend kein großes Interesse, so dass sie relativ leicht zu einem Kompromiss gelangen konnten.

Wie angesprochen, ist die rasche Erarbeitung eines Entwurfs des KVerfGG in der Nationalversammlung nicht zuletzt dem Vorliegen verschiedener Referentenentwürfe zu verdanken. Der initiative Referentenentwurf wurde durch das Justizministerium vorbereitet. Dieses gründete im Oktober 1987 für die Erarbeitung eines Referentenentwurfes eine aus 5 praktisch tätigen Juristen sowie Beamten bestehende Kommission (Fünferkommission)⁴². Diese Kommission führte zunächst eine umfangreiche Recherche in Bezug auf alte inländische Regelungen sowie ausländische Gesetze, wie etwa das deutsche, das österreichische und das spanische Verfassungsgerichtsgesetz, durch und veranstaltete ein Kolloquium, um verschiedene Rechtswissenschaftler sowie Praktiker anzuhören. Auf dieser Grundlage kam im April 1988 ein Referentenentwurf (sog. „Referentenentwurf der Fünferkommission“) zustande. Das Justizministerium nahm an diesem Entwurf einige kleine Änderungen vor und veröffentlichte den revidierten Entwurf (sog. „Referentenentwurf des Justizministeriums“) am 29. April 1988 im Amtsblatt. Daraufhin gaben der Oberste Gerichtshof und die Koreanische Rechtsanwaltskammer jeweils eine Stellungnahme ab. Letztere erarbeitete darüber hinaus als Gegenvorschlag einen eigenen Referentenentwurf (sog. „Referentenentwurf der Koreanischen Rechtsanwaltskammer“). Danach wurde der Entwurf des Justizministeriums ohne große Veränderungen von der Regierungspartei übernommen, während der Entwurf der Koreanischen Rechtsanwaltskammer teilweise von den Oppositionsparteien übernommen wurde.

2. Die Debatte über das Institut der Verfassungsbeschwerde

⁴² Der Kommission gehörten Staatsanwälte *심재륜* [Shim, Chae-ryun], *안대희* [An, Dae-hi], Richter *이강국* [Lee, Kang-kuk] sowie Beamte *강창호* [Gang, Tschang-ho] beim ehemaligen Verfassungskomitee und *장명근* [Chang, Myung-gun] beim Ministerium für Legislation an.

a) Die Urteilsverfassungsbeschwerde als Hauptthema bei der Debatte

Beim Erlass des KVerfGG stand im Mittelpunkt der Debatte, ob die Verfassungsbeschwerde auch gegen Gerichtsurteile zugelassen werden sollte. Schon in den Beratungen der Fünferkommission war eine Einigkeit über die Frage, inwiefern Handlungen oder Unterlassungen der öffentlichen Gewalt zum Beschwerdegegenstand werden sollten, kaum zu erreichen. Das Material zu den Beratungen vom Oktober 1987 lässt erkennen, dass die Fünferkommission am Anfang zwei Möglichkeiten in Erwägung zog⁴³, nämlich entweder die Verfassungsbeschwerde gegen jedwedes Handeln bzw. Unterlassen der öffentlichen Gewalt zuzulassen oder Gerichtsurteile, Gesetze und Regierungsakte vom Beschwerdegegenstand auszuschließen.

b) Das Kolloquium vom 15. 1. 1988

Der konkrete Vorgang der Meinungsbildung über dieses Thema innerhalb der Fünferkommission lässt sich durch eine Darstellung der Äußerungen zu den verschiedenen Auffassungen in dem vom Justizministerium veranstalteten Kolloquium vom 15. 1. 1988 aufzeigen.

Hier vertrat der erste Berichterstatter, Professor 이강혁 [Lee, Kang-hyuk], die Meinung, dass es möglich sein sollte, grundsätzlich jeden staatlichen Akt letzten Endes der verfassungsgerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen. Allerdings äußerte er hinsichtlich der Urteilsverfassungsbeschwerde Zweifel, ob deren Einführung nicht nähere Untersuchungen über die mit ihr verbundenen etwaigen praktischen Probleme bzw. Überlegungen zu Vorkehrungen hiergegen voraussetzte. Nach seiner Ansicht war demnach entscheidend, wann die Einführung erfolgen sollte⁴⁴. Ihm schien es hinnehmbar, sie auf einen späteren Zeitpunkt zu verschieben.

Der zweite Berichterstatter, Rechtsanwalt 최광률 [Choe, Kwang-ryool], der später (vom 15. 9. 1988 bis zum 14. 9. 1994) als Verfassungsrichter amtierte, ging davon aus, dass bei der Verfassungsbeschwerde gegen Gerichtsurteile zwei Arten unterschieden werden können: zum einen die Urteilsverfassungsbeschwerde wegen Missachtung von Verfahrensgrundrechten, bei der die Gerichte selbst direkte Verursacher der Grundrechtsverletzung sind, und zum anderen die Urteilsverfassungsbeschwerde, bei der die Grundrechtsverletzung mittelbar durch die Anwendung einer verfassungswidrigen Norm durch die Gerichte hervorgerufen wird. Im Hinblick auf die

⁴³ Vgl. 법무부 실무위원회 [Die Fünferkommission des Justizministeriums], 헌법재판소법 제정심의사항 [Das Material über die Beratung für die Erarbeitung des Entwurfs des KVerfGG], veröff. in: 헌법재판소법 제정 약사 [Die skizzenhafte Geschichte des Erlasses des KVerfGG], S. 424.

⁴⁴ 이강혁 [Lee, Kang-hyuk], in: 법무자료 [Nachschlagewerke für die Justiz] 95 (1988), S. 7 (29).

letztenannte Art befürchtete er allerdings, dass bei einer umfangreichen Zulassung der Urteilsverfassungsbeschwerde einerseits das Verfassungsgericht materiell zu einer Superrevisionsinstanz werden würde und andererseits Richter die fragliche Norm ohne hinreichende Bemühung, eine verfassungskonforme Auslegung zu finden, voreilig dem Verfassungsgericht vorlegen dürften, um einer Verfassungsbeschwerde gegen ihre Entscheidungen vorzubeugen. Als Mittelweg schlug er deshalb vor, die Zulässigkeit der Urteilsverfassungsbeschwerde einzuschränken: Die Verfassungsbeschwerde sollte nur dann statthaft sein, wenn Gerichte selbst die Verfahrensgrundrechte verletzt oder wenn sie den Antrag eines Prozessbeteiligten auf richterliche Vorlage zurückgewiesen hatten⁴⁵.

Der dritte Berichterstatter, Richter 이강국 [Lee, Kang-kuk], der seit dem 22. 1. 2007 als Präsident des Koreanischen Verfassungsgerichts amtiert, wies demgegenüber darauf hin, dass die Einführung der Urteilsverfassungsbeschwerde zunächst wegen des positiven Verfassungsrechts als problematisch zu betrachten sei. Hierzu wies er auf die Unterschiede zwischen der deutschen und der koreanischen Verfassung im Bezug auf die Gerichtsorganisation hin. Während in der deutschen Verfassung das Bundesverfassungsgericht nach Art. 92 GG ausdrücklich ein Teil der rechtsprechenden Gewalt neben den weiteren Bundesgerichten sowie den Landesgerichten sei, stelle sich das koreanische Verfassungsgericht nach der koreanischen Verfassung nicht als echtes Gericht dar. Dies komme vor allem darin zum Ausdruck, dass sich die Regelungen über das Verfassungsgericht nicht im 5. Kapitel mit der Überschrift „법원 [Gericht]“ befinden, sondern im 6. Kapitel mit der Überschrift „헌법재판소 [Verfassungsgericht]“. Außerdem bestimme Art. 101 KV, dass die rechtsprechende Gewalt bei den Gerichten [법원: sic] liegt (Abs. 1) und dass der Oberste Gerichtshof an deren Spitze steht (Abs. 2). Demgemäß würde es im Ergebnis gegen diese Vorschrift verstoßen, gerichtliche Entscheidungen zum Gegenstand der Verfassungsbeschwerde zu machen und damit Eingriffe in die gerichtliche Rechtsprechung – sogar gegenüber den Urteilen des Obersten Gerichtshofs – durch ein Verfassungsorgan zu erlauben, welches keine echte Justizgewalt im positivverfassungsrechtlichen Sinne darstelle. Hinzu komme, dass dem Verfassungsgericht die Nachprüfung der Urteile des Obersten Gerichtshofs ohnehin verwehrt sei, und zwar in Anbetracht dessen, dass Art. 107 Abs. 2 KV gerade diesem Gericht die Kompetenz einräumt, über die Verfassungsmäßigkeit von Rechtsverordnungen, Satzungen und Verfügungen *endgültig* zu entscheiden. Als weiteres Argument gegen die Institutionalisierung der Urteilsverfassungsbeschwerde wies der Berichterstatter darauf hin, dass die koreanische Verfassung den Begriff der Verfassungsbeschwerde nicht definiert, während Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG eine umfangreiche

⁴⁵ 최광률 [Choe, Kwang-ryool], in: ebenda, S. 30 (44).

Formulierung der Verfassungsbeschwerde enthalte. Dies sei so zu verstehen, dass die koreanische Verfassung den Gesetzgeber beauftragt hat, nach seinem Ermessen einen der koreanischen Rechtslage angemessenen Verfassungsbeschwerdetyp zu gestalten. Insbesondere vom praktischen Standpunkt aus sei die Einführung der Urteilsverfassungsbeschwerde zu diesem Zeitpunkt nicht angebracht, weil das Verfassungsgericht erst kurz davor stehe, errichtet zu werden. Es dürfte das Verfassungsgericht überfordern, wenn ihm gleich bei seiner Gründung allzu umfangreiche Kompetenzen übertragen werden. Auch beim Ausschluss der Gerichtsurteile vom Beschwerdegegenstand verbleibe ihm voraussichtlich eine Menge zu tun; so lägen etwa angesichts der bevorstehenden Einrichtung des Gerichts bereits zahlreiche richterliche Vorlagen vor⁴⁶.

In der folgenden Diskussion wurde seitens der Befürworter der Urteilsverfassungsbeschwerde argumentiert, dass die mit der Verfassungsänderung von 1987 verfolgte Grundidee, die Verfassungsgerichtsbarkeit zu stärken, in ausreichendem Maß berücksichtigt⁴⁷ und die einzelnen verfassungsrechtlichen Vorschriften, wie etwa Art. 107 Abs. 2 KV, im Lichte dieser Idee ausgelegt werden müssten⁴⁸ und dass es mit der Systemgerechtigkeit unvereinbar wäre, eine Grundrechtsverletzung durch rechtskräftige Gerichtsurteile ganz sanktionslos zu lassen, während andere Staatsakte, wie etwa die Gesetzgebung oder ihre Unterlassung, im Wege der Verfassungsbeschwerde auf ihre Grundrechtskonformität hin nachgeprüft werden könnten⁴⁹.

Die Gegner der Einführung der Urteilsverfassungsbeschwerde hoben hingegen hervor, dass die Prüfung von Akten der öffentlichen Gewalt auf ihre Verfassungsmäßigkeit, ausgenommen die Gesetzesverwerfung, allgemein dem Obersten Gerichtshof und den unteren Gerichten überantwortet sei⁵⁰, dass das Ansehen der Gerichte durch die Zulassung der Urteilsverfassungsbeschwerde verloren gehen könnte⁵¹, dass das Institut der Verfassungsbeschwerde auch beim Ausschluss der Gerichtsurteile vom Beschwerdegegenstand nicht leerlaufen würde, zumal Gesetzgebung, Regierungsakte bzw. eine Reihe von Realakten oder Verwaltungsplanungen, welche nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs nicht zum Streitgegenstand in den normalen Gerichtsverfahren werden können, noch in den Rahmen der

⁴⁶ 이강국 [Lee, Kang-kuk], in: ebenda, S. 47 ff.

⁴⁷ 제희열 [Kay, Hee-yol], Diskuss., in: ebenda, S. 106 f.

⁴⁸ 김남진 [Kim, Nam-jin], Diskuss., in: ebenda, S. 115.

⁴⁹ 이상규 [Lee, Sang-kyu], Diskuss., in: ebenda, S. 98 ff.; 최광물 [Choe, Kwang-ryool], Diskuss., in: ebenda, S. 114 f.

⁵⁰ 이홍훈 [Lee, Hong-hun], Diskuss., in: ebenda, S. 112.

⁵¹ 이홍훈 [Lee, Hong-hun], a.a.O., S. 113.

Verfassungsbeschwerde fallen würden⁵², und dass die Einführung der Urteilsverfassungsbeschwerde aus den oben erläuterten positiv-verfassungsrechtlichen Gründen ohne eine neue Verfassungsrevision sowieso nicht möglich sei⁵³.

Die Tatsache, dass in Deutschland ein scharfer Kontrast zwischen der Flut von Urteilsverfassungsbeschwerden einerseits und der geringen Erfolgsquote andererseits besteht, wurde sowohl als Angriffsargument gegen die Einführung der Urteilsverfassungsbeschwerde wie auch als Verteidigungsargument dafür herangezogen. Seitens der Befürworter war das deutsche Beispiel der Nachweis dafür, dass die Zulassung der Urteilsverfassungsbeschwerde das Ansehen der Gerichte tatsächlich nicht gravierend schädigen würde⁵⁴, während die Gegner mit derselben Tatsache ihre Zweifel an der Nützlichkeit der Urteilsverfassungsbeschwerde begründen wollten⁵⁵.

Ungeachtet der heftigen Kontroverse waren sich die Teilnehmer an dem Kolloquium freilich darin einig, dass die Gesetzesprüfung durch das Verfassungsgericht erheblich gestärkt werden sollte. Hierfür wurde fast einstimmig befürwortet, dass jedes Gericht dazu zu berechtigt sein soll, durch die richterliche Vorlage die verfassungsgerichtliche Prüfung eines entscheidungserheblichen Gesetzes auf seine Verfassungsmäßigkeit hin zu initiieren, wobei der Oberste Gerichtshof, anders als früher, nicht mehr gegen den Beschluss der unteren Gerichte intervenieren können sollte⁵⁶. Ferner wurde die Frage zur Debatte gestellt, ob die richterliche Vorlage dann als obligatorisch angesehen werden sollte, wenn sie von einem Prozessbeteiligten beantragt wird⁵⁷. Hiergegen wurde jedoch eingewandt, dass die richterliche Vorlage im Sinne des Art. 107 Abs. 1 KV ihrem Wesen nach eine Art gerichtliche Entscheidung sei, dass eine bloße mechanische Weiterleitung des Antrags des Prozessbeteiligten mit dem Wesen der juristischen Rechtsprechung nicht vereinbar sei und dass eine solche obligatorische Zugangsmöglichkeit mitunter als Nebenwirkung eine Prozessverzögerung herbeiführen könnte⁵⁸. Daraufhin stellte sich die Frage, wie verfahren werden sollte, wenn das Gericht den Antrag eines Prozessbeteiligten auf richterliche Vorlage zu Unrecht abweisen würde. Bezüglich dieser Frage gab es zwei Meinungen:

Nach Auffassung des Rechtsanwalts 최광률 [Choe, Kwang-ryool] sollte dem Pro-

⁵² 이강국 [Lee, Kang-kuk], Diskuss., in: ebenda, S. 101 f.

⁵³ 이강국 [Lee, Kang-kuk], a.a.O., S. 117 f.

⁵⁴ 계획열 [Kay, Hee-yol], a.a.O., S. 108.

⁵⁵ 이강국 [Lee, Kang-kuk], a.a.O., S. 117.

⁵⁶ Vgl. 이강혁 [Lee, Kang-hyuk], a.a.O., S. 27; 최광률 [Choe, Kwang-ryool], a.a.O. S. 40; 이강국 [Lee, Kang-kuk], a.a.O., S. 48.

⁵⁷ 김선 [Kim, Sun], Diskuss., in: ebenda, S. 123 f.; 장석조 [Chang, Seok-cho], Diskuss., in: ebenda, S. 132.

⁵⁸ 최광률 [Choe, Kwang-ryool], a.a.O., S. 125; 이상규 [Lee, Sang-kyu], a.a.O., S. 134 f.

zessbeteiligten die Befugnis gegeben werden, im Wege der Beschwerde (bzw. der weiteren Beschwerde) das im Instanzenzug nächsthöhere Gericht anzurufen⁵⁹. Wenn man bedenkt, dass er der Meinung war, dass gegen die gerichtliche Abweisung des Antrags auf richterliche Vorlage die Verfassungsbeschwerde statthaft sein sollte, dann muss man nach dem Verhältnis zwischen der Beschwerde an das höhere Instanzgericht und der Verfassungsbeschwerde an das Verfassungsgericht fragen. Darauf gab er keine ausdrückliche Antwort, jedoch lässt sich vermuten, dass sich die Verfassungsbeschwerde als außerordentlicher Rechtsbehelf in einem solchen Fall gegen den letztinstanzlichen Beschluss über eine derartige Beschwerde (bzw. eine weitere Beschwerde) richten sollte.

Einer anderen Meinung war Richter *이강국* [Lee, Kang-kuk]. Er befürchtete einen Ansehensverlust des Obersten Gerichtshofs in dem Fall, dass die Entscheidung des Verfassungsgerichts hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit eines entscheidungserheblichen Gesetzes vom Beschluss des Obersten Gerichtshofs abweicht. Deshalb zog er es vor, sowohl den unteren Gerichten als auch den Prozessbeteiligten die Berechtigung zu geben, fragliche Gesetzesnormen dem Verfassungsgericht direkt – d.h. ohne den Obersten Gerichtshof in die Vorlagesachen der unteren Instanzen hineinzuziehen – vorzulegen⁶⁰. In diesem Zusammenhang erklärt sich seine positive Haltung zu der Frage, ob die Verfassungsbeschwerde statthaft sein sollte, wenn Gerichte den Antrag eines Prozessbeteiligten auf richterliche Vorlage abgewiesen hatten⁶¹. Die Verfassungsbeschwerde gegen eine solche Abweisung müsste für ihn akzeptabel gewesen sein, weil sie tatsächlich als eine Alternative zu der von ihm befürworteten, unmittelbaren Berechtigung der Prozessbeteiligten zur Vorlage anzusehen ist.

Allerdings führte das Kolloquium zu keinen abschließenden Ergebnissen. Es legte nur unterschiedliche Standpunkte offen. Dennoch besteht kein Zweifel, dass es der Ausgestaltung der koreanischen Verfassungsgerichtsbarkeit in vielfältiger Weise dienlich war. So beruhte etwa der erste Referentenentwurf, welcher die wichtigste Grundlage für die späteren Entwürfe bildete, auf den Diskussionen im Kolloquium.

c) Der Referentenentwurf der Fünferkommission

Schon im Referentenentwurf der Fünferkommission vom April 1988 finden sich

⁵⁹ *최광률* [Choe, Kwang-ryool], a.a.O. S. 41 f.

⁶⁰ *이강국* [Lee, Kang-kuk], a.a.O., S. 48.

⁶¹ Vgl. *이강국* [Lee, Kang-kuk], a.a.O., S. 101: „[...] Im Übrigen würde es sich bei der Frage, ob die Verfassungsbeschwerde gegen die gerichtliche Abweisung des Antrags auf richterliche Vorlage zugelassen werden sollte, um eine rechtspolitische handeln“.

die Grundkonturen des heutigen KVerfGG. § 53 Abs. 1 dieses Entwurfes lautete:

„Wer durch eine Handlung oder Unterlassung der öffentlichen Gewalt in einem seiner von der Verfassung gewährleisteten Grundrechte verletzt ist, kann die Verfassungsbeschwerde zum Verfassungsgericht erheben. Dies gilt allerdings nicht für die Fälle, dass ein gerichtlicher Rechtsweg eröffnet ist oder dass eine gerichtliche Entscheidung ergangen ist.“

Der zweite Satz bedeutete, dass Gerichtsurteile vollkommen vom Beschwerdegegenstand ausgeschlossen werden sollten. Die Fünferkommission begründete dies in knapper Weise damit, dass die Aufnahme von Gerichtsurteilen in den Beschwerdegegenstand die Errichtung einer vierten Instanz zur Folge haben würde, wodurch das herkömmliche Justizsystem erschüttert würde, und dass wegen etwaiger querulatorischer Anträge ein Misstrauen gegen Gerichte geweckt werden könnte⁶². Nimmt man diese Begründung beim Wort, so wurde der in der Literatur geäußerte Hinweis, dass „beim Bestimmen von Umfang bzw. Gegenstand der Verfassungsbeschwerde durchaus von der Perspektive der effektiven Grundrechtsgewährleistung auszugehen ist“, nicht beachtet⁶³. Ohne eine Auseinandersetzung mit dieser Aussage wurde die Befürchtung eines Verlustes der Autorität der bestehenden Gerichte in den Vordergrund gerückt. Allerdings ist es nur schwer vorstellbar, dass die Fünferkommission bei der Erarbeitung des Referentenentwurfs das Pro und Kontra der Urteilsverfassungsbeschwerde, welches im Kolloquium vom 25. 1. 1988 hauptsächlich thematisiert und diskutiert worden war, nicht berücksichtigt hat. Eine Spur der Erwägungen zwischen den Argumenten der Befürworter bzw. der Gegner der Urteilsverfassungsbeschwerde findet sich in § 53 Abs. 2 des Referentenentwurfs. Diese Vorschrift lautete:

„Wenn der Antrag im Sinne des § 18 Abs. 1 [des Gesetzesentwurfes], also der eines Prozessbeteiligten auf richterliche Vorlage von entscheidungserheblichen Gesetzen zur verfassungsgerichtlichen Nachprüfung ihrer Verfassungsmäßigkeit, abgewiesen wird, kann der Antragsteller die Verfassungsbeschwerde vor dem Verfassungsgericht erheben. In diesem Fall kann er in dem Ausgangsverfahren aus denselben Gründen keinen Antrag auf richterliche Vorlage mehr stellen.“

Die Fünferkommission führte nicht aus, wozu eine Regelung, wie sie im § 53 Abs. 2 des Entwurfs vorgeschrieben worden war, bestehen sollte. Diese Regelung stellt sich jedoch als Kompromiss zwischen den differierenden Meinungen des Rechtsanwalts 최광률 [Choe, Kwang-ryool] und des Richters 이강국 [Lee, Kang-kuk] im Kolloquium dar. Die Meinungsverschiedenheit zwischen diesen beiden wurde of-

⁶² 법무부 실무위원회안 [Der Referentenentwurf der Fünferkommission beim Justizministerium], veröff. in: 헌법재판소법 제정 역사 [Die skizzenhafte Geschichte des Erlasses des KVerfGG], S. 211 (226).

⁶³ 허영 [Huh, Young], in: 법률신문 [The Lawtimes] vom 25. 1. 1988, S. 9.

fenbar folgendermaßen ausgeglichen:

Die Eröffnung der Möglichkeit, bei der gerichtlichen Abweisung des Antrags auf richterliche Vorlage die Verfassungsbeschwerde zu erheben, wurde als eine Variante der Urteilsverfassungsbeschwerde im eingeschränkten Sinne erstmals von 최광률 [Choe, Kwang-ryool] vorgeschlagen. Dieser Vorschlag wurde mit einer Modifikation in den Referentenentwurf angenommen. Eigentlich sollte sich eine derartige Verfassungsbeschwerde nach der Ansicht von 최광률 [Choe, Kwang-ryool] gegen den Abweisungsbeschluss durch das letztinstanzliche Gericht richten. Dies war ein folgerichtiges Ergebnis, welches sein anderer Vorschlag, bezüglich des Abweisungsbeschlusses durch ein unteres Gericht zunächst das Beschwerde- (bzw. weitere Beschwerde-) Verfahren im Instanzenzug durchlaufen zu lassen, impliziert hatte. Dies wurde allerdings von 이강국 [Lee, Kang-kuk] heftig kritisiert. Um einen etwaigen Verlust des Ansehens des Obersten Gerichtshofs tunlichst zu vermeiden, sollte das höchste Gericht seiner Ansicht nach nicht in die Vorlagesachen unterer Instanzen hineingezogen werden. Diese Meinung konnte sich schließlich im Referentenentwurf durchsetzen: § 18 Abs. 2 des Entwurfs schrieb vor, dass „gegen den Beschluss, den Antrag auf richterliche Vorlage abzuweisen, die Beschwerde nicht statthaft [ist].“ Statt der Beschwerde an höhere Instanzgerichte konnte der Antragsteller jedoch aufgrund § 53 Abs. 2 Satz 1 des Entwurfs Verfassungsbeschwerde erheben. Bei einer derartigen Verfassungsbeschwerde war allerdings eine kürzere Beschwerdefrist vorgesehen als bei der normalen Verfassungsbeschwerde. Aufgrund des § 54 Abs. 2 des Entwurfs sollte jene Verfassungsbeschwerde innerhalb von 14 Tagen nach dem Abweisungsbeschluss erhoben werden, während letztere aufgrund § 54 Abs. 1 des Entwurfs innerhalb von 180 Tagen nach der Handlung der öffentlichen Gewalt zu erheben war. Der Antragsteller könnte diese Hürden allerdings umgehen, wenn er in der Lage wäre, im höheren Instanzgericht nochmals den gleichen Antrag auf richterliche Vorlage zu stellen. In diesem Zusammenhang wird deutlich, was § 53 Abs. 2 Satz 2 des Entwurfs bedeuten soll. Mit der etwas unklaren Formulierung deutet dieser Satz an, dass im Fall der Abweisung des Antrags auf richterliche Vorlage dem Antragsteller verwehrt sein sollte, nicht nur in derselben Instanz, sondern auch in einer höheren Instanz nochmals den gleichen Antrag zu stellen, und zwar gleichgültig, ob er innerhalb der 14-tägigen Frist die Verfassungsbeschwerde zulässig erhoben hat oder nicht. Diese Auslegung lässt sich durch die heutige Rechtsprechung über die Bedeutung des § 68 Abs. 2 Satz 2 KVerfGG stützen, welcher dieselbe Regelung wie § 53 Abs. 2 Satz 2 des Entwurfs beinhaltet⁶⁴.

Freilich verblieb dem Prozessbeteiligten noch die Möglichkeit, den Antrag auf richterliche Vorlage nicht schon bei einem unteren Gericht zu stellen, sondern bei

⁶⁴ KVerfGE 6-1, 281 (294); KOGHEB 1996, 1886; 2000, 1229.

einem höheren Gericht. Heute kommt es nicht selten vor, dass eine Prozesspartei bei der Einlegung der Berufung oder der Revision auch den Antrag auf richterliche Vorlage beim betroffenen Rechtsmittelgericht einreicht, um sodann die Rechtswidrigkeit des angefochtenen untergerichtlichen Urteils mit der Verfassungswidrigkeit der zugrunde liegenden Norm zu begründen. Ohnehin ist jedes Gericht einschließlich des Obersten Gerichtshofs aufgrund Art. 107 Abs. 1 KV befugt, von Amts wegen oder auf Antrag die fragliche Gesetzesnorm dem Verfassungsgericht vorzulegen. Dennoch könnten § 18 Abs. 2, § 53 Abs. 2 und § 54 Abs. 2 des Entwurfs gewissermaßen dazu dienen, bezüglich der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit entscheidungserheblicher Gesetze die Häufigkeit von Konfrontationen zwischen dem Verfassungsgericht und dem Obersten Gerichtshof zu vermindern.

Im Übrigen lassen sich die Besonderheiten des Referentenentwurfs der Fünferkommission wie folgt skizzieren:

- Die Rechtswegerschöpfung stellte hier keine Sachentscheidungsvoraussetzung dar; erstens wurde diejenige staatliche Handlung oder Unterlassung, gegen die ein gerichtlicher Rechtsweg eröffnet ist, aufgrund § 53 Abs. 1 Satz 2 vom Beschwerdegegenstand ausgeschlossen, und zweitens sah § 18 Abs. 2 beim Abweisungsbeschluss im Sinne des § 53 Abs. 2 keinen anderen Rechtsweg vor als die Verfassungsbeschwerde. Somit waren die Verfassungsbeschwerde und die anderen Rechtswege stets inkompatibel.
- Für die Einlegung der Verfassungsbeschwerde galt der Anwaltszwang (§ 55 Abs. 1). Wer eine Verfassungsbeschwerde einlegen wollte, aber nicht über die dafür nötigen finanziellen Mittel verfügte, dem sollte das Verfassungsgericht auf Antrag einen Rechtsanwalt beordnen (§ 55 Abs. 2 Satz 1). In diesem Fall war der Tag der Antragstellung auf Beiordnung bei der Berechnung der Beschwerdefrist als Tag der Einlegung der Verfassungsbeschwerde anzusehen (§ 55 Abs. 2 Satz 2). Sollte der Antrag auf Beiordnung allerdings durch einen verfassungsgerichtlichen Beschluss abgewiesen werden, musste das Verfassungsgericht dem Antragsteller unverzüglich den Beschluss mitteilen. In diesem Fall durfte der Zeitraum zwischen dem Tag der Antragstellung und dem Tag der Zustellung des Abweisungsbeschlusses bei der Berechnung der Beschwerdefrist nicht mitgerechnet werden (§ 55 Abs. 4).
- Zur Vorprüfung der Verfassungsbeschwerde konnten Kammern, die jeweils aus 3 Verfassungsrichtern zusammengesetzt werden sollten, errichtet werden (§ 57 Abs. 1). Eine Verfassungsbeschwerde, die offensichtlich unbegründet oder wegen Missachtung der Regelungen z.B. der §§ 53 Abs. 1 Satz 2 (Ausschluss der Gerichtsurteile vom Beschwerdegegenstand), 54 (Beschwerdefrist) oder 55 (Anwaltszwang) unzulässig war, konnte die Kammer innerhalb von 30 Tagen nach ihrer Einlegung durch einen einstimmigen Beschluss abweisen (§ 57 Abs. 2 u. 3). Ansonsten war die Verfassungsbeschwerde an das Plenum weiterzuleiten (§ 57 Abs. 3).
- Würde der gemäß § 53 Abs. 1 erhobenen Verfassungsbeschwerde stattgegeben, so sollte das Verfassungsgericht entweder die grundrechtsverletzende Handlung der öffentlichen

Gewalt aufheben oder im Fall der grundrechtswidrigen Unterlassung eine Handlung anordnen (§ 61 Abs. 3). Wenn die Aufhebung der Handlung bzw. die Anordnung einer Handlung allerdings als sinnlos beurteilt würde, könnte das Verfassungsgericht dem Beschwerdeführer auf Antrag eine Entschädigung für den irreparablen Schaden zusprechen, welcher durch die fragliche Handlung bzw. Unterlassung verursacht worden war (§ 61 Abs. 4). Würde die angefochtene Handlung bzw. Unterlassung auf einem verfassungswidrigen Gesetz beruhen, so wäre das Gesetz für verfassungswidrig zu erklären (§ 61 Abs. 5).

- Würde der gemäß § 53 Abs. 2 erhobenen Verfassungsbeschwerde stattgegeben, so sollte die Wiederaufnahme des Ausgangsverfahrens, welches bereits mit einem rechtskräftigen Urteil beendet worden war, zugelassen werden (§ 61 Abs. 7).

d) Die Veröffentlichung des Referentenentwurfs des Justizministeriums und das Erscheinen der weiteren Referentenentwürfe

aa) Der am 29. April 1988 veröffentlichte Referentenentwurf des Justizministeriums wies keine großen Unterschiede zu dem der Fünferkommission auf. Nur wenige Vorschriften erfuhren Veränderungen. Dazu gehörten beispielsweise die folgenden Regelungen:

- Von den Abweisungsgründen beim Vorprüfungsverfahren wurde der Fall ausgeschlossen, dass die Verfassungsbeschwerde offensichtlich unbegründet ist (§ 60 Abs. 3 des Referentenentwurfs des Justizministeriums). Somit beschränkte sich die Vorprüfung auf die Frage, ob die Verfassungsbeschwerde die im § 60 Abs. 3 des Entwurfs aufgezählten Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt hat.

- Würde der Verfassungsbeschwerde gegen eine Unterlassung stattgegeben, sollte das Verfassungsgericht lediglich ihre Verfassungs- sowie Gesetzeswidrigkeit feststellen, statt eine Handlung anzuordnen (§ 64 Abs. 3 des Entwurfs).

Die Begründungen für diese Änderungen sind nicht bekannt gegeben worden. Jedenfalls diene dieser revidierte Referentenentwurf als Grundlage für die späteren Diskussionen in Bezug auf die Erarbeitung des Entwurfs des KVerfGG in der Öffentlichkeit⁶⁵.

bb) Zunächst gab der Oberste Gerichtshof eine Stellungnahme ab. Ihr Hauptinhalt lässt sich wie folgt skizzieren⁶⁶:

- In Anlehnung an die alte einheimische Regelung bestimmte § 26 Abs. 1 Satz 2 des Refe-

⁶⁵ Vgl. 헌법재판소법 제정 역사 [Die skizzenhafte Geschichte des Erlasses des KVerfGG], S. 52.

⁶⁶ Vgl. 대법원 [Der Oberste Gerichtshof], 헌법재판소법안에 대한 의견 [Die Stellungnahme zum Referentenentwurf des KVerfGG], veröff. in: 헌법재판소법 제정 역사 [Die skizzenhafte Geschichte des Erlasses des KVerfGG], S. 521 ff.

rentenentwurfs zwar, dass die Verfassungswidrigerklärung von strafrechtlichen Vorschriften – als Ausnahme von dem Prinzip der *Ex-nunc*-Wirkung – eine *Ex-tunc*-Wirkung habe. Allerdings gab es keine Regelung über das diesbezügliche Gerichtsverfahren. Daraufhin schlug der Oberste Gerichtshof vor, dass etwa nach dem Vorbild der deutschen Regelung, d.h. § 79 Abs. 1 BVerfGG, ausdrücklich vorgeschrieben werden sollte, dass diejenigen Betroffenen, die aufgrund der für verfassungswidrig erklärten strafgesetzlichen Norm bereits rechtskräftig verurteilt worden waren, die Wiederaufnahme des Verfahrens nach den Vorschriften der Strafprozessordnung geltend machen können.

- In Bezug auf die Verfassungsbeschwerde gegen die Abweisung des Antrags auf richterliche Vorlage forderte der Oberste Gerichtshof, dass in diesem Fall die Beschwerdefrist von 14 Tagen auf 7 Tage nach der Ankündigung des Abweisungsbeschlusses verkürzt werden sollte. Zur Begründung führte er an, dass hier die siebentägige Frist für die Einlegung der sofortigen Beschwerde nach der koreanischen Zivilprozessordnung berücksichtigt werden sollte. Damit wurde gemeint, dass dem Prozessbeteiligten nach dem Ablauf dieser siebentägigen Frist ebenfalls verwehrt sein sollte, durch die spätere Einlegung der Verfassungsbeschwerde das wegen der Fristversäumung abgeschlossene fachgerichtliche Verfahren wieder schweben zu lassen.

- § 60 Abs. 3 des Referentenentwurfs zählte die Abweisungsgründe beim Vorprüfungsverfahren auf. Hier war der Oberste Gerichtshof der Meinung, dass ihnen noch eine Auffangvorschrift hinzugefügt werden sollte. Sie sollte statuieren, dass die Verfassungsbeschwerde im Vorprüfungsverfahren abzuweisen ist, „wenn die Verfassungsbeschwerde aus anderen Gründen unzulässig ist und der diese Unzulässigkeit herbeiführende Mangel nicht berichtigt werden kann“. Zum Beispiel sei dies bei der Existenz einer rechtskräftigen verfassungsgerichtlichen Entscheidung in derselben Streitsache der Fall.

- Nach § 64 Abs. 3 des Referentenentwurfs konnte das Verfassungsgericht im Verfassungsbeschwerdeverfahren eine angefochtene Unterlassung der öffentlichen Gewalt für verfassungswidrig oder gesetzeswidrig erklären. Hiergegen erhob der Oberste Gerichtshof den Einwand, dass die Feststellung der Gesetzeswidrigkeit eigentlich nicht in den verfassungsgerichtlichen Prüfungsumfang falle. Er bestand deshalb darauf, dass der betreffende Teil des § 64 Abs. 3 gestrichen werden sollte und dass die der Verfassungsbeschwerde gegen staatliche Unterlassungen stattgebende verfassungsgerichtliche Entscheidung auf die Feststellung ihrer Verfassungswidrigkeit zu beschränken sei.

Im Großen und Ganzen schien der Oberste Gerichtshof den Referentenentwurf des Justizministeriums zu akzeptieren. Er ergänzte den Entwurf nur um die oben erläuterten Details. Diese wurden – abgesehen von der Verkürzung der Beschwerdefrist – alle in die späteren Entwürfe und schließlich in das jetzt gültige KVerfGG übernommen.

cc) Im Gegensatz dazu äußerte sich die Koreanische Rechtsanwaltskammer kri-

tisch zum Referentenentwurf vom 29. April 1988⁶⁷. Ihre Bedenken richteten sich insbesondere gegen den Ausschluss der Gerichtsurteile vom Beschwerdegegenstand und verfocht die uneingeschränkte Einführung der Verfassungsbeschwerde im deutschen Stil. In § 66 ihres eigenen Referentenentwurfs formulierte sie dies wie folgt⁶⁸:

„§ 66 (Beschwerdegründe)

(1) Wer durch eine der folgenden Handlungen der öffentlichen Gewalt in einem seiner in Art. 11 bis 25, Art. 27 und Art. 33 KV enthaltenen Grundrechte verletzt worden ist, kann die Verfassungsbeschwerde zum Verfassungsgericht erheben:

1. Verkündung von Gesetzen, völkerrechtlichen Verträgen, Rechtsverordnungen oder Satzungen;
2. Verfügung, Unterlassung bzw. sonstige Verwaltungstätigkeiten durch eine Verwaltungsbehörde;
3. Urteil, Beschluss, Verfügung bzw. sonstige rechtsprechende Tätigkeiten durch ein Gericht.

Bei der Nr. 1 gilt das Gleiche auch für den Fall, dass eine erhebliche Gefahr der Grundrechtsverletzung bevorsteht.

(2) Wenn nach Maßgabe anderer Gesetze ein Rechtsweg eröffnet ist, kann die Verfassungsbeschwerde nicht vor der Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden. Dies gilt jedoch nicht für den Fall, dass ein unabwendbarer Nachteil entsteht, nachdem alle Rechtswege durchlaufen wurden.“

Als Folge der Anerkennung der Urteilsverfassungsbeschwerde traten die Regelungen über das Prinzip der Rechtswegerschöpfung und dessen Ausnahmen erstmals in Erscheinung (§ 66 Abs. 2 des Referentenentwurfs). Weiterhin sah § 67 Abs. 1 des Entwurfs für den Fall der Erfüllung der Rechtswegerschöpfung eine kurze Einlegungsfrist vor: Die Verfassungsbeschwerde sollte innerhalb von 14 Tagen nach der Verkündung bzw. Bekanntgabe der letztendlichen Entscheidung erhoben werden. Demgegenüber bestand die Koreanische Rechtsanwaltskammer darauf, die Regelungen über die Verfassungsbeschwerde gegen einen den Antrag auf richterliche Vorlage abweisenden Beschluss zu streichen. Dies hing in erster Linie damit zusammen, dass im Referentenentwurf der Koreanischen Rechtsanwaltskammer die richterliche Vorlage grundsätzlich obligatorisch war. § 47 Abs. 1 des Entwurfs lautete:

⁶⁷ Vgl. 대한변호사협회 [Die Koreanische Rechtsanwaltskammer], 헌법재판소법안에 대한 의견 [Die Stellungnahme zum Referentenentwurf des KVerfGG], veröff. in: 헌법재판소법 제정 역사 [Die skizzenhafte Geschichte des Erlasses des KVerfGG], S. 545 ff.

⁶⁸ Vgl. 대한변호사협회 헌법재판소법안 [Der Referentenentwurf des KVerfGG durch die Koreanische Rechtsanwaltskammer], veröff. in: 헌법재판소법 제정 역사 [Die skizzenhafte Geschichte des Erlasses des KVerfGG], S. 311 ff.

„Ist es entscheidungserheblich, ob ein Gesetz [...] oder eine Gesetzesvorschrift gegen die Verfassung verstößt, so hat das Ausgangsgericht [...] von Amts wegen oder auf Antrag unmittelbar durch seinen Beschluss die Entscheidung des Verfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes oder der Gesetzesvorschrift einzuholen. Jedoch gilt dies nicht,

1. falls das Gesetz bereits dem Verfassungsgericht vorgelegt ist,
2. falls das Gesetz offenbar als verfassungsmäßig zu bewerten ist oder
3. falls der Antrag des Prozessbeteiligten auf richterliche Vorlage offenbar nur auf Prozessverzögerung zielt.“

Als Vorkehrung gegen die Missachtung einer solchen Obligation eröffnete § 47 Abs. 3 des Entwurfs die Möglichkeit, gegen einen den Antrag auf richterliche Vorlage abweisenden Beschluss die sofortige Beschwerde nach den Vorschriften der Zivil- oder Strafprozessordnung einzulegen. Unter diesen Umständen wurde es nicht nur für überflüssig gehalten, sondern auch als unsystematisch angesehen, gegen den Abweisungsbeschluss zusätzlich die Verfassungsbeschwerde für zulässig zu erklären; die Verfassungsbeschwerde nach § 66 Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs war ohnehin unmittelbar gegen Gesetze zu erheben, und zwar bereits in einer Phase, in welcher Grundrechte lediglich gefährdet werden. Darüber hinaus ließ § 66 Abs. 1 des Entwurfs auch die Verfassungsbeschwerde gegen Gerichtsurteile zu. In Anbetracht dieser beiden Varianten erschien es unnötig, zum Zweck der Nachprüfung der Verfassungsmäßigkeit einer entscheidungserheblichen Gesetzesvorschrift den Beschwerdegegenstand auf die gerichtliche Verweigerung der Richtervorlage zu erweitern.

Die Gegenvorschläge der Koreanischen Rechtsanwaltskammer umfassten auch die Frage, welche Wirkungen die Entscheidung bei der Verfassungsbeschwerde haben sollte. Diesbezüglich regelte § 72 des Entwurfs:

- „(1) Wird der Verfassungsbeschwerde stattgegeben, so hat der Beschwerdegegner nach dem Gemeinten der verfassungsgerichtlichen Entscheidung eine neue Verfügung zu erlassen.
- (2) Wird der Verfassungsbeschwerde gegen eine gerichtliche Entscheidung stattgegeben, so verliert die Entscheidung ihre Gültigkeit und die Ausgangssache wird als rechtshängig beim betroffenen Gericht angesehen.
- (3) Im Fall des Abs. 2 hat das betroffene Gericht die Prozesssache erneut zu behandeln und zu entscheiden. Dabei ist das Gericht an die rechtliche Beurteilung durch das Verfassungsgericht gebunden.“

Diese Vorschläge konnten sich in den Beratungen der Nationalversammlung meist nicht durchsetzen. Entscheidend war dabei vor allem der Ausschluss der Gerichtsur-

teile vom Beschwerdegegenstand, durch welchen alle anderen betroffenen Regelungen gegenstandslos wurden. Im Gegensatz dazu fanden etliche Vorschläge über allgemeine Verfahrensvorschriften in der Nationalversammlung Zustimmung. Von diesen Regelungen ist § 31 des Entwurfs erwähnenswert. Nach Abs. 1 dieser Vorschrift *musste* der Vorsitzende für den Fall, dass ein unzulässiger Antrag als nachbesserbar beurteilt wurde, dem Antragsteller aufgeben, binnen einer zu bestimmenden Frist den Antrag zu berichtigen. Bei einer erfolgreichen Berichtigung war der Antrag aufgrund § 31 Abs. 3 des Entwurfs rückwirkend als zulässig anzusehen. Diese einzigartigen Regelungen sind in § 28 Abs. 1 u. 3 KVerfGG aufgenommen worden.

e) Die Erarbeitung des KVerfGG in der Nationalversammlung

Der Nationalversammlung wurden zwei Entwürfe des KVerfGG unterbreitet. Der eine war der Entwurf der Regierungspartei, der andere wurde von den damaligen drei Oppositionsparteien gemeinsam erarbeitet. Der Entwurf der Regierungspartei übernahm in großem Umfang den Referentenentwurf des Justizministeriums⁶⁹. Somit beinhaltete er auch die Regelung, dass Handlungen oder Unterlassungen der öffentlichen Gewalt, gegen welche bereits ein Rechtsweg eröffnet ist, und Gerichtsurteile bzw. sonstige Entscheidungen im Rechtsschutzverfahren vom Beschwerdegegenstand ausgeschlossen sind (§ 68 Abs. 1 des Entwurfs der Regierungspartei). Im Fall der gerichtlichen Abweisung des Antrags auf richterliche Vorlage wurde die Möglichkeit der Beschwerde an das nächsthöhere Instanzgericht verneint (§ 41 Abs. 3) und stattdessen die Verfassungsbeschwerde zugelassen (§ 68 Abs. 2). Abgesehen von der Zweckmäßigkeit für den Grundrechtsschutz erschien der Entwurf der Regierungspartei jedenfalls in seinem Regelungssystem ziemlich konsequent.

Im Gegensatz dazu stellte sich der Entwurf der Oppositionsparteien als ein uneinheitliches Gemenge aus den gegenläufigen Referentenentwürfen des Justizministeriums und der Koreanischen Rechtsanwaltskammer dar⁷⁰. In Anlehnung an den Referentenentwurf der Koreanischen Rechtsanwaltskammer sah er nämlich einerseits die obligatorische richterliche Vorlage (§ 45 Abs. 1 des Entwurfs der Oppositionsparteien) vor und eröffnete die Möglichkeit der Beschwerde an das nächsthöhere Gericht für den Fall, dass der Antrag auf richterliche Vorlage durch den gerichtlichen Beschluss abgewiesen worden ist (§ 45 Abs. 3). Für die Verfassungsbeschwerde war

⁶⁹ Vgl. 민주정의당안 [Die Demokratische Gerechte Partei], 헌법재판소법안 [Der Entwurf des KVerfGG], veröff. in: 헌법재판소법 제정 약사 [Die skizzenhafte Geschichte des Erlasses des KVerfGG], S. 285 ff.

⁷⁰ Vgl. 야 3 당안 [Die drei Oppositionsparteien], 헌법재판소법안 [Der Entwurf des KVerfGG], veröff. in: 헌법재판소법 제정 약사 [Die skizzenhafte Geschichte des Erlasses des KVerfGG], S. 331 ff.

keine Einschränkung des Beschwerdegegenstands vorgesehen (§ 63 Abs. 1 Satz 1), so dass auch die Verfassungsbeschwerde gegen Gerichtsurteile statthaft war. Als Hürde für die Zulassung von Verfassungsbeschwerden diente dabei lediglich das Prinzip der Rechtswegerschöpfung und dessen Ausnahme (§ 63 Abs. 3). § 68 Abs. 4 schrieb vor, dass wenn der Verfassungsbeschwerde stattgegeben wurde und die angefochtene Handlung der öffentlichen Gewalt auf einer verfassungswidrigen Gesetzesvorschrift beruhte, das Verfassungsgericht in der stattgebenden Entscheidung diese Norm für verfassungswidrig erklären konnte. Somit konnte nach dem Entwurf der Oppositionsparteien eine einem grundrechtsverletzenden Gerichtsurteil zugrunde liegende Gesetzesnorm auch im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin überprüft werden. Indes sah der Entwurf andererseits die Einführung einer Art Verfassungsbeschwerde vor, welche zuvor durch das Justizministerium als Vorkehrung gegen die Vernachlässigung der richterlichen Vorlage vorgeschlagen worden war (§ 63 Abs. 2). Bei einer derartigen Verfassungsbeschwerde sollte das Verfassungsgericht in seiner Sachentscheidung die Verfassungsmäßigkeit der Gesetzesnorm beurteilen (§ 68 Abs. 5); daraufhin konnte der Beschwerdeführer die Wiederaufnahme des Ausgangsverfahrens geltend machen, falls die fragliche Gesetzesvorschrift für verfassungswidrig erklärt worden war und bereits ein auf der Gesetzesnorm beruhendes rechtskräftiges Urteil ergangen war (§ 68 Abs. 6).

Allerdings war sehr unwahrscheinlich, dass der Beschwerdeführer diesen Umweg gehen würde. Durch die ebenfalls einzuführende Urteilsverfassungsbeschwerde könnte ohnehin sowohl das entscheidungserhebliche Gesetz als auch das darauf beruhende Gerichtsurteil angefochten werden, und zwar nach dem Erlass der rechtskräftigen Entscheidung, soweit die Einlegungsfrist nicht versäumt wird. Die Zulassung der Wiederaufnahme des Verfahrens bei der erfolgreichen Verfassungsbeschwerde erscheint nicht so effektiv wie die direkte Aufhebung der gerichtlichen Entscheidung. Außerdem war nicht klar, in welchem Verhältnis die Beschwerde gemäß § 45 Abs. 3 und die Verfassungsbeschwerde gemäß § 63 Abs. 2 zueinander standen. Man kann lediglich vermuten, dass das Postulat der Rechtswegerschöpfung auch hier gelten sollte, damit die zwei Möglichkeiten nicht in Konkurrenz zueinander gerieten. Dann wäre das Institut der Verfassungsbeschwerde gemäß § 63 Abs. 2 noch von geringerer Bedeutung; die obligatorische Richtervorlage könnte meist im Wege der Beschwerde gemäß § 45 Abs. 3 des Entwurfs ausreichend gewährt werden.

Diese fragwürdige Mischung aus verschiedenen Konzeptionen ist wohl darauf zurückzuführen, dass die drei Oppositionsparteien ihren Entwurf entweder unzulänglich erarbeitet hatten oder dass sie, anders als sie dies in ihrer äußerlichen Haltung kundtaten, tatsächlich bei der Einführung der Urteilsverfassungsbeschwerde zurückhaltend waren. Die letztere Variante lässt sich vielleicht dadurch nachweisen, dass

der Entwurf der Oppositionsparteien niemals ausdrücklich regelte, dass bei der erfolgreichen Urteilsverfassungsbeschwerde das Verfassungsgericht die angefochtene rechtskräftige Entscheidung aufheben kann. Zwar nahm er die Regelungen des § 72 des Referentenentwurfs der Koreanischen Rechtsanwaltskammer⁷¹ in seinen § 69 auf, jedoch in unvollkommener Weise: Die Regelungen des § 72 Abs. 2 u. 3 des Referentenentwurfs waren nämlich im Entwurf der Oppositionsparteien gestrichen. Gerade diese Vorschriften regelten aber, wie sich das Gericht verhalten sollte, wenn sein rechtskräftiges Urteil vom Verfassungsgericht als grundrechtsverletzend beurteilt worden war. Es ist durchaus zweifelhaft, ob eine solch wichtige Regelung bloß aus Versehen weggelassen wurde. Jedenfalls wirkten die drei Oppositionsparteien letzten Endes bei dem Ausschluss der Gerichtsurteile vom Beschwerdegegenstand mit, obwohl sie damals insgesamt die Mehrheit in der Nationalversammlung bildeten, so dass sie zahlenmäßig in der Lage gewesen wären, ihren eigenen gemeinsamen Entwurf durchzusetzen.

Die Regelungen bzw. das System des am 24. 7. 1988 verabschiedeten KVerfGG wiesen keine großen Abweichungen vom Entwurf der Regierungspartei auf. Nur ein paar Vorschriften wurden unter dem Einfluss des Entwurfs der Oppositionsparteien unwesentlich umformuliert. Zum Beispiel wurde dem früheren § 68 Abs. 1 des Entwurfs der Regierungspartei die folgende Regelung als zweiter Satz hinzugefügt: „Wenn nach Maßgabe anderer Gesetze ein Rechtsweg eröffnet ist, kann die Verfassungsbeschwerde nicht vor der Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden“. Allerdings kollidiert diese Regelung gewissermaßen mit dem ersten Satz der Vorschrift, welcher gerichtliche Entscheidungen schlechthin vom Beschwerdegegenstand ausschließt; der Rechtsweg ist generell eröffnet und nach der Erschöpfung des gerichtlichen Rechtswegs wären die rechtskräftigen Entscheidungen nicht mehr antastbar. Die Fälle, in denen die Verfassungsbeschwerde nach der Erschöpfung des Rechtswegs noch zu erheben ist, dürften daher im Grunde sehr selten sein.

III. Bedenken gegen den gesetzgeberischen Ausschluss der Urteilsverfassungsbeschwerde

Das KVerfGG wurde am 5. 8. 1988 bekannt gemacht und trat am 1. 9. 1988 in Kraft. Allerdings sah es sich von vornherein mit äußerst kritischen Bemerkungen konfrontiert. Viele Autoren fanden insbesondere den Ausschluss der Gerichtsurteile vom Gegenstand der Verfassungsbeschwerde sehr unbefriedigend. Nach der herrschenden Meinung hat die Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs.1 KVerfGG

⁷¹ Siehe oben d) cc).

wegen dieses Ausschlusses der Gerichtsurteile ihren wesentlichen Gegenstand verloren⁷² und ist zu einem „nominellen“⁷³ oder „leeren“⁷⁴ Rechtsinstitut geworden. Dies sei mit dem Geist der Verfassung von 1987, die Verfassungsgerichtsbarkeit zu aktivieren und zu effektivieren, keineswegs vereinbar⁷⁵. Außerdem sei es widersprüchlich, einerseits vor der Einlegung der Verfassungsbeschwerde die Rechtswegerschöpfung zu fordern und andererseits nach dem Erlass einer rechtskräftigen Entscheidung die Verfassungsbeschwerde abzuweisen. Die sich daraus ergebende besondere Behandlung von judikativen Akten, wie sie von § 68 Abs. 1 KVerfGG vorgesehen ist, verstoße gegen den Grundsatz der Systemgerechtigkeit, zumal angesichts dessen, dass sogar legislative Akte weitgehend durch das Verfassungsgericht kontrolliert werden können⁷⁶. Folglich überschreite § 68 Abs. 1 KVerfGG die Grenze des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums und sei insofern verfassungswidrig, als er die Verfassungsbeschwerde gegen Gerichtsurteile nicht zulässt⁷⁷.

Allerdings geht die Behauptung der Verfassungswidrigkeit des § 68 Abs. 1 KVerfGG zu weit. Aus der rechtsvergleichenden Untersuchung lässt sich erkennen, dass der Beschwerdegegenstand je nach Rechtslage unterschiedlich geregelt werden kann⁷⁸. Auch wenn zur Zeit der Verfassungsänderung von 1987 ein stark vom deutschen Beispiel geprägtes Vorverständnis der Verfassungsbeschwerde bestand, kann dies den aufgrund Art. 111 Abs. 1 Nr. 5 KV dem Gesetzgeber gewährten Gestaltungsspielraum nicht zu einer bloßen Formalie reduzieren. Aus der vermeintlichen Widersprüchlichkeit bzw. Systemungerechtigkeit ist ebenso wenig die Schlussfolgerung zu ziehen, dass die Urteilsverfassungsbeschwerde von Verfassungs wegen unentbehrlich sei; eine derartige Problematik und die dadurch herbeigeführte Ungleichbehandlung könnten nicht nur positiv, sondern auch negativ ausgeglichen werden. Außerdem erscheint der Ausschluss der Gerichtsurteile vom Beschwerdegegenstand nicht schlechthin willkürlich. Dass hierfür die positivverfassungsrechtlichen Regelungen, wie etwa Art. 102 Abs. 1 u. 2, Art. 107 Abs. 2

⁷² 권영성 [Kwon, Young-sung], in: 서울대학교 법학 [Seoul Law Journal] 29-3/4 (Dez. 1988), 39 (45); 김철수 [Kim, Tschol-su], in: 헌법재판연구 [Forschungen der Verfassungsgerichtsbarkeit] 1 (1990), 690 (701 f.).

⁷³ 권영성 [Kwon, Young-sung], Diskuss., in: 대한변호사협회지 [Zeitschrift der Koreanischen Rechtsanwaltskammer] 149 (Jan. 1989), 17.

⁷⁴ 계희열 [Kay, Hee-yol], in: 인권과 정의 [Menschenrecht und Gerechtigkeit] 159 (Nov. 1989), 12 (19); 이상규 [Lee, Sang-kyu], in: 인권과 정의 [Menschenrecht und Gerechtigkeit] 159 (Nov. 1989), 35 (40).

⁷⁵ 이해진 [Lee, Hae-chin], in: 대한변호사협회지 [Zeitschrift der Koreanischen Rechtsanwaltskammer] 149 (Jan. 1989), 8 (9).

⁷⁶ 허영 [Huh, Young], in: 고시연구 [Goshiyungu] 181 (Apr. 1989), 51 (56); ders., JöR 38 (1989), 555 (571).

⁷⁷ 허영 [Huh, Young], in: 공법연구 [Public Law] 24-1 (Jun. 1996), 31 (39 f. u. 45).

⁷⁸ Siehe oben Zweiter Teil, A.

KV, eine Rechtsgrundlage bilden können, ist eine durchaus vertretbare Auffassung, gegen die die Kritiker noch keine überzeugenden Argumente finden konnten. Ohnehin verliert die Debatte über die Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses der Gerichtsurteile vom Beschwerdegegenstand an Bedeutung, nachdem das koreanische Verfassungsgericht in einer Entscheidung vom 24. 12. 1997 § 68 Abs. 1 KVerfGG *grundsätzlich* als nicht verfassungswidrig beurteilt hat⁷⁹. Nunmehr geht es nur noch darum, ob die Einführung der Urteilsverfassungsbeschwerde in Korea vom rechtspolitischen Gesichtspunkt aus empfehlenswert ist.

In diesem Zusammenhang ist es erforderlich, sich zunächst mit den gesetzgeberischen Begründungen für den Ausschluss der Gerichtsurteile vom Beschwerdegegenstand auseinanderzusetzen. Hier besteht aber die Schwierigkeit, dass die Nationalversammlung das KVerfGG eilig verabschiedet und dabei die Argumente nicht protokolliert hat. Dieses Problem lässt sich allerdings einigermaßen bewältigen, wenn man den gesamten Vorgang des Erlasses des KVerfGG in den Blick nimmt. Aufschlussreich ist vor allem das vom Justizministerium veranstaltete Kolloquium vom 15. 1. 1988. Das damals diskutierte Pro und Kontra der Urteilsverfassungsbeschwerde dürfte sich auf den nachfolgenden Referentenentwurf der Fünferkommission maßgeblich ausgewirkt haben. Angesichts dessen, dass die Regelungen dieses Entwurfs ohne große Veränderungen in das KVerfGG aufgenommen worden sind, liegt die Vermutung nahe, dass der Gesetzgeber den im Kolloquium vertretenen Argumenten gegen die Urteilsverfassungsbeschwerde in einem weitgehenden Umfang zugestimmt hat.

Deshalb ist das Argument, dass etwa Art. 102 und Art. 107 Abs. 2 KV der Urteilsverfassungsbeschwerde entgegenstünden, sicherlich als ein entscheidender Grund für den gesetzgeberischen Ausschluss der Gerichtsurteile anzusehen. Unabhängig davon, ob dieses Argument zutrifft, besteht Einigkeit darüber, dass die Änderung der betroffenen Verfassungsvorschriften tatsächlich eine unabdingbare Voraussetzung bildet, um die Urteilsverfassungsbeschwerde ohne positiv-verfassungsrechtliche Bedenken einführen zu können. Aufgrund der gegenwärtigen politischen Debatte über eine Verfassungsänderung in Korea ist die Forderung, dass die vermeintlichen verfassungsrechtlichen Hindernisse für die Urteilsverfassungsbeschwerde beseitigt werden sollten, ihrer Verwirklichung einen Schritt nähergekommen. Unter diesen Umständen ist eine Auseinandersetzung mit diesem Argument in dieser Arbeit verzichtbar. Stattdessen wird hier lediglich die Frage behandelt, ob die Einführung der Urteilsverfassungsbeschwerde in Korea so bedeutend ist, dass zu ihren Gunsten eine weitere Verfassungsrevision durchgeführt werden sollte.

⁷⁹ KVerfGE 9-2, 842 (854 ff.).

Ein anderer Grund für den Ausschluss der Gerichtsurteile war wahrscheinlich, dass die Einführung der Urteilsverfassungsbeschwerde zu einem Verlust des Ansehens des Obersten Gerichtshofs führen könnte. Hierbei handelt es sich um ein wichtiges Rechtsgut, das allerdings nicht absolut ist. Gegen die Autorität des letztinstanzlichen Gerichts sind beispielsweise der Schutz der individuellen Grundrechte oder die Wahrung der Rechtseinheit auf der verfassungsrechtlichen Ebene abzuwägen.

Erwägenswert ist das Argument, dass das neu zu errichtende Verfassungsgericht wegen der Flut von Urteilsverfassungsbeschwerden überfordert werden könnte. Genauer geht es hierbei um zwei Fragen. Die eine betrifft die Neigung des koreanischen Volks zur gerichtlichen Streitschlichtung. Koreaner sind sehr prozessfreudig, so dass die Befürchtung der Überlastung des Verfassungsgerichts nicht grundlos erscheint. Daraus lässt sich jedoch nicht ohne Weiteres der Schluss ziehen, dass die Urteilsverfassungsbeschwerde nicht zugelassen werden sollte. Es bliebe zu überlegen, ob man nicht in anderer Weise mit einem etwaigen Ansturm von Verfassungsbeschwerden umgehen könnte.

Die andere Frage betrifft die mangelnde Erfahrung des koreanischen Verfassungsgerichts. Bereits im Kolloquium vom 15. 1. 1988 wurde als ein Argument gegen die Urteilsverfassungsbeschwerde angeführt, dass das Gericht erst im Begriff war zu entstehen, so dass man von ihm nicht auf einmal zu viel erwarten sollte. In diesem Zusammenhang schien es sehr schlüssig, die Einführung eines so sensiblen Rechtsinstituts, wie es die Urteilsverfassungsbeschwerde ist, auf einen späteren Zeitpunkt zu verschieben. Wenn man annimmt, dass der gesetzgeberische Ausschluss der Urteilsverfassungsbeschwerde auch auf diesen Erwägungen beruhte, erscheint eine derartige strategische Überlegung durchaus beachtenswert. In der Tat sah sich das koreanische Verfassungsgericht in der Anfangsphase mit einer Menge rechtlicher bzw. dogmatischer Fragen konfrontiert und konnte grundlegende Rechtsdogmatiken nur mit Mühe in die Praxis umsetzen. Mittlerweile sind allerdings zwei Jahrzehnte vergangen und entgegen aller damals geäußerten Bedenken gegen das junge Verfassungsgericht hat sich die koreanische Verfassungsgerichtsbarkeit erfolgreich etabliert. Vor diesem Hintergrund ist die Annahme, dass die Zeit noch nicht reif ist, dem Verfassungsgericht das Institut der Urteilsverfassungsbeschwerde zu übertragen, nicht mehr überzeugend.

Wenn man all diesen Bedenken nachgeht, sollte noch einem wichtigen Aspekt Rechnung getragen werden: Es geht um diejenige Art der Verfassungsbeschwerde, die aufgrund § 68 Abs. 2 KVerfGG zu erheben ist. Im koreanischen Schrifttum wird sie regelmäßig ihrem Wesen nach als eine bloße Degeneration der Normenkontrolle dargestellt und trotz ihres Namens nicht als Verfassungsbeschwerde im eigentlichen Sinne angesehen. Diese scharfe Unterscheidung zwischen der Normenkontrolle und

der Verfassungsbeschwerde führt manchmal dazu, dass bei der Kritik des Ausschlusses der Gerichtsurteile vom Beschwerdegegenstand die funktionelle Korrelation zwischen den beiden Rechtsinstituten nicht hinreichend berücksichtigt wird. Allerdings sollte man daran denken, dass diese Art der Verfassungsbeschwerde eigentlich als eine Variante der eingeschränkten Urteilsverfassungsbeschwerde vorgeschlagen wurde. Derartige Überlegungen zur Charakteristik der Verfassungsbeschwerde gab es schon nach dem Erlass des KVerfGG. Der ehemalige Richter *황우여* [Hwang, Woo-yea] äußerte dazu:

„In Fällen, in denen ein Gerichtsurteil, also eine gerichtliche Gesetzesauslegung, mit der Verfassung unvereinbar ist, könnte dies im Wege der konkreten Normenkontrolle kontrolliert werden. [...] Das heißt, wenn das Gericht Gesetz A unter einer bestimmten Auslegung nicht als verfassungswidrig beurteilt hätte, könnte das Verfassungsgericht doch die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes feststellen, und zwar in der Annahme, dass das Gesetz gerade eine solche Auslegung beinhalten würde.“⁸⁰

Nach dieser Auffassung vermengt sich die Kontrolle der gerichtlichen Gesetzesauslegung mit der Normenkontrolle im weiteren Sinne, wodurch das Fehlen der Urteilsverfassungsbeschwerde in einer ihrer wichtigen Funktionen wettgemacht werden kann. In Anlehnung daran kann man sich weiterhin fragen, inwiefern die Regelung des § 68 Abs. 2 KVerfGG den Ausschluss der Urteilsverfassungsbeschwerde kompensiert und was bei der koreanischen Verfassungsbeschwerde noch nachzubessern bleibt. Hinsichtlich dieser Fragestellung erscheint es notwendig, auf die bestehenden zwei Arten der Verfassungsbeschwerden näher einzugehen.

⁸⁰ *황우여* [Hwang, Woo-yea], Diskuss., in: *서울대학교 법학* [Seoul Law Journal] 29-3/4 (Dez. 1988), 56.

C. Die Grundzüge der koreanischen Verfassungsbeschwerde

I. Die Verfassungsbeschwerde im Sinne des § 68 Abs. 1 KVerfGG

1. Vorbemerkung

Die Verfassungsbeschwerde im Sinne des § 68 Abs. 1 KVerfGG ist im Grunde nach dem deutschen Vorbild konzipiert. Im Satz 1 dieser Vorschrift findet sich eine umfassende Formulierung der Verfassungsbeschwerde: „Wer durch eine Handlung oder Unterlassung einer öffentlichen Gewalt in einem seiner von der Verfassung gewährleisteten Grundrechte verletzt ist, kann die Verfassungsbeschwerde zum Verfassungsgericht erheben [...]“. Die unbestimmten Begriffe der „öffentlichen Gewalt“ sowie der „von der Verfassung gewährleisteten Grundrechte“ legt das Verfassungsgericht regelmäßig in Anlehnung an die deutsche Rechtsdogmatik aus. Demgemäß ähnelt die koreanische Praxis der Verfassungsbeschwerde im Großen und Ganzen dem deutschen Gegenstück.

Charakteristisch für die koreanische Verfassungsbeschwerde ist allerdings der Ausschluss der Gerichtsurteile vom Beschwerdegegenstand. Die Rechtsgrundlage hierfür ist der dem obigen § 68 Abs. 1 Satz 1 KVerfGG hinzugefügten Teil, der lautet: „es sei denn, dass sie sich gegen eine gerichtliche Entscheidung richtet“. Wegen dieser Regelung verändert sich auch die Bedeutung des Postulats der Rechtswegerschöpfung. Zwar regelt § 68 Abs. 1 Satz 2 KVerfGG: „Wenn nach Maßgabe anderer Gesetze ein Rechtsweg eröffnet ist, kann die Verfassungsbeschwerde nicht vor der Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden.“ Allerdings ist die Verfassungsbeschwerde nach der Rechtswegerschöpfung meistens ohnehin nicht statthaft, weil der Rechtsweg in der Regel mit dem Erlass einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung endet, welche nicht durch die Verfassungsbeschwerde anfechtbar ist. Deshalb wurde von vornherein prognostiziert, dass dieses Rechtsinstitut weitgehend leerlaufen würde. Allerdings führte diese Befürchtung zu einer aktiven Haltung des koreanischen Verfassungsgerichts: Das Gericht versuchte, durch eine relativ großzügige Rechtsprechung zu den sonstigen Sachentscheidungsvoraussetzungen den Verlust eines wichtigen Teils der Beschwerdegegenstände einigermaßen auszugleichen.

Im Folgenden wird die koreanische Verfassungsbeschwerde hauptsächlich in Bezug auf Regelungen dargestellt, die von der deutschen Verfassungsbeschwerde abweichen.

2. Sachentscheidungsvoraussetzungen

a) Beschwerdefähigkeit

Zwischen der deutschen und der koreanischen Verfassungsbeschwerde gibt es keinen Unterschied darin, dass der Beschwerdeführer die Fähigkeit haben muss, Träger eines der von ihm geltend gemachten Grundrechte zu sein. Allerdings ist zu beachten, dass der Grundrechtsträger in der koreanischen Verfassung anders bestimmt wird als im deutschen Grundgesetz. Zunächst kennt die koreanische Verfassung die Unterscheidung zwischen Menschen- und Bürgerrechten nicht. Was den Grundrechtsträger angeht, ist hier meistens nur von „Staatsbürgern“ die Rede. Wie der Titel des Grundrechtsabschnitts „die Rechte und die Pflicht von Staatsbürgern“ andeutet, sind die Grundrechte in der koreanischen Verfassung hauptsächlich als Rechte von Staatsbürgern konzipiert. Dadurch wird jedoch nicht beabsichtigt, die Grundrechtsfähigkeit von Ausländern schlechthin zu verneinen. Ein derartiger Ausschluss der Ausländer vom Grundrechtsschutz ist als unvereinbar mit Art. 6 Abs. 2 KV anzusehen, welcher Ausländern nach Maßgabe des Völkerrechts und der internationalen Verträge mit ihrem Status verbundene Rechte gewährleistet. Mit dieser Vorschrift bezweckt der Verfassungsgeber seit 1948, die fehlenden ausdrücklichen Regelungen über Grundrechte von Ausländern zu kompensieren⁸¹. Ohne die abstrakte Grundrechtsfähigkeit von Ausländern als solche in Frage zu stellen⁸², wird in Korea nur diskutiert, welche Grundrechte Ausländern konkret zuzuerkennen sind⁸³. Mit anderen Worten kommt es darauf an, in welchem Umfang die Grundrechtsfähigkeit der Ausländer eingeschränkt werden kann. Diesbezüglich sollte man insbesondere der völkerrechtlichen Reziprozität Rechnung tragen, wofür Art. 6 Abs. 2 KV als eine mittelbare Rechtsgrundlage heranzuziehen ist. Im Übrigen bleibt es der Rechtsprechung überlassen, konkret festzustellen, welche Grundrechte ihrer Natur nach allein Staatsbürgern zukommen. Als typisches Beispiel hierfür erwähnt das koreanische Verfassungsgericht manchmal das Recht auf politische Partizipation, während das Gericht Ausländern beispielsweise die Menschenwürde, das Recht, nach Glück zu streben, und in eingeschränktem Umfang das Gleichheitsrecht zuerkannt hat⁸⁴.

Ein anderer Unterschied besteht darin, dass es in der koreanischen Verfassung keine dem Art. 19 Abs. 3 GG ähnliche Regelung gibt. Dennoch wird sowohl in der koreanischen Literatur als auch in der Rechtsprechung weitgehend angenommen, dass juristische Personen bzw. auch nichtrechtsfähige Vereinigungen, wie zum Beispiel politische Parteien und Gewerkschaften, gegebenenfalls eigenständig grund-

⁸¹ Vgl. 김수용 [Kim, Su-yong], 해방 후 헌법논의와 1948년 헌법제정에 관한 연구 [Untersuchung über den Verfassungsdiskurs bzw. den Erlass der Verfassung von 1948], S. 221.

⁸² Vgl. KVerfGE 13-2, 714 (724); 19-2, 297 (304).

⁸³ Vgl. 김학성 [Kim, Hak-sung] u.a., 기본권의 주체 [Grundrechtsträger], in: 헌법재판연구 [Forschungen der Verfassungsgerichtsbarkeit] 20 (2009), 88.

⁸⁴ KVerfGE 13-2, 714 (724); 19-2, 297 (304 f.).

rechts- und somit beschwerdefähig sind⁸⁵. Dies setzt freilich voraus, dass die betroffenen Grundrechte ihrem Wesen nach auf derartige juristische Personen sowie Vereinigungen anwendbar sind. In diesem Zusammenhang lehnt sich die koreanische Rechtsdogmatik in vielfältiger Weise an die deutsche Theorie sowie Praxis an. Im Hinblick auf die Grundrechtsfähigkeit besteht die Unterscheidung zwischen juristischen Personen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts auch in Korea. Dabei werden juristische Personen des öffentlichen Rechts, anders als die des Privatrechts, prinzipiell nicht als grundrechtsfähig betrachtet⁸⁶. Hiervon sind jedoch etwa die nationalen Universitäten ausgenommen, so dass sie im Rahmen der Wissenschaftsfreiheit als grundrechtsfähig angesehen werden⁸⁷. Was die Grundrechtsfähigkeit der sog. gemischtwirtschaftlichen Unternehmen betrifft, scheint das koreanische Verfassungsgericht eher zu deren Anerkennung bereit zu sein als das Bundesverfassungsgericht; ein Kammerbeschluss dieses Gerichts⁸⁸ verneinte die Grundrechtsfähigkeit eines Stromversorgungsunternehmens, an welchem die Beteiligung der öffentlichen Hand bei 72 % lag. Demgegenüber ging eine Entscheidung des koreanischen Verfassungsgerichts vom 24. 2. 2005⁸⁹ davon aus, dass ein ähnlich geartetes Stromversorgungsunternehmen, unbeschadet der umfassenden Einflussmöglichkeit des Trägers öffentlicher Verwaltung, insoweit grundrechtsfähig ist, als es um die Vertragsfreiheit bzw. die Freiheit wirtschaftlicher Betätigung geht.

b) Prozessfähigkeit, Postulationsfähigkeit und Anwaltszwang

In Bezug auf die Prozessfähigkeit regelt das KVerfGG selbst nichts, sondern verweist lediglich auf die einschlägigen Regelungen der Zivilprozessordnung oder der Verwaltungsprozessordnung zur entsprechenden Anwendung (§ 40 Abs. 1 KVerfGG). In der Praxis kommt allerdings der Prozessfähigkeit eine eher geringe Bedeutung zu. Dies ist wahrscheinlich darauf zurückzuführen, dass im koreanischen Verfassungsbeschwerdeverfahren der Anwaltszwang besteht. Sicherlich kommt die Prozessfähigkeit praktisch nur dann in Betracht, wenn sich die Frage stellt, ob der Beschwerdeführer rechtsgültig einen Rechtsanwalt als seinen Prozessvertreter ausgewählt oder dessen Beiordnung beantragen hat. Die Ausdehnung der Prozessfähigkeit über die Geschäftsfähigkeit hinaus, wie sie in vereinzelt Fällen vom BVerfG

⁸⁵ Vgl. KVerfGE 3, 91 (98); 3, 289 (296); 11-2, 555 (573); 12-1, 325 (335); 18-1 (I), 402 (410).

⁸⁶ Vgl. KVerfGE 10-1, 295 (300 f.); 12-2, 325 (336 ff.); 18-1 (I), 170 (179).

⁸⁷ Vgl. KVerfGE 4, 659 (670); 13-1, 367 (379).

⁸⁸ BVerfG-K (1 BvR 705/88), NJW 1990, 1783.

⁸⁹ KVerfGE 17-1, 196 (208).

anerkannt worden ist⁹⁰, erscheint unter der koreanischen Rechtslage als bedeutungslos; wegen des Anwaltszwangs kann ein geschäftsunfähiger Beschwerdeführer Prozesshandlungen ohnehin nicht selbst vornehmen.

Auch im Hinblick auf die Postulationsfähigkeit entstehen keine komplizierten Fragen. Aus dem Anwaltszwang folgt, dass sich der Beschwerdeführer grundsätzlich durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen muss, und zwar nicht nur bei der mündlichen Verhandlung vor dem Verfassungsgericht, sondern auch bei jeglicher Antragstellung einschließlich der Einlegung der Verfassungsbeschwerde. Kurzum, dem Beschwerdeführer fehlt schlechthin die Postulationsfähigkeit.

Die Rechtsgrundlage für den Anwaltszwang ist § 25 Abs. 3 KVerfGG. Diese Vorschrift lautet: „Eine Privatperson als Prozesspartei im verfassungsgerichtlichen Verfahren kann weder Anträge stellen noch den Prozess führen, es sei denn, dass sie durch einen Rechtsanwalt vertreten wird. Jedoch gilt dies nicht für den Fall, dass sie selbst Rechtsanwalt ist.“ Die Frage, ob diese Regelung ihrerseits das Gleichheitsrecht (Art. 11 Abs. 1 KV) und das Grundrecht auf eine gesetzmäßige Entscheidung durch den gesetzlichen Richter (Art. 27 Abs. 1 KV) unverhältnismäßig beeinträchtigt, verneinte das Verfassungsgericht⁹¹. Dabei wurde berücksichtigt, dass der Anwaltszwang im Verfassungsbeschwerdeverfahren nicht nur dem öffentlichen Interesse an einer geordneten Rechtspflege dient, sondern auch dem materiellen Grundrechtsschutz des rechtsunkundigen Beschwerdeführers. In Bezug auf den faktischen Eingriff in das Recht der Verfassungsbeschwerde berücksichtigte das Verfassungsgericht auch die Möglichkeit, aufgrund § 70 Abs. 1 Satz 1 KVerfGG demjenigen, der nicht über die finanziellen Mittel für Anwaltsgebühren verfügt, auf Antrag einen Rechtsanwalt beizuordnen.

Die Prozesshandlungen desjenigen, der nicht durch einen Rechtsanwalt vertreten wird, sind grundsätzlich unwirksam. Allerdings ist zu beachten, dass die vom Beschwerdeführer selbst eingelegte und somit zunächst unwirksame Verfassungsbeschwerde nachträglich verbessert werden kann. Beim Fehlen des Rechtsanwalts muss der Vorsitzende deshalb aufgrund § 28 Abs. 1 KVerfGG dem Beschwerdeführer aufgeben, binnen einer zu bestimmenden Frist diesen Mangel zu berichtigen. Bei der erfolgreichen Berichtigung ist die Verfassungsbeschwerde aufgrund § 28 Abs. 3 KVerfGG rückwirkend als zulässig anzusehen. Das heißt, eine Fristversäumung ist auch dann nicht gegeben, wenn die eigentliche Beschwerdefrist zwischen den Zeitpunkten der Einlegung der Verfassungsbeschwerde durch den Beschwerdeführer

⁹⁰ Zur Prozessfähigkeit eines Minderjährigen im Rahmen der Religionsfreiheit vgl. BVerfGE 1, 87 (88 f.); 19, 93 (100), sowie im Rahmen der Kriegsdienstverweigerung eines minderjährigen Soldaten BVerfGE 22, 243 (255); 60, 234 (240).

⁹¹ KVerfGE 2, 288 (295 ff.); 13-2, 447 (452 f.); 16-1, 595 (598 f.).

und ihrer Berichtigung durch den Rechtsanwalt abgelaufen ist⁹².

c) Beschwerdegegenstand

aa) Allgemeines

Der Beschwerdegegenstand im Verfassungsbeschwerdeverfahren ist nach dem Wortlaut des § 68 Abs. 1 KVerfGG eine angeblich grundrechtsverletzende „Handlung oder Unterlassung der öffentlichen Gewalt“. Mit dem auslegungsbedürftigen Begriff „öffentliche Gewalt“ wollte der koreanische Gesetzgeber dem Verfassungsgericht überantworten, den Umfang des Beschwerdegegenstands durch seine Interpretation konkret einzugrenzen. Da sich dieses bewusst umfassend formulierte Merkmal von Anfang an an dem deutschen Terminus orientierte, ist es kein Wunder, dass sich diesbezüglich Parallelen in der Auslegung zwischen den beiden Ländern finden.

Im Grunde umfasst die „öffentliche Gewalt“ im Sinne des § 68 Abs. 1 KVerfGG jede Hoheitsgewalt, d.h. die legislative, die exekutive und die judikative Gewalt⁹³. Ohne eine ausdrückliche Regelung wäre es deshalb keineswegs selbstverständlich, Gerichtsurteile vom Beschwerdegegenstand auszuschließen. Unter die „öffentliche Gewalt“ fallen freilich nur die koreanischen Hoheitsträger, nicht aber ausländische oder internationale Organisationen⁹⁴. Was die nordkoreanische öffentliche Gewalt angeht, wird im Schrifttum die überzeugende Meinung vertreten, dass sie nicht zur öffentlichen Gewalt im Sinne des § 68 Abs. 1 KVerfGG gehört⁹⁵.

bb) Handlungen der öffentlichen Gewalt

(1) Rechtsetzung

Zu den Handlungen der öffentlichen Gewalt im Sinne des § 68 Abs. 1 KVerfGG zählt auch die Gesetzgebung. Somit ist es statthaft, eine Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze zu erheben, falls weitere Voraussetzungen erfüllt sind⁹⁶. Im Allgemeinen ist ein in Kraft getretenes Gesetz als tauglicher Beschwerdegegenstand anzusehen. Allerdings kann auch ein verkündetes, aber noch nicht in Kraft getretenes Gesetz zum Beschwerdegegenstand werden, *wenn sich die Grundrechtsbeeinträch-*

⁹² Vgl. *문일봉 [Moon, Il-bong]*, in: *인권과 정의 [Menschenrecht und Gerechtigkeit]* 218 (Okt. 1994), 127 (135 f.); KVerfGE 4, 959 (966).

⁹³ Vgl. KVerfGE 13-1, 676 (692).

⁹⁴ Vgl. KVerfGE 9-2, 421 (427).

⁹⁵ *허영 [Huh, Young]*, *헌법소송법론 [Verfassungsprozessrecht]*, S. 355.

⁹⁶ Statt aller vgl. KVerfGE 2, 200 (203 f.).

tigung durch das Gesetz bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt hinlänglich voraussehen lässt⁹⁷.

Die Verfassungsbeschwerde kann sich prinzipiell auch gegen Gesetze im materiellen Sinne richten. Die unter der koreanischen Rechtslage nicht unbestrittene Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Rechtsverordnungen bzw. Satzungen ist bereits frühzeitig vom Verfassungsgericht bestätigt worden⁹⁸. Soweit es um eine unmittelbare Grundrechtsverletzung durch derartige Rechtsnormen geht, bleibt diese Verfassungsbeschwerdemöglichkeit unberührt von der Kompetenz des Obersten Gerichtshofs im Sinne des Art. 107 Abs. 2 KV, über die Verfassungsmäßigkeit *entscheidungserheblicher* Rechtsverordnungen sowie Satzungen endgültig zu entscheiden⁹⁹.

Verwaltungsvorschriften werden hingegen in der Regel nicht als ein tauglicher Beschwerdegegenstand angesehen¹⁰⁰. Dabei geht das koreanische Verfassungsgericht – vermutlich beeinflusst von der deutschen Rechtsprechung¹⁰¹ – davon aus, dass Verwaltungsvorschriften im Grunde keine Außenwirkung haben. Allerdings erkennt das Gericht die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Verwaltungsvorschriften an, wenn diese etwa als normkonkretisierende oder normergänzende Verwaltungsvorschriften oder als Ermessensrichtlinien (zumindest mittelbar) eine Außenwirkung zeigen¹⁰². Dies klingt aber rechtsdogmatisch ungereimt. Verwaltungsvorschriften richten sich in erster Linie an nachgeordnete Behörden und erhalten nach außen nur dann rechtliche Relevanz, wenn sie ihrerseits rechtmäßig sind und darüber hinaus ihre Verbindlichkeit gegenüber Bürgern oder Gerichten verfassungsrechtlich geboten ist¹⁰³. Folgerichtig führt die Feststellung der etwaigen Grundrechtswidrigkeit einer Verwaltungsvorschrift zwangsläufig zur Verneinung ihrer rechtlichen Außenwirkung. Sollte die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Verwaltungsvorschriften von ihrer rechtlichen Außenwirkung abhängig gemacht werden, könnte eine einer derartigen Verfassungsbeschwerde stattgebende Entscheidung konsequenterweise nicht existieren. Dieses Ergebnis wäre allerdings in der koreanischen Praxis nicht begrüßenswert; das Verfassungsgericht hat schon in mehreren Fällen Verfassungsbeschwerden gegen Verwaltungsvorschriften stattge-

⁹⁷ Vgl. KVerfGE 6-2, 520 (523 f.).

⁹⁸ Vgl. KVerfGE 2, 365 (369 f.); 6-2, 451 (457); 7-1, 564 (571); 9-1, 659 (667 f.).

⁹⁹ Vgl. KVerfGE 2, 365 (369 f.).

¹⁰⁰ Vgl. KVerfGE 2, 298 (303 f.); 9-2, 131 (141); 12-1, 963 (970 f.); 13-1, 414 (424 ff.).

¹⁰¹ Vgl. BVerfGE 1, 82 (83 f.); 2, 139 (141 f.); 18, 1 (15); 33, 18 (20 f.); 41, 88 (105).

¹⁰² Vgl. KVerfGE 4, 444 (449 f.); 14-2, 84 (93 f.); 17-1, 754 (761); 19-2, 297 (306).

¹⁰³ Die herrschende Meinung in Deutschland wie in Korea begründet die Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften mittelbar mit dem Grundsatz der Gleichheit oder mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes. Vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rn. 20 ff.; 김남진 [Kim, Nam-jin]/김연태 [Kim, Yeon-tae], 행정법 [Verwaltungsrecht] I, S. 170.

geben¹⁰⁴. Es ist fraglich, ob die Überlegungen zur *rechtlichen Außenwirkung* von Verwaltungsvorschriften nicht in die Irre führen. Soweit Verwaltungsvorschriften zumindest eine *faktische Außenwirkung* begründen, erscheint es fragwürdig, sie schlechthin aus der Kategorie der „Handlung der öffentlichen Gewalt“ auszuschließen¹⁰⁵. Zum Vergleich genügt bei hoheitlichen Realakten eine tatsächliche Wirkungsweise, um sie unter die Tätigkeiten der öffentlichen Gewalt zu subsumieren¹⁰⁶. Hinsichtlich der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Verwaltungsvorschriften geht es vielmehr darum, ob der Beschwerdeführer durch sie *unmittelbar* betroffen worden ist. Diese Unmittelbarkeit wird allerdings in Korea – wahrscheinlich wegen der fehlenden Möglichkeit, eine Urteilsverfassungsbeschwerde zu erheben – zugunsten des Beschwerdeführers großzügig beurteilt. Die gelegentliche Zulassung der Verfassungsbeschwerde gegen Verwaltungsvorschriften in Korea ist darauf zurückzuführen.

Völkerrechtliche Verträge, soweit sie nach Maßgabe der Verfassung abgeschlossen und verkündet werden, erlangen innerstaatliche Geltung (Art. 6 Abs. 1 KV). Der Vertragsabschluss bedarf gegebenenfalls der Zustimmung der Nationalversammlung (Art. 60 Abs. 1 KV), jedoch muss diese Zustimmung, anders als in Deutschland, nicht in der Form eines Gesetzes erteilt werden. Aus diesem Grund kann es in Korea eine Verfassungsbeschwerde gegen Zustimmungsgesetze nicht geben. Stattdessen erkennt das Verfassungsgericht die Möglichkeit an, direkt gegen den fraglichen Vertrag Verfassungsbeschwerde zu erheben¹⁰⁷.

Präsidentiale Notverordnungen können aufgrund Art. 76 Abs. 1 u. 2 KV Gesetzeskraft erhalten. Die Frage, ob sie als eine Art justizfreier Hoheitsakt vom Gegenstand der Verfassungsbeschwerde ausgeschlossen werden sollten, verneinte das koreanische Verfassungsgericht¹⁰⁸. Das Gericht führte aus, dass auch Regierungsakte keinesfalls von der Bindung an Grundrechte befreit werden können.

(2) Rechtsprechung

Wie mehrmals angesprochen, sind gerichtliche Entscheidungen in Korea aufgrund § 68 Abs. 1 KVerfGG *expressis verbis* vom Beschwerdegegenstand ausgeschlossen. Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts umfassen „gerichtliche Entschei-

¹⁰⁴ Zum Beispiel KVerfGE 12-1 404; 17-1, 754; 19-2, 297.

¹⁰⁵ Ähnlich *Gusy*, Die Verfassungsbeschwerde, Rn. 31. In seiner diesbezüglichen Argumentation spricht er jedoch von der inhaltlichen und funktionellen Austauschbarkeit von Verwaltungsvorschriften und Rechtsverordnungen.

¹⁰⁶ Siehe unten (3) (b) (ii) (β).

¹⁰⁷ Vgl. KVerfGE 13-1, 676 (692).

¹⁰⁸ Vgl. KVerfGE 8-1, 111 (116).

dungen“ im Sinne des § 68 Abs. 1 KVerfGG nicht nur Sach- und Prozessurteile oder End- und Zwischenurteile, sondern auch alle Arten von juristischen Entscheidungen, welche innerhalb des Verfahrens beiläufig gefällt worden sind¹⁰⁹. Die Leitung des Prozesses durch den Vorsitzenden kann ebenfalls nicht im Wege der Verfassungsbeschwerde angefochten werden, denn dies würde im Ergebnis auf die Zulassung der Verfassungsbeschwerde gegen gerichtliche Entscheidungen hinauslaufen¹¹⁰.

Allerdings gibt es hiervon eine wichtige Ausnahme, die das Verfassungsgericht selbst fallrechtlich entwickelt hat. Um eine fachgerichtliche Missachtung der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zu sanktionieren, wurde § 68 Abs. 1 KVerfGG insoweit für verfassungswidrig erklärt, als diese Vorschrift Gerichtsurteile auch dann vom Beschwerdegegenstand ausschließt, wenn Gerichte ein vom Verfassungsgericht für nichtig oder teilnichtig erklärtes Gesetz angewendet und dadurch die Grundrechte des betroffenen Prozessbeteiligten verletzt haben¹¹¹. Hierbei, also im Fall, dass Fachgerichte die verfassungsgerichtliche Beurteilung der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes durch ihre eigene Einschätzung ersetzt haben, handle es sich über die bloße Grundrechtsverletzung hinaus tatsächlich um die Anmaßung von Kompetenzen, welche dem Verfassungsgericht durch die Verfassung eingeräumt sind. Gerade in diesem Fall sei die Aufhebung des fraglichen Gerichtsurteils im Wege der Verfassungsbeschwerde folgerichtig auch um der Verfassung selbst sowie der Einhaltung der verfassungsrechtlich aufgeteilten Kompetenzen willen als unerlässlich anzusehen¹¹².

Die Ausdehnung dieser Ausnahme auf die Fälle, in denen Fachgerichte vor der verfassungsgerichtlichen Nichtigerklärung ein für verfassungswidrig zu erklärendes Gesetz angewendet haben, wird jedoch durch die ständige Rechtsprechung des Verfassungsgerichts verweigert¹¹³.

(3) Tätigkeiten der vollziehenden Gewalt

Grundsätzlich gehören auch Exekutivakte zu den Handlungen der öffentlichen Gewalt im Sinne des § 68 Abs. 1 KVerfGG. Anders als bei Gerichtsurteilen liegt bei sonstigen Tätigkeiten der vollziehenden Gewalt keine ausdrückliche Regelung über deren Ausschluss vom Beschwerdegegenstand vor. Die Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Exekutivakte ist deshalb im Allgemeinen anzuerkennen. Allerdings ist hier wegen des Ausschlusses der Urteilsverfassungsbeschwerde zwi-

¹⁰⁹ Vgl. KVerfGE 4, 922 (928).

¹¹⁰ Vgl. KVerfGE 4, 413 (418 ff.).

¹¹¹ Vgl. KVerfGE 9-2, 842 (859).

¹¹² Vgl. KVerfGE 9-2, 842 (859 ff.).

¹¹³ Vgl. KVerfGE 10-1, 435 (441); 10-2, 267 (273 f.).

schen Verfügungen einerseits, bei denen der fachgerichtliche Rechtsweg eröffnet ist, und sonstigen Maßnahmen andererseits zu differenzieren.

(a) Verfügungen, die der fachgerichtlichen Kontrolle unterliegen

Wegen des Gebots der Rechtswegerschöpfung muss der Beschwerdeführer vor der Verfassungsbeschwerde alle gesetzlich bestimmten Rechtsbehelfe durchlaufen. Ist dies nicht der Fall, wird die Verfassungsbeschwerde grundsätzlich als unzulässig abgewiesen¹¹⁴. Bis zu diesem Punkt gibt es keinen Unterschied zwischen Deutschland und Korea.

Die praktischen Konsequenzen sind allerdings unterschiedlich. In Deutschland kommt es dazu, dass die Urteilsverfassungsbeschwerde in den Vordergrund tritt¹¹⁵. In Korea ist es hingegen im Grunde nicht möglich, gegen Gerichtsurteile Verfassungsbeschwerde zu erheben. Unter dieser Rechtslage stellt sich die Frage, ob ursprüngliche Exekutivakte nach der Erschöpfung des Rechtswegs, d.h., nachdem deren Rechtmäßigkeit durch ein rechtskräftiges Gerichtsurteil bestätigt worden ist, isoliert von dieser gerichtlichen Entscheidung eigenständig im Wege der Verfassungsbeschwerde angefochten werden können¹¹⁶. Die Beantwortung dieser äußerst umstrittenen Frage variiert je nach Stellungnahme zum Ausschluss der Urteilsverfassungsbeschwerde. Die Kritiker des Ausschlusses der Urteilsverfassungsbeschwerde sprechen sich in der Regel dafür aus, als nächstbeste Lösung die Verfassungsbeschwerde gegen durch ein Gerichtsurteil bestätigte Verwaltungshandlungen zuzulassen. Im Gegensatz dazu sind die Gegner der Meinung, dass Art. 107 Abs. 2 KV als verfassungsrechtliche Grundlage für die Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde sowohl gegen Gerichtsurteile als auch gegen ursprüngliche Verfügungen anzusehen ist.

In seiner Anfangsphase war das koreanische Verfassungsgericht bei der Beantwortung dieser Frage zurückhaltend. Ohne über die Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen ursprüngliche Verfügungen zu entscheiden, wies das

¹¹⁴ Vgl. KVerfGE 3, 263 (266); 3, 484 (488).

¹¹⁵ Vgl. Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, Rn. 515.

¹¹⁶ Bejahend 김학성 [Kim, Hak-sung], 헌법소원에 관한 연구 [Eine Untersuchung über die Verfassungsbeschwerde], S. 224-229; 김문현 [Kim, Moon-hyun], in: 김철수 교수 화갑기념논문집 [Festschrift für Kim, Tschol-su zum 60. Geburtstag], S. 79 (102-104); 황도수 [Hwang, Do-ssu], in: 헌법논총 [Archiv des Verfassungsrechts] 6 (1995), 191 ff.; 신봉기 [Shin, Bong-ki], in: 고시연구 [Goshiyungu], 255 (Jun. 1995), 82 (88 ff.); verneinend 정태호 [Chung, Tae-ho], in: 헌법논총 [Archiv des Verfassungsrechts] 6 (1995), 249 ff.; 곽태철 [Gwak, Tae-chul], in: 재판자료 [Nachschlagewerke für gerichtliche Entscheidungen] 75 (1997), 342 ff.; 최완주 [Choi, Wan-joo], in: 재판자료 [Nachschlagewerke für gerichtliche Entscheidungen] 75 (1997), 429 ff.; 한수웅 [Han, Soo-woong], in: 헌법논총 [Archiv des Verfassungsrechts] 10 (1999), 283 (287-295).

Gericht eine Reihe von derartigen Verfassungsbeschwerden als unzulässig ab. Dabei pflegte das Gericht zu argumentieren, dass sich die in Betracht gezogene Rüge des Beschwerdeführers offenbar bloß gegen die Richtigkeit der Sachverhaltsermittlung sowie -würdigung oder gegen die Auslegung sowie Anwendung einfachen Rechts richte, deren Nachprüfung jedoch grundsätzlich nicht dem Verfassungsgericht zugewiesen sei, sondern den Fachgerichten¹¹⁷. Hier wurde die Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gerade mit dem eingeschränkten Prüfungsumfang des Verfassungsgerichts begründet.

Im Jahre 1998 gab das Gericht erstmals eine Stellungnahme gegen die Statthaftigkeit derjenigen Verfassungsbeschwerde ab, welche zwar nach der Rechtswegerschöpfung erhoben wird, sich aber allein gegen ursprüngliche Verwaltungsverfügungen richtet¹¹⁸. In der Begründung wies das Gericht auf das Fortbestehen der Rechtskraft gerichtlicher Entscheidung hin. Ohne die Beseitigung der Rechtskraft, wie sie bei der ausnahmsweise anzuerkennenden Urteilsverfassungsbeschwerde vorkommen kann¹¹⁹, sei die Anfechtung des durch ein Gerichtsurteil bestätigten Exekutivakts im Wege der Verfassungsbeschwerde nicht statthaft. Als Rechtsgrundlage für dieses Ergebnis wurde Art. 107 Abs. 2 KV herangezogen. Durch diese Vorschrift sollte nämlich die Endgültigkeit der fachgerichtlichen Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit einer Verwaltungsverfügung gewährleistet werden.

Folglich ist die Verfassungsbeschwerde gegen diejenigen Verwaltungsverfügungen, welche der fachgerichtlichen Kontrolle unterliegen, nach der koreanischen Rechtsprechung weder vor noch nach der Rechtswegerschöpfung zulässig. Ursächlich hierfür ist die fragwürdige Verbindung des Gebots der Rechtswegerschöpfung einerseits und der Unantastbarkeit der rechtskräftigen Gerichtsentscheidung andererseits. Damit wird ein großer Teil der Tätigkeiten der vollziehenden Gewalt – zusammen mit gerichtlichen Entscheidungen – vom Beschwerdegegenstand ausgenommen. Umgekehrt lässt sich daraus freilich auch erkennen, dass ein Teil der Verwaltungshandlungen als Gegenstand der Verfassungsbeschwerde übrig bleibt. Dies ergibt sich naheliegenderweise daraus, dass in fraglichen Verfassungsbeschwerdesachen Ausnahmegründe vom Gebot der Rechtswegerschöpfung anzuerkennen sind, und/oder daraus, dass der fachgerichtliche Rechtsweg gegebenenfalls konkrete Grundrechtsschutzbedürfnisse nicht abdeckt. Auf die Gründe der Ausnahme von der Rechtswegerschöpfung ist später noch einmal zurückzukommen. Im Folgenden soll zunächst die letztere Variante erläutert werden.

¹¹⁷ Vgl. KVerfGE 4, 429 (433); 4, 615 (618 f.); 4, 908 (912); 5-2, 362 (365 f.); 5-2, 368 (370).

¹¹⁸ Vgl. KVerfGE 10-1, 660.

¹¹⁹ Siehe oben bb) (2).

(b) Sonstige Vollzugstätigkeiten

(i) Der Hintergrund der Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde

Während in Deutschland die Verfassungsbeschwerde gegen Akte der vollziehenden Gewalt hinter die Möglichkeit der verfassungsgerichtliche Nachprüfung von Gerichtsurteilen zurücktritt¹²⁰, wird dieser Art der Verfassungsbeschwerde im koreanischen Schrifttum viel Aufmerksamkeit zuteil. Die koreanische Verfassungsbeschwerde, welche wegen des gesetzlichen Ausschlusses der Urteilsverfassungsbeschwerde leerzulaufen drohte, erfuhr überraschenderweise ein großes Wachstum, weil sie einen Teil von Vollzugsakten direkt zu ihrem Gegenstand machte. Unter der koreanischen Rechtslage ergibt sich die Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Verwaltungstätigkeiten nämlich aus einer Lücke des fachgerichtlichen Rechtswegs. Nur beim Vorliegen einer derartigen Lücke kann das KVerfG insoweit als ein Sonderverwaltungsgericht fungieren. Die Feststellung einer solchen Grundrechtsschutzlücke ist allerdings heikel. Außerdem könnte sie jederzeit etwa durch die Änderung gesetzlicher Regelungen oder der fachgerichtlichen Rechtsprechung geschlossen werden. In diesem Sinne hängt die Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Verwaltungstätigkeiten erheblich von der rechtlichen Umgebung ab, die sich ihrerseits im Lauf der Zeit wandeln kann. Damit stellt sich die verfassungsgerichtliche Kontrollkompetenz in diesem Bereich als eine Art Reflexkompetenz dar. Aus diesem Grund erscheint es unerlässlich, zunächst auf die koreanische Rechtslage bezüglich verwaltungsgerichtlicher Rechtsbehelfe einzugehen, um die bisherige Entfaltung der Rechtsprechung des KVerfG zu erklären.

(1) Zunächst ist zu erwähnen, dass die Klagemöglichkeit gegen hoheitliche Akte der Verwaltungsbehörden in Korea nicht so großzügig ausgestaltet ist wie in Deutschland. Die Zahl der gesetzlich bestimmten Klagearten erscheint, verglichen mit dem deutschen Beispiel, etwas knapp¹²¹. Die koreanische Verwaltungsprozess-

¹²⁰ Vgl. *Lechner/Zuck*, BVerfGG, § 90 Rn.133; *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 515.

¹²¹ In Bezug auf Staat-Bürger-Verhältnisse lassen sich die verwaltungsgerichtlichen Klagearten in Deutschland in Anlehnung an die gesetzliche Systematik der VwGO wie folgt einteilen:

- Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1, Halbsatz 1 VwGO)
- Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1, Halbsatz 2 VwGO)
- Feststellungsklage (§ 43) bzw. Fortsetzungsfeststellungsklage (§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO)
- andere Gestaltungs- oder allgemeine Leistungsklage (§ 43 Abs. 2 VwGO, analog)
- Normenkontrolle (§ 47 VwGO).

In Korea sind hingegen die folgenden Klagearten vorgesehen:

- Anfechtungsklage (§ 4 Abs. 1 KVwPO)
- Feststellungsklage auf Nichtigkeit oder Nichtbestehen der Verfügung (§ 4 Abs. 2 KVwPO)
- Feststellungsklage auf Rechtswidrigkeit der Unterlassung (§ 4 Abs. 3 KVwPO)

ordnung (KVwPO) kennt weder Verpflichtungsklage noch allgemeine Leistungsklage bzw. Unterlassungsklage. Als Alternative zur Verpflichtungsklage oder zur allgemeinen Leistungsklage gibt es in Korea zwar die Möglichkeit, die Feststellungsklage auf Rechtswidrigkeit der Unterlassung oder die Anfechtungsklage gegen einen Ablehnungsbescheid zu erheben. Allerdings ist diese Variante für den Kläger oft insofern nicht zufriedenstellend, als die Behörde seinem Begehren nach einer bestimmten Verwaltungsverfügung selbst dann nicht nachgeben muss, wenn ihre Untätigkeit oder Ablehnung für rechtswidrig erklärt worden ist¹²². Zwar verpflichtet die der Klage stattgebende Entscheidung in diesem Fall aufgrund der §§ 30 Abs. 2, 38 Abs. 2 KVwPO die Behörde zur Verbescheidung, aber in dem eingeschränkten Sinne, dass die Behörde nicht untätig bleiben darf und dass sie die vom Kläger begehrte Verwaltungsverfügung nicht mit dem gleichen, bereits als rechtswidrig beurteilten Fehler ablehnen darf¹²³. Außerdem fehlt es in der KVwPO auch an ausdrücklichen Regelungen über die Fortsetzungsfeststellungsklage oder die prinzipale Normenkontrolle, wie sie im deutschen Recht vorgesehen sind.

(2) Bei den meisten Verwaltungsklagen in Korea handelt es sich um Anfechtungsklagen gegen Verwaltungsverfügungen. Der Begriff „Verwaltungsverfügung“ ist in § 2 Abs. 1 Nr. 1 KVwPO relativ umfassend definiert. Danach ist eine Verwaltungsverfügung „jede Ausübung der öffentlichen Gewalt, die eine Behörde als rechtliche Regelung eines konkreten Sachverhalts vornimmt, oder deren Ablehnung bzw. sonstige entsprechende Tätigkeiten“. Nimmt man diese Vorschrift beim Wort, sind nicht nur Verwaltungsakte im Sinne des § 35 Satz 1 VwVfG¹²⁴ hiervon erfasst, sondern auch sonstige Verwaltungstätigkeiten wie etwa verbindliche Verwaltungspläne oder hoheitliche Realakte¹²⁵. Daraus ergibt sich die Möglichkeit bzw. das Bedürfnis, die koreanische Anfechtungsklage anders als die deutsche zu begreifen.

Nach einer Meinung, die neuerdings immer stärkere Aufmerksamkeit findet, soll die Anfechtungsklage in Korea als Feststellungsklage aufgefasst werden¹²⁶. Ihr

- Parteistreitigkeit (d.h. diejenige Klage, in welcher es um ein auf einer Verwaltungsverfügung beruhendes Rechtsverhältnis oder um ein sonstiges öffentlich-rechtliches Verhältnis geht und welche gegenüber einer Partei des Rechtsverhältnisses zu erheben ist. § 3 Nr. 2 KVwPO).

¹²² Vgl. 홍준형 [Hong, Joon-hyung], Die Klage zur Durchsetzung von Vornahmepflichten der Verwaltung, S. 247-262.

¹²³ Vgl. KOGHEB 1997, 670; 1998, 532; 2005, 319.

¹²⁴ Nach der Legaldefinition des § 35 Satz 1 VwVfG ist ein Verwaltungsakt „jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist“.

¹²⁵ Vgl. 석종현 [Seok, Jong-hyun], Die Rezeption des deutschen Verwaltungsrechts in Korea, S. 97 f.

¹²⁶ 박정훈 [Park, Jeong-hoon], in: 고시계 [Goshigye] 535 (Aug. 2001), 6 ff.

Hauptziel bestehe nicht in der *Rechtsgestaltung* im Sinne der Beseitigung der Wirksamkeit des Verwaltungsaktes, sondern in der Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verwaltungsverfügung. Rechtsvergleichend sei darauf hinzuweisen, dass es sich etwa bei der „*annulation*“ im französischen Anfechtungsverfahren, also beim „*recours pour excès du pouvoir*“, dem Wesen nach um eine Feststellungsklage handelt. Man dürfe nicht vom Gedanken der materiell-rechtlichen „fehlerunabhängigen Rechtswirksamkeit“¹²⁷ des Verwaltungsakts ausgehen, weil es in Korea an einer § 43 Abs. 2 VwVfG¹²⁸ entsprechenden Regelung fehlt. Es reiche aus, die Rechtswirksamkeit bloß *prozessual zu vermuten*, wie dies etwa beim französischen Begriff „*privilège du préalable*“ der Fall sei. Sollte eine solche Vermutung mit der gerichtlichen Feststellung der Rechtswidrigkeit entfallen, sei die fragliche Verwaltungsverfügung ohne Weiteres als *ipso jure* unwirksam zu betrachten. Durch die Einordnung der Anfechtungsklage in die Kategorie der Feststellungsklage könnte eine Reihe von Problemen gelöst werden. Zum Beispiel kann nach § 12 Satz 2 KVwPO die Anfechtungsklage, soweit durch das Anfechtungsurteil wiederherzustellende rechtliche Interessen des Klägers vorhanden sind, auch dann erhoben werden, wenn die fragliche Verwaltungsverfügung durch Zeitablauf, wegen ihrer Vollstreckung oder aus anderen Gründen keine Wirkung mehr hat. Würde man die Anfechtungsklage als Gestaltungsklage ansehen, mit der die Beseitigung der Wirksamkeit der Verwaltungsverfügung erzielt werden soll, wäre diese Regelung widersprüchlich, weil die Aufhebung der schon erledigten Verwaltungsverfügung gegenstandslos sein würde. Diese Unlogik entstehe jedoch nicht, wenn die Anfechtungsklage als Feststellungsklage charakterisiert wird. Ein weiterer Vorteil dieser Theorie liege darin, dass die Statthaftigkeit der Anfechtungsklage auch über Verwaltungsakte hinaus auf sonstige Tätigkeiten der Verwaltungsbehörde erweitert werden könne. Da etwa Realakte keinen Regelungscharakter haben, mutet es sehr seltsam an, sozusagen *die Rechtswirksamkeit eines rechtswidrigen Realaktes durch ein Gestaltungsurteil aufzuheben*. Im Vergleich dazu erscheint es durchaus plausibel, mit der Anfechtungsklage auf die Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit abzu zielen.

Allerdings schließen sich die herrschende Lehre und die Rechtsprechung längst überwiegend der deutschen Dogmatik an. Danach stellt die Gestaltungswirkung den grundlegenden Charakter der Anfechtungsklage dar. Als Gegenstand der Anfechtungsklage werden dementsprechend Verwaltungsakte in den Vordergrund gerückt. Insbesondere der KOGH hält – trotz der im Jahre 1984 bewusst weit gefassten Legaldefinition – an seiner frühen Auffassung fest: Danach handelt es sich bei Ver-

¹²⁷ Vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn. 39.

¹²⁸ § 43 Abs. 2 VwVfG lautet: „Ein Verwaltungsakt bleibt wirksam, solange und soweit er nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist“.

waltungsverfügungen um „diejenigen öffentlich-rechtlichen Handlungen, welche auf einer bestimmten Rechtsgrundlage konkrete Rechte bzw. Pflichten des Staatsbürgers begründen oder ihnen unmittelbare Änderungen mit sonstigen Rechtsfolgen hinzufügen“¹²⁹. Nur vereinzelt erkennt die Rechtsprechung des KOGH die Möglichkeit an, mit der Anfechtungsklage auch einen förmlichen untergesetzlichen Rechtssatz anzugreifen, falls er materiell eine Einzelfallregelung darstellt¹³⁰. Infolgedessen wird die Statthaftigkeit der Anfechtungsklage in der Praxis gewissermaßen eingeschränkt. Beispielsweise verneint der KOGH regelmäßig die Statthaftigkeit der Anfechtungsklage gegen Realakte. Diesen fehle es an einer unmittelbaren Wirkung auf staatsbürgerliche Rechte bzw. Pflichten¹³¹.

Gegenüber dieser Rechtsprechung äußert sich die herrschende Lehre kritisch. Viele Autoren sehen hoheitliche Realakte grundsätzlich als statthaften Gegenstand der Anfechtungsklage an. Sie argumentieren, dass die materiell-rechtliche Dogmatik des Verwaltungsakts, wenn nötig, hinter die prozessrechtliche Legaldefinition der Verwaltungsverfügung bzw. hinter ein konkretes Bedürfnis nach individuellem Rechtsschutz zurücktreten muss¹³². Im Gegensatz zu dieser flexiblen Auffassung ist ein Teil der Autoren bei der Ausdehnung der Statthaftigkeit der Anfechtungsklage auf Realakte zwar zurückhaltender, sie versuchen aber anhand der Theorie des sog. „implizierten Duldungsbefehls“ ein entsprechendes Ergebnis zu erzielen¹³³. Hierbei ist der Anfechtungsgegenstand allerdings ein fiktiver Duldungsbefehl, welcher eine Verpflichtung des Einzelnen zur Duldung des Realakts beinhalten soll.

(3) Zurückhaltung zeigen Fachgerichte außerdem bei der Auslegung der „rechtlichen Interessen“ des Klägers im Sinne des § 12 KVwPO.

Nach dem ersten Satz dieser Vorschrift ist zur Erhebung der Anfechtungsklage befugt, wer „rechtliche Interessen“ hat. Was mit „rechtlichen Interessen“ gemeint ist, bedarf der Auslegung. Nach der Rechtsprechung handelt es sich dabei grundsätzlich um „diejenigen unmittelbaren und konkreten Interessen des Einzelnen, welche durch

¹²⁹ Vgl. KOGHEB 1993, 3192; 2003, 523.

¹³⁰ Vgl. KOGHEB 1996, 3210.

¹³¹ Vgl. KOGHEB 1993, 3192; 1996, 1418.

¹³² 김도창 [Kim, Doh-chang], 일반행정법론 (상) [Allgemeines Verwaltungsrecht I], S. 359 ff; 김동희 [Kim, Dong-hee], 행정법 I [Verwaltungsrecht I], S.720; 박윤훈 [Park, Yun-heun], 최신행정법강의 (상) [Die Lehre des neuesten Verwaltungsrechts I], S. 944 f.; 박균성 [Park, Kyun-sung], 행정법론 (상) [Die Lehre des Verwaltungsrechts I], S. 264 ff.; 홍준형 [Hong, Joon-hyung], 행정구제법 [Verwaltungsstreitigkeitsrecht], S. 537 ff.

¹³³ 김남진 [Kim, Nam-jin], in: 고시연구 [Goshiyungu] 247 (Okt. 1994), 46 (47 f.); 홍정선 [Hong, Jeong-sun], in: 고시계 [Goshigye] 537 (Nov. 2001), 21 (31).

das der Verwaltungsverfügung zugrunde liegende Gesetz geschützt werden“¹³⁴. Mittelbare oder tatsächliche bzw. wirtschaftliche Interessen reichen also nicht aus. Diese Auslegung, die sicherlich von der klassischen deutschen „Schutznormtheorie“¹³⁵ beeinflusst ist, ist mittlerweile insofern erweitert worden, als die koreanische Rechtsprechung den Begriff der (zumindest auch) den Schutz der individuellen Interessen bezweckenden Norm tendenziell auf *zusammenhängende Gesetze bzw. Rechtsverordnungen* ausgedehnt hat¹³⁶.

Eine auffällige Abweichung von der deutschen Rechtslage ergibt sich aus dem zweiten Satz des § 12 KVwPO. Danach ist derjenige, der „durch die Aufhebung der Verwaltungsverfügung wiederherzustellende rechtliche Interessen“ hat, auch dann zur Anfechtungsklage befugt, „wenn die Wirkung der Verwaltungsverfügung durch Zeitablauf, wegen ihrer Vollstreckung oder aus anderen Gründen erloschen ist“. Bei der Problemlage, von der diese Regelung ausgeht, handelt es sich um diejenige, die in Deutschland als „Erledigung des Verwaltungsaktes“¹³⁷ bezeichnet wird. Mit dem Eintritt einer solchen Erledigung wird die Anfechtungsklage in der koreanischen Praxis normalerweise wegen des Fortfalls des Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig beurteilt¹³⁸. Hiervon wird nur der Fall ausgenommen, dass dem Kläger gerade wegen der Neben- bzw. Nachwirkung der fraglichen Verwaltungsverfügung ein Eingriff in andere rechtliche Interessen als diejenigen droht, welche sich direkt auf den Regelungsgehalt der angefochtenen Verwaltungsverfügung beziehen. Zum Beispiel entfällt zwar die Regelungswirkung einer befristeten Sanktionsmaßnahme (wie etwa Entziehung der Gewerbeerlaubnis), wenn die Sanktionsfrist abgelaufen ist. Allerdings könnte sich die Sanktionsmaßnahme später auf den Betroffenen nochmals nachteilig auswirken, und zwar dadurch, dass sie als Tatbestand einer anderen

¹³⁴ Vgl. KOGHEB 1995, 3544; 1997, 2532.

¹³⁵ Zur Schutznormtheorie vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 127 ff.; *Wahl*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, VwGO, Vorb. § 42 Abs. 2 Rn. 94 ff.; zur Unterscheidung zwischen sog. „älteren“ und „neueren“ Schutznormtheorien siehe *Bauer*, AöR 113 (1988), 582 (587 ff.).

¹³⁶ Vgl. KOGHEB 1995, 3538; 1998, 1514; 1998, 2423.

¹³⁷ Der Begriff der Erledigung des Verwaltungsaktes ist aber nicht einheitlich. Es gibt zahlreiche unterschiedliche Formulierungen bzw. Beschreibungen: Zum Beispiel wird die Erledigung oft als „Wegfall der Beschwer“ (BVerwGE 66, 75, 77; *Decker*, in: *Posser/Wolff*, VwGO, § 113 Rn. 84), als „Wegfall der Regelungswirkung des Verwaltungsaktes“ (*Wolff*, in: *Sodan/Ziekow*, VwGO, § 113 Rn. 247) oder als „Wegfall der beschwerenden Regelung“ (*Gerhardt*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, VwGO, § 113 Rn. 81; ähnlich *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 18 Rn. 40; *Schmidt*, in: *Eyermann*, VwGO, § 113 Rn. 76) bezeichnet. Daneben findet sich eine weite Begriffsbestimmung, wonach „von einer Erledigung des Verwaltungsaktes auszugehen ist, wenn die Aufhebung des Verwaltungsaktes sinnlos ist“ (*Kopp/Schenke*, VwGO, § 113 Rn. 102; *Emmenegger*, in: *Fehling/Kastner*, Verwaltungsrecht, § 113 VwGO, Rn. 92). Nach einem offeneren, aber eher praktisch aufgefassten Begriff kommt als erledigendes Ereignis in Betracht „jede (außerprozessuale) Veränderung der Sach- oder Rechtslage [...], die eine Abweisung der Klage als unzulässig oder unbegründet rechtfertigen würde“ (*Würtenberger*, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 633).

¹³⁸ Vgl. KOGHEB 1987, 575; 1990, 491; 1991, 1526; 1994, 1724.

Eingriffsmaßnahme berücksichtigt wird. Gegen eine solche ungünstige Nachwirkung kann sich der Betroffene dadurch wehren, dass er aufgrund § 12 Satz 2 KVwPO die Anfechtungsklage gegen die bereits abgelaufene, angeblich rechtswidrige Sanktionsmaßnahme erhebt. In diesem Punkt unterscheidet die koreanische Regelung sich von der deutschen, wonach der Kläger nach dem Eintritt des erledigenden Ereignisses den Prozess aufgrund § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO nunmehr in der Form der *Fortsetzungsfeststellungsklage*¹³⁹ weiterführen kann.

Wie angesprochen, umfasst der Regelungsgegenstand des § 12 Satz 2 KVwPO hauptsächlich Neben- bzw. Nachwirkungen der Verwaltungsverfügung. Folgerichtig kann das „rechtliche Interesse“ im Sinne dieser Vorschrift inhaltlich nicht dasselbe sein wie dasjenige im Sinne des § 12 Satz 1 KVwPO; vielmehr sollte jenes praktisch die Rolle spielen, dieses zu ergänzen und somit die Klagebefugnis bzw. das Rechtsschutzbedürfnis insgesamt zu erweitern. Es besteht allerdings Einigkeit darüber, dass diese Erweiterung keinesfalls in dem Maße durchgeführt werden darf, dass sich die Anfechtungsklage in eine Popularklage verwandelt. Es stellt sich die Frage, inwiefern dem Kläger auch nach der Erledigung einer Verwaltungsverfügung noch ein „rechtliches Interesse“ an ihrer rückwirkenden Aufhebung zuzuerkennen ist. Mit anderen Worten: Welche Neben- bzw. Nachwirkungen sind als *rechtlich nachteilige Folgen* der angefochtenen Verwaltungsverfügung zu qualifizieren? In der Literatur herrscht die Auffassung vor, dass der Begriff „rechtliche Interessen“ im zweiten Satz des § 12 KVwPO weiter auszulegen ist als im ersten Satz¹⁴⁰, wobei häufig auf die Fallgruppe des „berechtigten Interesses“ bei der deutschen Fortsetzungsfeststellungsklage¹⁴¹ hingewiesen wird¹⁴².

Allerdings war die Rechtsprechung äußerst zurückhaltend. In der Praxis wurden lange Zeit grundsätzlich nur diejenigen Nachwirkungen, die nach Art bzw. Ausmaß *expressis verbis* in Rechtssätzen, nämlich in Gesetzen oder Rechtsverordnungen, geregelt sind, als rechtlich nachteilige Folge der angefochtenen Verwaltungsverfügung angesehen¹⁴³. Zu derartigen Rechtssätzen gehörten allerdings nicht Verwaltungsvorschriften. Das bedeutet, dass etwa für den Fall, dass sich eine solche un-

¹³⁹ Rechtstheoretisch ist umstritten, ob die Feststellungsklage ihrer Rechtsnatur nach eine besondere Form der Feststellungsklage oder eher eine sog. „amputierte Anfechtungsklage“ (Geiger, in: Festschrift für den 45. DJT, S. 76) ist. Hierzu vgl. Rozek, JuS 1995, 414 f.; Ehlers, JURA 2001, 415 f.; Kopp/Schenke, VwGO, § 113 Rn. 97.

¹⁴⁰ 김유환 [Kim, Yoo-Hwan], in: 고시연구 [Goshiyungu], 260 (Nov. 1995), 60 (70); 홍준형 [Hong, Joon-hyung], in: 행정법연구 [Verwaltungsrechtsforschung] 1 (Juni. 1997), 276 (285); 최봉석 [Choi, Bong-seok], in: 토지공법연구 [Public Land Law Review] 11 (Feb. 2001), 85 (103).

¹⁴¹ Zum Fortsetzungsfeststellungsinteresse siehe Kopp/Schenke, VwGO, § 113 Rn. 129 ff.; Gerhard, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 113 Rn. 90 ff.

¹⁴² 홍준형 [Hong, Joon-hyung], a.a.O., 281 f.; 박정훈 [Park, Jeong-hoon], 판례실무연구 [Forschungen der Rechtsprechungspraxis] V (2001), 417 (442 ff.).

¹⁴³ Vgl. KOGHEB 1990, 2440; 1991, 2454; 1999, 489.

günstige Wirkung erst aus differenzierten Regelungen einer verwaltungsinternen Ermessensrichtlinie ergibt, das Vorliegen eines rechtlichen Interesses verneint wurde¹⁴⁴. Dies stellt sich auf den ersten Blick als Versuch dar, die Schutznormdogmatik auch auf den Regelungsbereich des § 12 Satz 2 KVwPO auszudehnen; als deren wesentlicher Ansatzpunkt dient die „Rechtssatzabhängigkeit des subjektiven öffentlichen Rechts“¹⁴⁵ und bei Regelungen einer Verwaltungsvorschrift handelt es sich um „keine (Außen-)Rechtssätze“¹⁴⁶. Freilich ist nicht zu verkennen, dass unbeschadet davon, dass die in Frage stehende Nachwirkung hinsichtlich ihrer konkreten Ausformung unmittelbar dem in Verwaltungsvorschriften Geregelter zuzurechnen ist, die Rechtsgrundlage für eine solche Beeinträchtigung regelmäßig (wegen des Prinzips des Gesetzesvorbehalts) letzten Endes bis auf eine gesetzliche Bestimmung zurückgeführt werden kann, die den Ermessensspielraum der Verwaltung eingeräumt hat. Als Schutznorm hätte gerade diese Ermächtigungsnorm maßgeblich sein sollen¹⁴⁷.

Mittlerweile ist diese Rechtsprechung geändert worden¹⁴⁸. Nunmehr ist ein rechtliches Interesse auch dann anzuerkennen, wenn die befürchtete Nachwirkung lediglich in Verwaltungsvorschriften geregelt ist. Zweischneidig erscheint allerdings die noch aufrechterhaltene Koppelung der Rechtsschutzbedürfnisse an die Existenz einer Regelung, in welcher etwaige ungünstige Folgewirkungen ausdrücklich vorgesehen sind. Einerseits lässt sich dadurch ohne Schwierigkeit die Anforderung erfüllen, dass Gefährdungen rechtlicher Interessen genügend konkret und realiter vorhanden sein müssen, um die Klagebefugnis begründen zu können. Das kann jedoch andererseits gelegentlich dazu führen, den Anerkennungsumfang des rechtlichen Interesses zu verengen. Nicht auszuschließen ist, dass es mangels einfachgesetzlicher Schutznormen gegen unzumutbare Grundrechtsbeeinträchtigungen notwendig ist, direkt auf Grundrechte zurückzugreifen¹⁴⁹. Als Beispiel hierfür lässt sich der Fall anführen, dass als Nebenwirkung der erledigten Verwaltungsverfügung eine andauernde, erhebliche Beeinträchtigung von Ehre bzw. gesellschaftlichem Ansehen zu erwarten ist. Diese faktische mittelbare Beeinträchtigung stellt zwar keinen direkten Regelungsgehalt der angefochtenen Verwaltungsverfügung dar; auch mag das dadurch angetastete Interesse eventuell im einfachen Recht keine Schutznorm finden.

¹⁴⁴ Vgl. KOGHEB 1992, 2419; 1988, 1000; 1993, 2812; 1995, 2824; 1995, 3544.

¹⁴⁵ *Wahl/Schütz*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 42 Abs. 2 Rn. 46.

¹⁴⁶ *Kopp/Schenke*, VwGO, § 42 Rn. 94 u. § 47 Rn. 29; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rn. 2. Für die unmittelbare Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften vgl. etwa *Wahl*, in: FG 50 Jahre BVerwG, S. 571 ff. Hiergegen kritisch *Saurer*, VerwA 97 (2006), 249 (262 ff.).

¹⁴⁷ Vgl. *Kopp/Schenke*, VwGO, § 42 Rn. 93 f.

¹⁴⁸ Vgl. KOGHEB 2006, 1363.

¹⁴⁹ In diesem Zusammenhang spricht man u.a. von „faktischen (mittelbaren) Grundrechtseingriffen“. Vgl. *Kopp/Schenke*, VwGO, § 42 Rn. 122; *Sodan*, in: *Sodan/Ziekow*, VwGO, § 42 Rn. 395. Zu dessen Begriff eingehend *Bethe*, in: *Merten/Papier*, HGR III, § 58.

Unterschreitet diese einfachrechtliche Lage allerdings das Mindestschutzniveau des grundrechtlichen Persönlichkeitsrechts, so sollte dieses Grundrecht selbst als hinreichende Schutznorm zur Anwendung gelangen können¹⁵⁰. Ob auch koreanische Fachgerichte diesen Weg gehen werden, ist aber noch fraglich¹⁵¹. In Anbetracht der oben erläuterten bisherigen Haltung der Rechtsprechung erscheint das eher zweifelhaft¹⁵².

(4) Unabhängig davon ist zuzugeben, dass das „rechtliche Interesse“ im Sinne des § 12 Satz 2 KVwPO ein engerer Begriff ist als das „berechtigte Interesse“ bei der deutschen Fortsetzungsfeststellungsklage. Dies ergibt sich gewissermaßen auch aus dem Unterschied des Klageziels. Ungeachtet der Debatte darüber, ob die Anfechtungsklage gemäß § 12 Satz 2 KVwPO ihrem Wesen nach eine Gestaltungsklage oder eine Feststellungsklage¹⁵³ ist, wird mit ihr im Grunde darauf abgezielt, eine rechtswidrige Beeinträchtigung zu beseitigen und somit den Genuss eines rechtlichen Interesses wiederherzustellen; dies stützt sich auf den Gesetzeswortlaut „durch die Aufhebung der Verwaltungsverfügung wiederherzustellende rechtliche Interessen“. Somit wäre die Anfechtungsklage gemäß § 12 Satz 2 KVwPO dann unzulässig, wenn eine solche gerichtliche Wiederherstellung unmöglich bzw. nicht mehr sinnvoll wäre. Also setzt die Weiterführung der Anfechtungsklage gegen eine hinsichtlich ihres unmittelbaren Regelungsgehalts schon erledigte Verwaltungsverfügung voraus, dass zumindest deren Neben- bzw. Nachwirkungen noch nicht erledigt sind.

Demgegenüber geht das Ziel der Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO über eine derartige Wiederherstellung hinaus. Hier reicht ein umfassendes Interesse, welches den Kläger zur Erhebung einer Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes berechtigen kann, als Sachurteilsvoraussetzung: „Es genügt jedes nach vernünftigen Erwägungen nach Lage des Falles anzuerkennende schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder auch ideeller Art“¹⁵⁴. Das Ziel der Feststellungsklage kann dementsprechend darin bestehen, „die Position [des Klägers] in rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller

¹⁵⁰ Vgl. *Kopp/Schenke*, VwGO, § 42 Rn. 123.

¹⁵¹ Der KOGH erkannte das grundrechtliche Persönlichkeitsrecht als rechtliches Interesse nur ausnahmsweise an, und zwar als Nebenargument in Verbindung mit einem schon gesetzlich geschützten Interesse. Vgl. KOGHEB 1992, 2420.

¹⁵² Vgl. zu dieser Prognose etwa *함인선* [*Ham, In-seon*], in: *공법연구* [Public Law] 33-5 (Jun. 2005), 509 (521 ff.); *박정훈* [*Park, Jeong-hoon*], in: *특별법연구* [Forschungen des besonderen Verwaltungsrechts] 8 (Sep. 2006), 82 (95 ff.).

¹⁵³ Siehe zu dieser Mindermeinung oben Fn. 126.

¹⁵⁴ Vgl. *Kopp/Schenke*, VwGO, § 113 Rn. 129; *Schmidt*, in: *Eyermann*, VwGO, § 113 Rn. 84; *Würtenberger*, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 652.

Hinsicht konkret zu verbessern“¹⁵⁵. Selbst wenn „kein aktueller Rechtsschutzbedarf besteht“, kann die Statthaftigkeit einer derartigen Feststellungsklage als eine Art „Fortsetzungsbonus“ angenommen werden¹⁵⁶, wie es etwa bei Fortsetzungsfeststellungsklagen zur Schaffung eines Präjudizes für einen Staatshaftungsprozess der Fall ist. Bei typischerweise kurzfristig erledigten Verwaltungsakten und/oder schwerwiegenden Grundrechtseingriffen ist dem Kläger durchaus gestattet, auch dann die Klärung der Rechtslage zu begehren, wenn die Beeinträchtigung nicht fortwirkt und somit im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung schon beendet ist¹⁵⁷.

Bezüglich des koreanischen fachgerichtlichen Grundrechtsschutzsystems ist vor allem bedenklich, dass sich eine Schwachstelle der KVwPO gerade in den letzteren Fällen findet. Das heißt, bei kurzfristig erledigten Grundrechtseingriffen, seien es direkte Regelungswirkungen der angefochtenen Verwaltungsverfügung, seien es ihre Neben- bzw. Nachwirkungen, stellt die Anfechtungsklage gemäß § 12 KVwPO wegen ihres eingeschränkten Ziels kaum einen effektiven Rechtsbehelf dar.

(5) Vor dem Hintergrund, dass der Rechtsschutzumfang der Anfechtungsklage wegen der engeren Auslegung von Verwaltungsverfügung (als Streitgegenstand) sowie rechtlichen Interessen (als Rechtsschutzinteressen) in der Praxis tatsächlich eingeschränkt ist, kommt schließlich die Parteistreitigkeit im Sinne des § 3 Nr. 2 KVwPO als Rechtsschutzalternative in Betracht. Einige Autoren empfehlen, diese Klageart als „Auffangklage“ fungieren zu lassen¹⁵⁸. Insbesondere schlichte Realakte könnten möglicherweise im Rahmen der Parteistreitigkeit der gerichtlichen Kontrolle unterworfen werden¹⁵⁹.

Bei der Billigung dieser Meinung ist freilich Vorsicht geboten. Wegen der knappen Regelungen ist diese Klageart nur schwach konturiert. Deshalb hat die entsprechende Anwendung der Zivilprozessordnung gemäß § 8 Abs. 2 KVwPO gerade im Bereich der Parteistreitigkeit die größte Bedeutung. Als konkrete Varianten kommen Leistungsklage und Feststellungsklage in Betracht, bei denen es allenfalls nach § 3 Nr. 2 KVwPO um ein *öffentlich-rechtliches Verhältnis* gehen muss. Dabei bildet die

¹⁵⁵ Vgl. Schmidt, in: Eyermann, VwGO, § 113 Rn. 83; Kopp/Schenke, VwGO, § 113 Rn. 130.

¹⁵⁶ Vgl. Gerhardt, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 113 Rn. 90.

¹⁵⁷ Vgl. BVerfGE 96, 27 (40); Kopp/Schenke, VwGO, § 113 Rn. 145 f.; Emmenegger, in: Fehling/Kastner, Verwaltungsrecht, § 113 VwGO, Rn. 108. Zu den Fallkonstellationen, bei denen es um einen tiefgreifenden und schwerwiegenden Grundrechtseingriff geht, vgl. auch Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 655, Fn. 46 m.w.N.

¹⁵⁸ Vgl. 홍준형 [Hong, Joon-hyung], in: 고시계 [Goshigye] 435 (April, 1993), 67 ff.; 이명구 [Rhee, Myoung-koo], in: 고시연구 [Goshiyungu] 110 (Mai, 1983), 155 (157); 김남진 [Kim, Nam-jin]/김연태 [Kim, Yeon-tae], 행정법 [Verwaltungsrecht] I, S. 756.

¹⁵⁹ 홍준형 [Hong, Joon-hyung], in: 고시계 [Goshigye] 446 (April, 1994), 28 (37 ff.).

rechtliche Qualifizierung eines Verwaltungshandelns als rechtswidrig keinen Gegenstand der Parteistreitigkeit, sondern lediglich eine Vorfrage¹⁶⁰. Insofern führt die Parteistreitigkeit zwar zur inzidenten Prüfung von Verwaltungshandeln auf seine Rechtswidrigkeit, jedoch ist zu beachten, dass die Vornahme einer solchen mittelbaren Kontrolle zwangsläufig von der Erfüllung der verschiedenen Voraussetzungen für die Sachentscheidung abhängig ist.

(ii) Beispiele für Tätigkeiten der vollziehenden Gewalt als statthafte Beschwerdegegenstände

Wegen der oben erläuterten Rechtslage wird schon seit der Errichtung des KVerfG erwartet, dass eine Reihe von Vollziehungsakten, welche seinerzeit nicht der (unmittelbaren) gerichtlichen Kontrolle unterworfen wurden, zum Gegenstand der Verfassungsbeschwerde werden. Hierbei handelt es sich insbesondere um Regierungsakte, hoheitliche Realakte und Verwaltungspläne¹⁶¹. Diese Handlungsarten überschneiden sich teilweise; so können etwa Regierungsakte zugleich Realakte sein. Außerdem gibt es beispielsweise für Verwaltungspläne keine einheitliche rechtliche Charakterisierung; sie stellen vielmehr eine „Sammelbezeichnung für sehr unterschiedliche Erscheinungen“¹⁶² dar. Dessen ungeachtet wird diese Kategorisierung im Interesse einer einfachen Darstellung der Rechtsprechung des KVerfG in dieser Arbeit weitgehend übernommen.

(α) Regierungsakte

In Korea wurde der Begriff „Regierungsakte“, d.h. justizfreie Hoheitsakte, erstmals im Jahre 1964 im Rahmen der Notstandserklärung verwendet¹⁶³ und bis in die achtziger Jahren des letzten Jahrhunderts wiederholt vom KOGH herangezogen¹⁶⁴. Rudimente dieses inzwischen in Korea häufig kritisierten Begriffs finden sich bis heute in der höchstrichterlichen Rechtsprechung¹⁶⁵. Allerdings hat sich die Bedeutung erheblich verändert, so dass derartige Hoheitsakte nunmehr insoweit der gerichtlichen Kontrolle unterliegen, als durch sie Grundrechte Einzelner unmittelbar

¹⁶⁰ 박종국 [Park, Jong-kook], in: 사법 행정 [Justizverwaltung] 373 (Jan. 1992), 31 (34); 김용섭 [Kim, Yong-sup], in: 인권과 정의 [Menschenrecht und Gerechtigkeit] 283 (Mär. 2000), 139 (150 f.).

¹⁶¹ Vgl. 이강국 [Lee, Kang-kuk], Diskuss., in: 법무자료 [Nachschlagewerke für die Justiz] 95 (1988), S. 102.

¹⁶² Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 16 Rn. 13.

¹⁶³ Vgl. KOGHE 12-2 (StrafR), 2.

¹⁶⁴ Vgl. KOGHEB 1980, 12379; 1980, 13136; 1981, 13930; 1982, 1034.

¹⁶⁵ Vgl. jüngst KVerfGE 16-1, 601 (606 f.) – hierbei geht es um die Frage, ob die Beteiligung der koreanischen technischen bzw. medizinischen Truppe am Irakkrieg u.a. gegen das Gebot des „Verzichts auf einen Angriffskrieg“ im Sinne des Art. 5 Abs. 1 KV verstößt.

betroffen sind¹⁶⁶. Das heißt, selbst Regierungsakte sind vom Gegenstand der Verfassungsbeschwerde nicht ausgenommen.

Zu beachten ist freilich, dass die Justiziabilität von Regierungsakten im Lauf der Zeit auch seitens der Fachgerichtsbarkeit erweitert wurde. Nach der Rechtsprechung des KOGH ist die Existenz von Regierungsakten in Anbetracht der Aufgabe des Gerichts, den Grundrechtsschutz zu gewährleisten und das Rechtsstaatsprinzip zur Geltung zu bringen, kaum akzeptabel¹⁶⁷. Somit ist bei der Zuständigkeitsverteilung zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit und der Fachgerichtsbarkeit kaum mehr ausschlaggebend, ob es um eine nach früherem Maßstab als Regierungsakt zu bezeichnende Staatshandlung geht oder nicht.

(β) hoheitliche Realakte

Der fachgerichtliche (unmittelbare) Grundrechtsschutz gegen hoheitliche Realakte erscheint gesetzlich nicht unmöglich, jedoch hält der KOGH noch an seiner anfänglichen Meinung fest, dass Realakte mangels eines Regelungscharakters als Gegenstand der Anfechtungsklage nicht geeignet seien. Infolgedessen können sie zum größten Teil Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein. Aus diesem Grund hat das KVerfG die sich gesetzlich bzw. praktisch ergebende Rechtsschutzlücke energisch geschlossen. Die Vielfalt der faktischen Grundrechtsbeeinträchtigungen veranlasste es zur Entfaltung einer umfangreichen Rechtsprechung.

Nach der Judikatur des KVerfG ist für die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde erforderlich, dass der in Frage stehende Realakt überhaupt einen *hoheitlichen* Charakter besitzt. Nicht hoheitliche Realakte seien keine Ausübung der öffentlichen Gewalt im Sinne des § 68 Abs. 1 KVerfGG¹⁶⁸, so dass die Verfassungsbeschwerde gegen sie regelmäßig als unzulässig abgewiesen wird. Die Grenze zwischen hoheitlichen Realakten einerseits und nicht hoheitlichen andererseits ist jedoch *a priori* kaum klar zu ziehen. Deshalb ordnet das KVerfG angefochtenes schlichtes Verwaltungshandeln je nach konkreter Sachlage wertend kasuistisch einer der beiden Gruppen zu¹⁶⁹. Zum Beispiel stellt ein präventiver Appell¹⁷⁰ oder eine Empfehlung¹⁷¹ an

¹⁶⁶ Vgl. KVerfGE 8-1, 111 (116).

¹⁶⁷ Vgl. KOGHEB 2004, 753.

¹⁶⁸ Vgl. etwa KVerfGE 6-1, 462 (493) – bloß beihilfliche, administrative Unterstützung des Unternehmensübernahmeverfahrens gegenüber einer überschuldeten, aber für die Nationalwirtschaft bedeutsamen großen Aktiengesellschaft, gegen das sich die Beschwerdeführer als Mehrheitsaktionäre wehren wollten; 17-1, 437 (447) – telefonische Terminvereinbarung für die Visumserteilung, wobei der Beschwerdeführer den amtlichen Vorschlag des angeblich zu späten Termins beanstandete.

¹⁶⁹ Vgl. KVerfGE 6-1, 462 (485 f.).

¹⁷⁰ Vgl. KVerfGE 15-1, 223 (236) – Appell des Wahlaufsichtsausschusses zur Einhaltung des Wahlgesetzes.

sich grundsätzlich keinen hoheitlichen Realakt dar. Allerdings wurde das Vorliegen eines hoheitlichen Charakters dann bejaht, wenn beispielsweise eine Verwarnung eine autoritative Feststellung eines Vergehens beinhaltet und dadurch ein substantieller Einschüchterungseffekt entstehen kann¹⁷² oder wenn sie Drohungen mit behördlicher Benachteiligung administrativer bzw. finanzieller Art enthielt¹⁷³. Diese Unterscheidung hat immerhin eine Filterfunktion, indem diejenigen Realakte, die in ihrem Ausmaß der Ausübung obrigkeitlicher Gewalt keine zu klassischen rechtsförmlichen Eingriffsmaßnahmen äquivalente Intensität erreichen, als nicht hoheitlich beurteilt und vom Gegenstand der Verfassungsbeschwerde ausgeschlossen werden¹⁷⁴.

Ebenso wenig statthaft ist die Verfassungsbeschwerde gegen verwaltungsinterne Maßnahmen¹⁷⁵, obwohl auch sie als hoheitliche Akte faktisch und mittelbar – im Wege einer endgültigen Handlung der letztzuständigen Behörde – zu einer Verkürzung der individuellen Freiheit führen können. Bei solchen verwaltungsinternen Akten fehlt es nämlich an einer regelnden Außenwirkung¹⁷⁶. In diesem Zusammenhang ist erwähnenswert, dass die Rechtsprechung des KVerfG nicht selten die Verfassungsbeschwerde gegen Verwaltungsvorschriften als statthaft angesehen hat¹⁷⁷, obwohl diese im Grunde nur innerhalb der Verwaltungsorganisation gültige Rechtsätze darstellen. Die scheinbare Zwiespältigkeit der Judikatur lässt sich jedoch erklären: Auch wenn Verwaltungsvorschriften keine Außenrechtssätze sind, stellen sie jedenfalls unzweifelhaft einen Teil der zu einer Grundrechtsbeeinträchtigung führenden Kausalkette dar, soweit die endgültige Eingriffsmaßnahme gerade auf ihnen

¹⁷¹ Vgl. KVerfGE 9-2, 131 (141) – Empfehlung einer Durchführungsrichtlinie für die Studentenauswahlprüfung an die Universitäten durch den Bildungsminister.

¹⁷² Vgl. KVerfGE 20-1 (I), 139 – Verwarnung des Staatspräsidenten durch den Wahlaufsichtsausschuss wegen des Verstoßes gegen seine Pflicht zur Wahlneutralität; 19-2, 611 – Verwarnung einer Fernsehgesellschaft durch den Rundfunk-Ausschuss wegen einer für bestimmte Wahlkandidaten ungünstigen Reportage.

¹⁷³ Vgl. KVerfGE 15-1, 772 – Forderung des Bildungsministers an die Rektoren nach der Berichtigung der Universitätsordnungen.

¹⁷⁴ In Deutschland wird eine solche Filterung hingegen meistens im Zusammenhang mit den Erweiterungsgrenzen des Grundrechtseingriffsbegriffs thematisiert. Vgl. *Bethge*, in: *Merten/Papier*, HGR III, § 58 Rn. 21 ff., m.w.M. Diese unterschiedliche Diskussionslage hängt mit der Möglichkeit zur Einlegung der Urteilsverfassungsbeschwerde zusammen; wenn die Urteilsverfassungsbeschwerde in Korea eingeführt werden würde, könnten auch nicht-hoheitliche Akte, genauso wie Akte von Privaten, zumindest mittelbar vom Verfassungsgericht nachgeprüft werden, und zwar als „Annex einer Urteilsverfassungsbeschwerde“ (*Bethge*, in: *Maunz u.a.*, BVerfGG, § 90 Rn. 352).

¹⁷⁵ Vgl. KVerfGE 6-1, 409 (413) – eine verwaltungsinterne Weisung des Landwirtschaftsministers an die Bürgermeister, die zum Ausgleich zwischen Angebot und Nachfrage gesetzlich vorgesehene Kontrolle des Verkaufs von Rohmilch an Milchproduktehersteller strenger durchzuführen.

¹⁷⁶ Daraus, dass ein der Verfassungsbeschwerde angemessener Beschwerdegegenstand jedenfalls grundrechtsrelevant sein sollte, ergibt sich m.E. naheliegenderweise, dass eine angefochtene Handlung zumindest gegenüber irgendeinem Grundrechtsträger Außenwirkung haben muss, um als Ausübung der öffentlichen Gewalt im Sinne des § 68 Abs. 1 KVerfGG Bedeutung zu erlangen.

¹⁷⁷ Vgl. KVerfGE 4, 444 (449 f.); 14-2, 84 (93 f.); 17-1, 754 (761); 19-2, 297 (306).

beruht. Entscheidend ist aber, ob ihnen diese Folge überhaupt unmittelbar zuzurechnen ist. Diese Frage hat das KVerfG in seinen Entscheidungen nicht ausdrücklich behandelt¹⁷⁸, jedoch häufig stillschweigend bejaht, und zwar unter den Bedingungen, dass sie sich überhaupt auf grundrechtsrelevante Regelungen beziehen¹⁷⁹ und dass durch sie die in Frage stehende Grundrechtsbeeinträchtigung schon abschließend vorherbestimmt ist¹⁸⁰. Gerade unter diesem Aspekt wäre es nicht verfehlt, solchen Verwaltungsvorschriften schon Außenwirkung zuzuerkennen.

Nach der Auffassung des KVerfG kann auch eine von privaten Dritten vermittelte Grundrechtsbeeinträchtigung unmittelbar der öffentlichen Gewalt zugerechnet werden. Dies ist etwa bei der Entscheidung über die sog. „Auflösung des 國제 [Gug-se]-Konzerns“¹⁸¹ der Fall: Dieser Konzern wurde äußerlich betrachtet wegen seiner Überschuldung von den privaten Gläubigerbanken liquidiert. Allerdings war der Beschluss der Liquidation in Wahrheit erzwungen worden, indem der damalige Machthaber heimlich auf die Banken Druck ausübte. Das KVerfG betrachtete diese faktische Machtausübung als statthaften Beschwerdegegenstand und verurteilte die Verletzung verfassungsrechtlicher Schutzgüter wie etwa der Betriebsfreiheit bzw. des Gleichheitsrechts des Konzerninhabers.

Hoheitliche Realakte als statthafte Beschwerdegegenstände sind ebenso in den Fällen anzunehmen, in denen der Beschwerdeführer zwar kein unmittelbarer Adressat eines hoheitlichen Aktes ist, seine Grundrechte jedoch durch dessen Neben- bzw. Folgewirkungen wesentlich beeinträchtigt werden. Zum Beispiel stellen Ladungen von Zeugen durch die Staatsanwaltschaft eigentlich keine Regelungen gegenüber Beschuldigten dar. Allerdings können sie dann in Grundrechte von Beschuldigten eingreifen, wenn der Staatsanwalt einen wichtigen Zeugen missbräuchlich in einer Weise vorlädt, dass sich der Beschuldigte nicht genügend auf seine Verteidigung vorbereiten kann. Hier entschied das KVerfG, dass eine solche tatsächliche Behinderung der Verteidigungstätigkeit des Beschuldigten, auch wenn sie in der Form der Zeugenladungen erfolgt, als hoheitlicher Realakt ebenfalls der Verfassungsbe-

¹⁷⁸ Abweichend von anderen verwaltungsinternen Akten begründet das KVerfG die Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Verwaltungsvorschriften häufig mit dem Argument, dass auch sie etwa als normkonkretisierende sowie -ergänzende Verwaltungsvorschriften oder Ermessensrichtlinien ausnahmsweise eine *rechtliche Außenwirkung* haben können. Siehe zu dieser unzutreffenden Auffassung oben S. 352 f.

¹⁷⁹ Ein Fehlen der Grundrechtsrelevanz der angefochtenen Verwaltungsvorschrift findet sich etwa in folgenden Fällen: KVerfGE 2, 298 – Regelungen über die Personalverwaltung, welche eine Maximalgrenze für die Dienstdauer in einer bestimmten Dienststelle vorsehen; 12-1, 963 – Regelungen über den Maßstab zur Unterscheidung zwischen gültigen und ungültigen Stimmabgaben.

¹⁸⁰ Vgl. KVerfGE 9-2, 94 (104); 10-1, 199 (208 f.); 17-2, 741 (754); 17-2, 81 (90). Diese Kriterien werden allerdings in der koreanischen Praxis regelmäßig auf die unmittelbare Betroffenheit des Beschwerdeführers bei Verfassungsbeschwerden gegen Rechtsnormen abgestellt. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

¹⁸¹ KVerfGE 5-2, 87.

schwerde unterliegt¹⁸².

Wegen ihrer Auffälligkeit erwähnenswert ist die Tatsache, dass zahlreiche Verfassungsbeschwerden gegen hoheitliche Realakte sich auf Strafvollzugsakte beziehen. Beispiele hierfür sind

- die Überwachung des Verkehrs zwischen dem inhaftierten Beschuldigten und seinem Verteidiger (KVerfGE 4, 51),
- die Überwachung und verzögerte Weiterleitung von abzusendenden bzw. zu empfangenden Briefen des inhaftierten Beschuldigten durch den Haftanstaltsleiter (KVerfGE 7-2, 94),
- der Einsatz einer Trennscheibe bei Verteidigerbesuchen (KVerfGE 9-1, 337),
- die Bekleidung des inhaftierten Beschuldigten mit Anstaltskleidung außerhalb der Haftanstalt (KVerfGE 11-1, 653),
- die Einrichtung eines mit einer unangemessenen Abschirmwand versehenen Klosetts in einem polizeilichen Gewahrsam (KVerfGE 13-2, 103) und
- die überflüssige Fesselungen eines Gefangenen in einer Justizvollzugsanstalt (KVerfGE 15-2 (II), 562) bzw. des Beschuldigten bei seiner Vernehmung vor dem Staatsanwalt (KVerfGE 17-1, 709).

Gegen diese Art von Akten ist zwar der ordentliche Rechtsweg oder zumindest der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Allerdings stellen sie in den Fällen, in denen die Grundrechtsbeeinträchtigung gegenüber dem Beschwerdeführer nicht mehr besteht, keine effektiven Rechtsbehelfe dar. Die Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen diese Strafvollzugsakte ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, wie sich aus den Begründungen der betreffenden verfassungsgerichtlichen Entscheidungen erkennen lässt¹⁸³. Das Gleiche gilt auch für diejenigen *Verwaltungsakte*, welche sich ebenfalls typischerweise kurzfristig erledigen¹⁸⁴, so dass hier eine Sachentscheidung durch Fachgerichte in der Regel mangels eines Rechtsschutzinteresses kaum zu erwarten ist¹⁸⁵.

¹⁸² KVerfGE 13-2, 238 (243).

¹⁸³ Vgl. KVerfGE 4, 51 (55 f.); 7-2, 94 (102); 11-1, 653 (661); 15-2 (II), 562 (572); 17-1, 709 (720).

¹⁸⁴ Vgl. etwa KVerfGE 9-2, 675 (687 f.) – Ablehnung des Antrags des Verteidigers eines Angeklagten auf (rechtzeitige) Akteneinsicht bzw. Anfertigung von Ablichtungen durch den Staatsanwalt; 15-1, 282 (287) – Ablehnung des zur Vorbereitung auf ein Haftprüfungsverfahren vom Verteidiger gestellten Antrags auf Akteneinsicht bzw. Anfertigung von Ablichtungen durch die Polizeibehörde; 16-2 (II), 543 – Ablehnung des Antrags des Beschuldigten auf Anwesenheit seines Verteidigers bei seiner Vernehmung durch den Staatsanwalt.

¹⁸⁵ Siehe oben S. 364 f.; hierzu kritisch 박정훈 [Park, Jeong-hoon], 특별법연구 [Forschungen des besonderen Verwaltungsrechts] 8 (Sep. 2006), 82 (101).

(γ) Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft

Die allergrößte Zahl der Verfassungsbeschwerden richtet sich gegen Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft. Von den 16.378 Eingängen, die Ende Dezember 2010 gezählt worden sind, betrafen 10.370 Fälle Verfassungsbeschwerden, in denen staatsanwaltschaftliche Verfügungen den Beschwerdegegenstand bildeten¹⁸⁶. Der Anteil dieser Verfassungsbeschwerden am Gesamteingang betrug somit 63 %.

Der Hintergrund war, dass es bis 2008 in Korea kaum eine Möglichkeit gab, ein Klageerzwingungsverfahren einzuleiten. Nur bei drei Arten von Amtsdelikten, die in den §§ 123, 124 und 125 des koreanischen Strafgesetzbuches (KStGB) geregelt sind, war die staatsanwaltschaftliche Verfahrenseinstellung gerichtlicher Kontrolle zugänglich, und zwar nachdem im Jahre 1973 die damalige autoritäre Regierung durch eine Änderung des § 260 der koreanischen Strafprozessordnung (KStPO) den Gegenstand des Klageerzwingungsverfahrens im Hinblick auf die oben angesprochenen Delikte rigoros beschränkt hatte. Unter diesen Umständen war die Beschwerde an den vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft gemäß § 10 Staatsanwaltschaftsgesetz (StAG) von besonderer Bedeutung. Für den Anzeigersteller, der zugleich der durch die Straftat Verletzte ist, stellte sie bei den Delikten der §§ 123 bis 125 KStGB eine *Alternative* zum Klageerzwingungsverfahren dar¹⁸⁷ – nach § 10 Abs. 6 u. 7 StAG a.F. war sie mit dem Klageerzwingungsverfahren nicht kompatibel und hatte nur den Charakter einer Dienstaufsichtsbeschwerde – und bei den sonstigen Delikten den einzigen Rechtsbehelf.

Die Frage, ob die den Antrag auf Erhebung der öffentlichen Klage ablehnende Abschlussverfügung der Staatsanwaltschaft wiederum im Wege der Verfassungsbeschwerde vor das KVerfG gebracht werden kann, hat das Gericht grundsätzlich bejaht; auch bei Einstellungsverfügungen handele es sich um Handlungen der öffentlichen Gewalt, welche in das Grundrecht des Verletzten auf richterliches Gehör (Art. 27 Abs. 5 KV¹⁸⁸) und in das Gleichheitsrecht (Art. 11 Abs. 1 KV) eingreifen können¹⁸⁹. Für die Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde war allerdings entscheidend, ob der Beschwerdeführer als vorher zu erschöpfender Rechtsweg eine Beschwerde an den vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft gerichtet oder das Klageerzwingungsverfahren durchlaufen hat. Wegen des Ausschlusses der Urteilsverfassungsbeschwerde wurde die Verfassungsbeschwerde gegen Einstellungsverfügungen grundsätzlich als unzulässig angesehen, wenn der Beschwerdeführer vor-

¹⁸⁶ Vgl. KVerfG Statistik: http://www.ccourt.go.kr/home/main/bpm/stat_c1_sub03.jsp.

¹⁸⁷ Vgl. KVerfGE 5-1, 211 (218 f.).

¹⁸⁸ Art. 27 Abs. 5 KV lautet: „Dem durch die Straftat Verletzten ist gewährleistet, nach Maßgabe von Gesetzen im betroffenen gerichtlichen Verfahren Gehör zu finden.“

¹⁸⁹ Vgl. KVerfGE 1, 31 (36), stRspr.

her vergeblich das Gericht um die Anordnung der Klageerhebung ersucht hat¹⁹⁰.

Auch wenn derartige Verfassungsbeschwerden in der verfassungsgerichtlichen Statistik zahlenmäßig erheblich ins Gewicht fielen, erschienen sie doch vom rechtspolitischen Gesichtspunkt aus fragwürdig¹⁹¹. Bei der Beschäftigung mit ihnen musste das KVerfG zunächst Sachverhaltsfeststellungen durchführen bzw. einfachrechtliche Auslegungen vornehmen, was kaum seine Hauptaufgabe sein kann. Daneben beschränkte das Gericht die Überprüfung immer darauf, ob die in Frage stehende staatsanwaltliche Gesetzesanwendung gegen das vom Gleichheitsrecht abgeleitete Willkürverbot verstoßen hat. Daher verwundert die niedrige Quote erfolgreicher Verfassungsbeschwerden nicht: Bis Dezember 2007 hat das Gericht insgesamt 8.663 Verfassungsbeschwerden gegen Einstellungsverfügungen erledigt, wobei nur 254 Fälle erfolgreich waren¹⁹². Ihr Anteil betrug somit knapp 3 %. Außerdem kann das KVerfG bei der Anerkennung der Begründetheit der Verfassungsbeschwerde in seinem Entscheidungstenor keine Klageerhebung beschließen, sondern lediglich die fragliche Einstellungsverfügung aufheben (vgl. § 75 Abs. 3 KVerfGG).

Mit dem Inkrafttreten des Änderungsgesetzes zur KStPO zum 1. 1. 2008 änderte sich jedoch die Rechtslage. Der Gegenstand des Klageerzwingungsverfahrens wurde auf alle Arten von Delikten (§ 260 Abs. 1 KStPO n.F.) erweitert. Die Beschwerde an den vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft ist nunmehr auch in Korea als Vorschaltbeschwerde ausgestaltet (§ 260 Abs. 2 KStPO n.F.). Infolgedessen – und auch wegen des Ausschlusses der Urteilsverfassungsbeschwerde – können *Verletzte* nun nicht mehr das KVerfG anrufen, um fragliche Einstellungsverfügungen zu rügen.

Allerdings schließt das nicht die Möglichkeit aus, dass der *Beschuldigte* seinerseits gegen die staatsanwaltliche Einstellungsverfügung Verfassungsbeschwerde erhebt. Dies ist insbesondere bei der Einstellung wegen Geringfügigkeit der Fall, zumal wenn der Beschuldigte wegen der in den Einstellungsgründen enthaltenen (tatsächlichen) Schuldfeststellung seine Grundrechte, wie etwa das allgemeine Persönlichkeitsrecht, für verletzt hält. Mit der Verfassungsbeschwerde zielt der Beschwerdeführer freilich nicht auf die Aufhebung der Einstellungsverfügung ab, sondern nur auf die Änderung ihrer Begründung, also auf eine Einstellungsverfügung mit der Begründung „Einstellung mangels hinreichendem Tatverdacht“. Eine derartige Verfassungsbeschwerde wird in der koreanischen Praxis nach wie vor durchaus als

¹⁹⁰ Vgl. KVerfGE 6-1, 146.

¹⁹¹ So 정중섭 [Chong, Jong-sup], in: 인권과 정의 [Menschenrecht und Gerechtigkeit] 237 (Mai 1996), 8 (16 ff.); 허영 [Huh, Young], 헌법소송법론 [Verfassungsprozessrecht], S. 369 f.

¹⁹² Vgl. KVerfG Statistik: http://www.ccourt.go.kr/home/main/bpm/stat_c1_sub03.jsp.

statthaft angesehen¹⁹³. Da der Erlass einer Einstellungsverfügung in Korea ausschließlich – und zwar ohne jede Mitwirkung des Gerichts – der Staatsanwaltschaft obliegt (§ 247 KStPO) und da in diesem Fall dem Beschuldigten keine anderen Abhilfemöglichkeiten eröffnet sind, kann der Ausschluss gerichtlicher Entscheidungen vom Beschwerdegegenstand oder das Gebot der Rechtswegerschöpfung hierbei nicht in Rede stehen¹⁹⁴.

(δ) Verwaltungspläne etc.

Der Begriff der Verwaltungspläne bleibt in der Rechtsprechung des KVerfG unklar. Anscheinend begreift das Gericht fast jede Art von exekutivischen Vorhaben als Verwaltungspläne. Eine solche weite Auffassung erscheint jedoch in Anbetracht der ebenso umfassenden Formulierung des Gegenstandes der Verfassungsbeschwerde naheliegend. Verwaltungspläne können – gleichgültig, ob sie ihrem rechtlichen Charakter nach Rechtssätze, Verwaltungsakte, Verwaltungsvorschriften oder schlichtes Verwaltungshandeln sind¹⁹⁵ – jedenfalls Handlungen der öffentlichen Gewalt im Sinne des § 68 Abs. 1 KVerfGG darstellen und somit statthafter Beschwerdegegenstand sein. Zu fragen ist allerdings, ob und in welchem Umfang Verwaltungspläne der fachgerichtlichen Kontrolle unterzogen werden können.

Der KOGH ist diesbezüglich der Ansicht, dass Verwaltungspläne unter Umständen mit der Anfechtungsklage angreifbar sind. In einer frühen Entscheidung führte er bereits aus, dass der sog. „Beschluss für städtebauliche Planung“ als statthafter Gegenstand der Anfechtungsklage anzusehen sei, soweit er eine „individuelle und konkrete Regelung von Rechten bzw. rechtlichen Interessen eines bestimmten Einzelnen zur Folge“ hat¹⁹⁶. Diese Entscheidung stellte die Weichen für die spätere Rechtsprechung über Verwaltungspläne¹⁹⁷. Allerdings ist sie etwas verwirrend. In diesem Fall meinte das Gericht mit der „konkreten Regelung von individuellen rechtlichen Interessen“ im Wesentlichen eine Veränderungssperre. Allerdings war sie keine individuelle und konkrete Regelung, weil der betroffene Personenkreis über einzelne bestimmte Individuen hinausging und die zu regelnden Sachverhalte nur durch abstrakte Merkmale erfasst werden konnten. Ferner trat sie nicht unmittel-

¹⁹³ Vgl. KVerfGE 1, 309 (316 f.); 13-1, 1012 (1016); KVerfGEB 147, 268.

¹⁹⁴ Vgl. KVerfGE 4, 645 (651); 4, 802 (806 f.).

¹⁹⁵ Zur „Typologie der Planung“ vgl. *Hoppe*, in: FG 25 Jahre BVerfG, S. 661 (669 f.); *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 56 Rn. 15 ff.

¹⁹⁶ Vgl. KOGHEB 1982, 434.

¹⁹⁷ Von der Statthaftigkeit der Anfechtungsklage gegen Verwaltungspläne ausgehend KOGHEB 1985, 1188; 1991, 1511; 1993, 3089; 1995, 3931; 1996, 578; 1997, 210; 1997, 3301; 1998, 1511; 2000, 1067; 2005, 590.

bar aufgrund des Planaufstellungsbeschlusses ein, sondern direkt kraft Gesetzes¹⁹⁸. Unbeschadet davon, dass der Beschluss jedenfalls eine Veränderungssperre zur Folge hatte¹⁹⁹, stellte sich eine solche akzessorische Sperrwirkung nicht als eigener Regelungsinhalt des Beschlusses dar, sondern als etwas Eigenständiges, was diesem von Gesetzes wegen hinzugefügt wurde. Daran ändert nichts, dass die konkrete Festlegung von Planungsgebieten durch den Beschluss und ihre öffentliche Bekanntmachung gerade die Erfüllung der gesetzlichen Tatbestände der Veränderungssperre bedeuten, dass sich die konkrete Regelung des Beschlusses und die abstrakte Regelung der Rechtsnorm auf diese Weise miteinander verflochten und dass sich die beiden Regelungen somit – zumindest vom Gesichtspunkt der Betroffenen aus – scheinbar zu einer einzigen Sperrwirkung vermengten.

Aus dieser (ideellen) Trennung des konkreten und des abstrakten Regelungsfragments kann aber ein praktisches Ergebnis folgen: die konkrete Festlegung von Planungsgebieten ist als sog. „intransitive“²⁰⁰ sachbezogene Regelung im Wege der Anfechtungsklage von denjenigen, die an deren Aufhebung rechtliche Interessen haben, zu beanstanden. Im Ergebnis verdient die genannte Entscheidung des KOGH insofern Zustimmung. Allerdings ist die abstrakte Verpflichtung von mehr oder weniger generellen Rechtsträgern zur Unterlassung der die zukünftige Plandurchführung erschwerenden Veränderungen nicht mit der Anfechtungsklage angreifbar. Sie sollte eher auf das Normenkontrollverfahren entfallen. Dies gilt freilich nicht nur deswegen, weil sich die Sperrwirkung unmittelbar auf ein formelles Gesetz stützte; in Korea ist die Rechtsform einer Regelung nicht maßgeblich. Deshalb wird beispielsweise auch die Anfechtungsklage gegen „Maßnahme-Rechtsverordnungen“²⁰¹ als statthaft angesehen²⁰². Entscheidender ist vielmehr die materielle Eigenschaft der Regelung. Eine Verwaltungsverfügung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 KVwPO, die Gegenstand der Anfechtungsklage sein kann, umfasst nämlich nur diejenige Handlung der öffentlichen Gewalt, die als Rechtsvollziehung *im Hinblick auf einen konkreten Sachverhalt* vorgenommen wird, nicht jedoch abstrakt-generelle Regelungen als solche. Dies erscheint konsequent, zumal die vergleichsweise kurze Anfechtungsklagefrist gegebenenfalls dem Rechtsschutzbedürfnis derjenigen, die erst nach dem Ablauf der Klagefrist von einer spezifisch für sie unverhältnismäßigen Sperr-

¹⁹⁸ Zur ähnlichen Unterscheidung zwischen der Planungsgebietsfestlegung und der akzessorischen Veränderungssperre gemäß § 9a Abs. 1 des Bundesfernstraßengesetzes (FStrG) vgl. *Hopp/Schlarmann/Buchner*, Rechtsschutz bei der Planung von Straßen und anderen Verkehrsanlagen, S. 107.

¹⁹⁹ Aufgrund § 4 Abs. 1 des Städtebauplanungsgesetzes a.F. knüpfte die Sperrwirkung an den Planungsbeschluss an.

²⁰⁰ Vgl. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 35 Rn. 164; *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 35 Rn. 308.

²⁰¹ *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, S. 653.

²⁰² Vgl. KOGHEB 1996, 3210.

wirkung betroffen werden, nicht gerecht werden könnte.

Da die koreanische Fachgerichtsbarkeit allerdings keine prinzipale Normenkontrolle durchführen kann, ist eine sich aus abstrakt-generellen Regelungsfragmenten ergebende Beschwer erforderlichenfalls im Wege der Verfassungsbeschwerde dem KVerfG vorzutragen. Dies ist beispielsweise bei einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung vom 26. 6. 2003²⁰³ der Fall. In der Verfassungsbeschwerde ging es um eine Regelung, nach welcher Mehrfamilienhäuser in einem bestimmten Städteplanungsgebiet höchstens Dreifamilienhäuser sein durften. Diese Regelung gehörte zu einem städtebaulichen Konzept, welches als langfristiger Plan durch das gesetzliche Planfeststellungsverfahren aufgestellt und öffentlich bekannt gegeben worden war. Die Beschwerdeführer wurden aber erst mehrere Jahre nach dem Planfeststellungsbeschluss von diesem Konzept betroffen und wollten mit der Verfassungsbeschwerde die genannte (Um-)Baubeschränkung als übermäßige Grundrechtsverletzung beanstanden. Für die Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde kam es darauf an, ob eine solche Beschränkung ihrer materiellen Eigenschaft nach als abstrakt-generelle Regelung anzusehen war. Das KVerfG betrachtete die Verfassungsbeschwerde als zulässig, ohne hierfür eine nähere Begründung zu geben. Wahrscheinlich behandelte das Gericht die angefochtene Regelung wie eine Verwaltungsvorschrift; auch wenn sie in ihrer Rechtsform weder Rechtsverordnung noch Satzung war, schrieb das Gericht der Regelung „normative Kraft“²⁰⁴ zu. Denn es lag nahe, dass sie jede nachfolgende Verweigerung von regelungswidrigen (Um-)Baugenehmigungen gewissermaßen vorherbestimmte.

Demgegenüber wies das KVerfG in seiner Entscheidung vom 26. 12. 2008²⁰⁵ die Verfassungsbeschwerde gegen eine Anordnung der Veränderungssperre als unzulässig ab. Der Sachverhalt war folgender: Aufgrund der gesetzlichen Ermächtigung hatte der Minister für Bau und Verkehr durch seinen Beschluss die Gegenstandsgebiete und die Arten von Veränderungshandlungen, bei denen die behördliche Erlaubnis zu versagen war, bestimmt und dies öffentlich bekannt gegeben. Die Beschwerdeführer beanstandeten hauptsächlich die Festlegung von Gegenstandsgebieten. Sie seien zu umfangreich über die für die Plandurchführung notwendigen Gebiete hinaus festgelegt worden. Indes wurde nicht substantiiert, ob und unter welchen spezifischen Umständen die generelle Veränderungssperre für die Beschwerdeführer übermäßig gewesen war. Deshalb stellte das KVerfG fest, dass die Beschwer tatsächlich nur in der konkreten Festlegung von Veränderungssperre-Gebieten bestand. Allerdings bildete ein solcher Festlegungsbeschluss eine Verwaltungsverfü-

²⁰³ KVerfGE 15-1, 787.

²⁰⁴ KVerfGE 15-1, 787 (800).

²⁰⁵ KVerfGE 20-2 (I), 857.

gung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 KVwPO, so dass dessen Rechtmäßigkeit im Wege der Anfechtungsklage der fachgerichtlichen Überprüfung unterzogen werden musste. Daran scheiterte die Verfassungsbeschwerde.

Im Zusammenhang mit Verwaltungsplänen werden in Korea auch öffentliche Bekanntmachungen von unterschiedlichen behördlichen Vorhaben thematisiert, wie etwa Verkündungen von Aufnahmeleitlinien für nationale Universitäten oder Ausschreibungen im öffentlichen Dienst. Derartige Vorhaben sind allerdings weder Rechtsnormen noch Verwaltungsakte; sie enthalten im Grunde keine verbindlichen Regelungen gegenüber Bürgern. Demgemäß stellt ihre Bekanntmachung lediglich einen Realakt in der Form einer Auskunftserteilung dar. Freilich können durch die Durchführung der Vorhaben Rechtsverhältnisse zwischen Bürgern und einem Hoheitsträger berührt werden. Dabei würde eine nachträgliche Kontrolle den Betroffenen keinen effektiven Rechtsschutz gewähren, weil beispielsweise nach der Aufnahmeentscheidung der Universitäten gegenüber Konkurrenten eine etwaige Rechtsverletzung, die sich aus der Anwendung von fehlerhaften Aufnahmeleitlinien ergeben hat, unter Umständen tatsächlich nicht oder nicht rechtzeitig korrigierbar wäre. In einem solchen Fall ist eine Vorverlagerung des Rechtsschutzes notwendig.

Freilich sind Fachgerichte hier nicht in der Lage, Abhilfe zu leisten. Erstens gibt es in Korea bezüglich verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten noch keine vorbeugenden Rechtsbehelfe. Zweitens sehen das koreanische Widerspruchsverfahrensgesetz (KWVfG) und die KVwPO als vorläufigen Rechtsschutz nur die Aussetzung der Vollziehung vor. Diese ist bei der Widerspruchsbehörde bzw. dem Gericht zu beantragen, bei denen der Anfechtungswiderspruch bzw. die Anfechtungsklage anhängig ist (§ 21 Abs. 2 KWVfG, § 23 Abs. 2 KVwPO). Sinngemäß setzt die Vollziehungsaussetzung aber voraus, dass die angefochtene Verwaltungsverfügung bereits vorliegt. Allerdings sind Realakte nach der fachgerichtlichen Rechtsprechung weitgehend von dem Begriff der Verwaltungsverfügung ausgeschlossen. Ist die Aufstellung von Aufnahmeleitlinien usw. als bloßes Verwaltungsinternum keine Verwaltungsverfügung, so scheidet vorläufiger Rechtsschutz hiergegen aus²⁰⁶, und zwar bis die Aufnahme- bzw. Auswahlentscheidung getroffen wird.

Auf dieser Basis wurde der vorverlagerte Rechtsschutz in diesem Bereich ebenfalls zu einer Aufgabe der Verfassungsbeschwerde. In einer Reihe von Entscheidungen hat das KVerfG die Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen diejenigen Verwaltungsvorhaben angenommen, bei denen Grundrechte nicht durch das Vorha-

²⁰⁶ So etwa KOGHEB 1994, 2870.

ben selbst, sondern erst durch die Ausführung desselben verletzt werden können²⁰⁷. Einen wichtigen Anlass zum verfassungsgerichtlichen Aufgreifen derartiger Verfassungsbeschwerden bildet regelmäßig die öffentliche Bekanntmachung. Anscheinend ist das Gericht der Ansicht, mit ihr verbinde sich die *Gewissheit über die Durchführung des Vorhabens, wie es ist*. Liegt eine solche Gewissheit nicht vor, ist die Verfassungsbeschwerde gegen noch veränderbare Vorhaben nach der Rechtsprechung des KVerfG unzulässig²⁰⁸. Die Verfassungsbeschwerde gegen Verwaltungsvorhaben ist ebenfalls unzulässig, falls ein in Frage stehendes Vorhaben in seinem Inhalt vollkommen von einer Rechtsnorm oder einer vorherigen behördlichen Entscheidung vorgeprägt ist. Wenn dies der Fall ist, sollte sich die Verfassungsbeschwerde nicht gegen das vermittelnde Handeln richten, sondern gegen die ursprünglichen Regelungen²⁰⁹. Zu beachten ist schließlich, dass die Vorverlagerung des Rechtsschutzes zu keiner Vorverlegung des Fristbeginns führt²¹⁰. Die Verfassungsbeschwerdefrist beginnt nicht vor der Durchführung des Vorhabens zu laufen, weil die Grundrechtsverletzung erst dann eintritt.

cc) Unterlassungen der öffentlichen Gewalt

Bisher wurden verschiedene Handlungen der öffentlichen Gewalt als Beschwerdegegenstände erläutert. Nun geht es um Unterlassungen der öffentlichen Gewalt. Der Wortlaut des § 68 Abs. 1 KVerfGG gibt ausdrücklich vor, dass die Verfassungsbeschwerde auch gegen Unterlassungen statthaft ist. Allerdings kommt derartigen Verfassungsbeschwerden praktisch kein großes Gewicht zu. Zunächst ist eine behördliche Untätigkeit beim Antrag auf Verfügungen grundsätzlich nicht im Wege der Verfassungsbeschwerde rügefähig, weil hiergegen schon fachgerichtliche Rechtsbehelfe, wie etwa die Feststellungsklage auf Rechtswidrigkeit der Unterlassung (§ 4 Abs. 3 KVwPO), bestehen. Nur für den Fall, dass die fachgerichtliche Rechtsprechung mangels einer gesetzlichen Grundlage für eine Handlungspflicht das Vorliegen eines rechtsrelevanten Unterlassens verneint, wird die Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen behördliches Unterlassen ausnahmsweise anerkannt²¹¹.

²⁰⁷ Vgl. KVerfGE 4, 659 (668) – Verkündung der Aufnahmerichtlinien für die Nationale Universität Seoul; 8-1, 443 (442) – Mitteilung der Ergänzungsrichtlinien über die Durchführung der Aufnahmeprüfung; 12-1, 75 (83) – Ausschreibung von Stellen für Regionalbeamte; 16-1, 441 (450) – Ausschreibung von Lehrerstellen an öffentlichen Gymnasien.

²⁰⁸ Vgl. KVerfGE 12-1, 665 (680).

²⁰⁹ Vgl. KVerfGEB 61, 945 (947).

²¹⁰ Vgl. KVerfGE 11-2, 770 (780); 13-1, 386 (398).

²¹¹ Vgl. etwa KVerfGE 1, 176. In dieser Entscheidung ging es um die Nichtbescheidung eines Antrags auf Einsicht in amtliche Dokumente. Da damals keine gesetzliche Grundlage für einen derartigen Einsichtsantrag vorlag, hatten Fachgerichte eine solche Unterlassung als rechtlich irrelevantes Ereignis

Bei der Beschäftigung mit judikativem Unterlassen, wie etwa einer gerichtlichen Verfahrensverzögerung, zeigt das KVerfG äußerste Zurückhaltung, so dass das Gericht diesbezüglich niemals die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde anerkannt hat. Trotz unterschiedlicher (jeweils nicht überzeugender) Begründungen²¹² ist dies stets auf den Ausschluss der Urteilsverfassungsbeschwerde zurückzuführen; das KVerfG geht offenbar davon aus, dass jede richterliche Tätigkeit und Untätigkeit im instanzgerichtlichen Verfahren zu rügen ist, so dass hierüber eine Gerichtsentscheidung getroffen wird oder werden kann²¹³.

Was die Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassen des Gesetzgebers anbelangt, ist der Gesetzgebungsspielraum zu beachten. Im Anschluss an die deutsche Rechtsdogmatik wird die Verfassungsbeschwerde in diesem Bereich nur ausnahmsweise zugelassen. Ausschlaggebend ist dabei die Unterscheidung zwischen sog. „echtem“ und „unechtem Unterlassen“²¹⁴. Nach der Ansicht des KVerfG ist die Verfassungsbeschwerde gegen legislatives Unterlassen nur dann statthaft, wenn trotz eines ausdrücklichen Verfassungsauftrags zur Gesetzgebung oder einer sich aus der Verfassungsauslegung ergebenden Gesetzgebungspflicht überhaupt keine gesetzliche Norm erlassen worden ist, also namentlich beim „echten Unterlassen“²¹⁵. Allerdings ist dies bei den meisten „Unterlassungsbeschwerden“²¹⁶ kaum der Fall. Eine solche Totalvernachlässigung der gesetzgeberischen Handlungspflicht wäre tatsächlich nur

nis betrachtet und diesbezüglich die Feststellungsklage auf Rechtswidrigkeit der Unterlassung als nicht zulässig angesehen. Demgegenüber hat das KVerfG erklärt, dass ein Anspruch auf Auskunftserteilung gegebenenfalls direkt aus der Meinungs- bzw. Pressefreiheit gem. Art. 21 KV ableitbar sei. Freie Meinungsbildung setze die hierfür notwendige freie Zugangsmöglichkeit zu Informationen voraus. Der Mangel an konkreten Erwägungen und somit die Untätigkeit gegenüber dem Antrag auf Akteneinsicht bilde deshalb ein grundrechtsrelevantes Unterlassen. Nach dieser der Verfassungsbeschwerde teilweise stattgebenden Entscheidung wurde das „Gesetz über die Offenlegung der von öffentlichen Organisationen gesammelten Informationen“ erlassen, so dass der Anspruch des Einzelnen auf die Offenlegung von Informationen nunmehr gesetzlich geregelt ist. Damit ist auch der fachgerichtliche Rechtsweg eröffnet, so dass die genannte Rechtsprechung des KVerfG überholt ist.

²¹² Als Scheinargumente dienen zum Beispiel fehlende verfassungs- bzw. einfachrechtliche Handlungspflichten (KVerfGE 11-2, 364 [370 ff.]) oder die Erledigung des Unterlassens (KVerfGE 4, 387 [403]).

²¹³ Vgl. KVerfGE 4, 413 (418 ff.); 5-1, 431 (434). In diesen Entscheidungen führte das KVerfG aus, dass die prozessualen Verfahrenshandlungen nur zusammen mit der Endentscheidung durch Rechtsmittel anfechtbar seien, nicht jedoch als vom Endurteil getrennter, eigenständiger Gegenstand der Verfassungsbeschwerde.

²¹⁴ Zu den Begriffen „echtes“ und „unechtes Unterlassen“ vgl. *Lechner/Zuck*, BVerfGG, § 90 Rn. 106 f.; *Bethge*, in: *Mauz u.a.*, BVerfGG, § 90 Rn. 220 f. (Stand: März 2010).

²¹⁵ KVerfGE 1, 294 (296); 3, 505 (515 f.); 5-1, 92 (102); 10-1, 687 (692); 13-1, 1431 (1437).

²¹⁶ Zu diesem Terminus vgl. *Seiwerth*, Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen, S. 35; *Schmidt-Bleibtreu*, in: *Mauz u.a.*, BVerfGG, § 90 Rn. 119 (Stand: Sep. 2003).

in der kurzfristigen Etablierungsphase des gesetzgebenden Organs vorstellbar²¹⁷.

In Anbetracht des heutigen umfassenden Normennetzes gibt es normalerweise irgendeine gesetzliche Norm, welche mit einer angeblichen Unterlassung des Gesetzgebers dergestalt in engem Zusammenhang steht, dass sich der vermeintliche Verstoß gegen eine gesetzgeberische Handlungspflicht gerade jenseits der – vom Gesichtspunkt des Beschwerdeführers aus – unvollständigen Regelung ergibt. Hier spricht man von sog. „unechtem Unterlassen“. Gegen ein derartiges Unterlassen ist die Verfassungsbeschwerde nach der Rechtsprechung des KVerfG nicht zulässig; stattdessen wird der Beschwerdeführer in einem solchen Fall immer auf die Möglichkeit verwiesen, die Verfassungsbeschwerde *gegen eine positive Regelung* zu erheben²¹⁸.

Damit scheint die Möglichkeit der Unterlassungsbeschwerde nur theoretisch zu bestehen. Deshalb versteht sich von selbst, dass es geradezu als wissenschaftliche Sensation gewertet wurde, als eine verfassungsgerichtliche Entscheidung der Verfassungsbeschwerde gegen ein gesetzgeberisches Unterlassen stattgegeben hat²¹⁹. In diesem Fall ging es um die Frage, ob der Gesetzgeber verfassungsrechtlich verpflichtet war, eine Regelung über die Entschädigung für Enteignungen zu schaffen. Normalerweise würde dies zur Fallgruppe des unechten Unterlassens gehören, so dass sich die Verfassungsbeschwerde nicht gegen das Fehlen einer Entschädigungsregelung richten könnte, sondern gegen die gesetzliche Norm, die der betroffenen Enteignung zugrunde liegt. Die angesprochene Entscheidung stieß auf scharfe Kritik, weil bei der Zulassung der Verfassungsbeschwerde gegen unechtes Unterlassen die Gefahr drohe, die Beschwerdefrist zu unterlaufen²²⁰.

Allerdings ist gegen diese Kritik einzuwenden, dass es erstens äußerst bedenklich ist, bei der Verfassungsbeschwerde gegen „unechtes Unterlassen“ ohne Differenzierung dieselbe Beschwerdefrist anzunehmen wie bei der Rechtssatzbeschwerde. Der Angriffsgegenstand, auf welchen die Unterlassungsbeschwerde zielt, ist nach der Ansicht des Beschwerdeführers keine positive Regelung, sondern eine Gesetzeslücke. Diese kann üblicherweise sowohl beim Inkrafttreten eines Gesetzes als auch nachträglich beispielsweise „durch einen Wandel der Rechtstatsachen oder einen Wandel des Normumfeldes“²²¹ entstehen. Schon im letzteren Fall ist nicht angemess-

²¹⁷ Nach Zucks Ansicht ist der „ausdrückliche Verfassungsauftrag“ als Voraussetzung für eine Verfassungsbeschwerde wegen eines gesetzgeberischen Unterlassens somit heute eine „rechtshistorische“ Vorgabe. Vgl. Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, Rn. 605.

²¹⁸ Vgl. KVerfGE 8-1, 493 (496); 8-1, 500 (509-510); 12-1, 733 (739).

²¹⁹ KVerfGE 6-2, 395.

²²⁰ Vgl. 한수웅 [Han, Soo-woong], in: 이명구 박사 화갑기념논문집 [Festschrift für Lee, Myung-gu zum 60. Geburtstag] I, S. 686 (708 ff.).

²²¹ Wank, Die Auslegungen von Gesetzen, S. 116.

sen, dass die Beschwerdefrist mit dem Erlass des Gesetzes beginnt. Außerdem sollte in der Regel nicht voreilig beurteilt werden, ob eine vermeintliche Gesetzeslücke wirklich vorliegt und ob sie, falls sie vorliegt, *unmittelbar* zu einer Grundrechtsbeeinträchtigung führen wird. Diese Fragen sollten zunächst von Fachgerichten entschieden werden. Diese werden dann festzustellen haben, ob die Rechtsposition des Beschwerdeführers schon im Gesetz geregelt ist, ob eine etwaige Regelungslücke zwar vorhanden ist, aber z.B. durch Analogie geschlossen werden kann, oder ob eine richterliche Schließung einer unbewussten Gesetzeslücke unvermeidlich an den Grenzen der Rechtsfortbildung, wie etwa dem Gesetzeswortlaut, scheitern muss. Hinzu kommt, dass sich eine Regelungslücke ohne einen Anhalt in einem Gesetz auch aus der Rechtsordnung insgesamt ergeben kann²²². Die Gleichstellung einer vermeintlichen Regelungslücke mit einer positiven Regelung wäre freilich nur beim Umkehrschluss rechtfertigbar. Allerdings muss selbst diese Auslegungsvariante gegebenenfalls mit anderen Varianten konkurrieren, so dass eine solche Gleichstellung bis zum letztendlichen Gerichtsurteil schwebend sein kann. Gerade in dieser Hinsicht wird die durch die Beschwerdefrist mitverfolgte Beschleunigung der Beschwerdeerhebung weder dem Beschwerdeführer, welcher Rechtslaie ist, noch dem Verfassungsgericht, welches seine Prüfungskompetenz stets in gemäßiger Weise auszuüben hat, gerecht. Vor allem lässt sich das Vorbringen des Beschwerdeführers so auffassen, dass die vorgetragene Grundrechtsverletzung so lange fort dauere, wie eine behauptete Regelungslücke bestehen bleibt. Wird dies erfolgreich substantiiert, lässt sich nicht leugnen, dass sich das „unechte Unterlassen“ in seiner möglichen Wirkungsweise dem „echten Unterlassen“ annähert. Diese Überlegungen müssten auch beim Verweis auf die Möglichkeit der Rechtsatzbeschwerde gelten. Das heißt, diese sollte zu ihrer Rechtfertigung an eine Fristbefreiung oder eine Fristrelativierung gekoppelt werden.

Zweitens ist das Dogma zu überwinden, dass die Verfassungsbeschwerde gegen „unechtes Unterlassen“ *immer* hinter die Rechtssatzbeschwerde zurücktreten muss. Hier ist der rechtliche Grund zu berücksichtigen, aus dem der Beschwerdegegenstand von einer angeblichen Regelungslücke zu einer positiven Regelung werden kann. Aus den bereits erläuterten Gründen scheidet die durch die Beschwerdefrist geschaffene Rechtssicherheit als denkbarer Grund aus. Naheliegender erscheint hingegen die Auffassung, dass der Verfassungsbeschwerde gegen unechtes Unterlassen in der Regel das *allgemeine Rechtsschutzbedürfnis* fehlt²²³. Sie lässt sich auf die folgenden Erwägungen stützen:

²²² Vgl. Wank, a.a.O., S. 177.

²²³ Zur Anwendung dieser Argumentationsfigur siehe Schneider, AöR 89 (1964), S. 24 (39 f.). Allerdings sprach er sich umgekehrt für das Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses bei der Rechtssatzbeschwerde, nicht bei der Unterlassungsbeschwerde aus.

Zunächst ist hervorzuheben, dass dem Verfassungsgericht mit der Rechtssatzbeschwerde dasselbe Begehren vorgelegt werden kann wie bei der Unterlassungsbeschwerde. Zwar würde die Unterlassungsbeschwerde dem vom Beschwerdeführer letztlich erstrebten Ziel besser entsprechen als die Rechtssatzbeschwerde, allerdings würde dies normalerweise dadurch ausgeglichen werden, dass diese Art der Verfassungsbeschwerde einen größeren „Erfolgswert“²²⁴ besitzt als jene; die Verpflichtung des Gesetzgebers, Regelungen mit bestimmtem Inhalt und Umfang zu erlassen, kann angesichts des auch vom Verfassungsgericht zu beachtenden Gesetzgebungsspielraums kaum im Wege der Verfassungsbeschwerde durchgesetzt werden. Hingegen wäre eine schonendere und somit auch vom Verfassungsgericht leichter zu akzeptierende Lösung, einen die angebliche Regelungslücke enthaltenen Rechtssatz anzufechten und dadurch den Gesetzgeber mittelbar zur Neuregelung des Rechtssatzes zugunsten des Beschwerdeführers zu veranlassen. Würde der Beschwerdeführer aber trotz dieser viel realistischeren Lösung ohne Not eine evident aussichtslose Unterlassungsbeschwerde erheben, und zwar vorbehaltlich der Möglichkeit, später im Wege der Rechtssatzbeschwerde dasselbe Begehren noch einmal vorzubringen, wäre dies hinsichtlich der „übermäßigen Inanspruchnahme der staatlichen Rechtsschutzeinrichtungen“²²⁵ nicht hinnehmbar.

Hält man diese Erwägungen für vertretbar, so erscheint es ebenso vertretbar, dass auch bei der Verfassungsbeschwerde gegen „unechtes Unterlassen“ das Rechtsschutzbedürfnis in den Fällen ausnahmsweise zu bejahen ist, in denen kein „institutioneller Missbrauch prozessualer Rechte“²²⁶ festzustellen ist.

Gerade in dieser Annahme war die angesprochene Entscheidung des KVerfG keine Fehlentwicklung der Rechtsdogmatik zur Unterlassungsbeschwerde. Die Entscheidung bezog sich lediglich auf die folgende besondere Sachlage:

Die betroffene Enteignung erfolgte im Jahre 1946 durch eine Besatzungsverordnung mit Gesetzeskraft, die von der damaligen amerikanischen Militärregierung erlassen wurde und deren Gültigkeit auch nach der Etablierung der koreanischen Regierung gemäß Art. 100 KV von 1948 fortbestand. Sie beinhaltete nicht nur Regelungen über die Enteignung, sondern auch zur Entschädigung. Freilich verzögerte sich die Vornahme der Enteignungsent-schädigung. Dazu trugen vermutlich viele Umstände bei, zum Beispiel die Neuformung der Verwaltungsorganisation und der Koreakrieg. Nach dem Militärputsch von 1961 wurde die Besatzungsverordnung allerdings durch ein Gesetz aufgehoben. Die Übergangsregelungen des Gesetzes bestimmten lediglich, dass die zu dieser Zeit feststehenden Entschädigungsansprüche von der Aufhebung der Besatzungsverordnung unberührt bleiben sollten. Indes gab es in dem Aufhebungsgesetz keine Regelungen, welche bezüglich der noch zu leistenden Entschädigung den Maßstab, das Verfahren oder die zuständige Behörde bestimmten. Auf der anderen Seite war die ursprüngliche Eigentümerin, die „조선 [Cho-sun] Bahn-Aktiengesellschaft“, nach der betreffenden Enteignung aufgelöst worden, so dass de-

²²⁴ Schmitt Glaeser/Horn, Verwaltungsprozeßrecht, Rn. 125.

²²⁵ Schmitt Glaeser/Horn, a.a.O., Rn. 126.

²²⁶ Schmitt Glaeser/Horn, a.a.O., Rn. 118.

ren Entschädigungsanspruch zunächst unter den damaligen Aktionären aufgeteilt und dann in der Form von Anteilsrechten an Dritte verkauft wurde. Unter den Umständen, dass nach der Aufhebung der Besatzungsverordnung das Entschädigungsverfahren wegen der fehlenden Regelungen unterbrochen worden war, hatte einer der Dritten, von dem später der Beschwerdeführer wiederum ein Anteilsrecht übernahm, Klage auf Feststellung des Vorliegens des Entschädigungsanspruchs erhoben. Dieser Klage wurde im Jahre 1973 durch das Endurteil des KOGH stattgegeben. Dennoch konnte das Entschädigungsverfahren mangels gesetzlicher Regelungen weiterhin nicht durchgeführt werden. Letzten Endes wurde diese Regelungslücke am 11. 1. 1989 im Wege der Verfassungsbeschwerde vom Beschwerdeführer gerügt. Hierzu äußerte der Verkehrsminister aber, dass der Beschwerdeführer die Beschwerdefrist versäumt habe; die Beschwerdefrist habe mit der Einrichtung des KVerfG am 19. 9. 1988 zu laufen begonnen und die Verfassungsbeschwerde hätte innerhalb 60 Tagen danach erhoben werden müssen. Denn der Beschwerdeführer habe von Anfang an gewusst, dass der Gesetzgeber absichtlich keine Regelungen über die Entschädigung getroffen hatte.

Auf die Frage, ob der Gesetzgeber durch das Aufhebungsgesetz von 1961 tatsächlich die staatliche Entschädigungspflicht wegfallen lassen wollte, musste nicht näher eingegangen werden, weil das Endurteil des KOGH von 1973 dies schon verneint hatte. Das heißt, das Aufhebungsgesetz war keinem *argumentum e contrario* mehr zugänglich. Dementsprechend ging es zweifellos um eine nachträglich entstandene Regelungslücke. Damit entfiel der Einwand des Fristablaufs, welcher vom Vorliegen einer vermeintlichen positiven Regelung für den Wegfall des Entschädigungsanspruchs ausgegangen war. Die fragliche Grundrechtsbeeinträchtigung war zudem unmittelbar der Regelungslücke zuzurechnen; eine Lückenschließung durch grundrechtskonforme Rechtsfortbildung war unmöglich. Ihr stand Art. 23 Abs. 3 KV entgegen, wonach jede Enteignungsentschädigung „aufgrund Gesetzes“ erfolgen muss.

Nun stellt sich die Frage, ob der Beschwerdeführer auf die Möglichkeit der Rechtssatzbeschwerde verwiesen werden sollte. Im Allgemeinen wäre dies auch bei fehlenden Entschädigungsregelungen der Fall. Hier wäre die Wahrung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums eine entscheidende Frage. Das heißt, dem Gesetzgeber würde in dieser Hinsicht zumindest die Wahl bleiben, auf die fragliche Enteignung endgültig zu verzichten oder die vom Beschwerdeführer angestrebten Entschädigungsregelungen zu treffen. Solche Erwägungen passten jedoch nicht auf den spezifischen Sachverhalt. In Anbetracht der langen Dauer des Zustandes der Enteignung, des Wegfalls der ursprünglichen Eigentümerin und der inzwischen größeren Zahl der an Rechtsschutz Interessierten war die Wiedereinsetzung in den Stand vor der Enteignung zum einen so fernliegend, dass eine solche Lösung sicherlich auch vom Gesetzgeber keinesfalls bevorzugt worden wäre, zum anderen stellte die Aufhebung des Aufhebungsgesetzes und damit die Wiederherstellung der alten Entschädigungsregelungen der Besatzungsverordnung ebenso wenig einen Ausweg dar.

Wegen der in den letzten vierzig Jahren stark veränderten Zeit- bzw. Wirtschaftsumstände und etwaiger Zuständigkeitsänderungen innerhalb der Verwaltungsorganisation ist eine Neuregulierung sowieso unerlässlich, damit dem Beschwerdeführer eine verfassungsmäßige „gerechte Entschädigung“ (Art. 23 Abs. 3 KV) geleistet werden kann. Somit konnte das Gebot der Beachtung des Gesetzgebungsspielraums der Aussicht auf eine erfolgreiche Unterlassungsbeschwerde nicht mehr im Weg stehen. Das KVerfG ließ daraufhin die Unterlassungsbeschwerde zu und erklärte schließlich in der Form des Feststellungsurteils (§ 75 Abs. 3 KVerfGG) die fragliche Nichtregulierung für verfassungswidrig.

Außer in dieser Entscheidung hat das Gericht in weiteren Fällen Unterlassungsbeschwerden stattgegeben, in denen der Beschwerdegegenstand allerdings nicht gesetzgeberisches Unterlassen war, sondern das administrative Unterlassen, der auf ausdrücklichen Gesetzaufträgen beruhenden Pflicht zur Verwaltungsrechtssetzung nachzukommen²²⁷; mit der Feststellungsklage auf Rechtswidrigkeit der Unterlassung ist hingegen kein Unterlassen der Verwaltungsrechtssetzung angreifbar²²⁸. Damit hat sich die Unterlassungsbeschwerde zwar nicht als funktionslos erwiesen, ihr Anwendungsbereich ist allerdings sehr gering.

d) Beschwerdebefugnis

Die Verfassungsbeschwerde ist keine Popularklage. Nur wer sich in einem seiner Grundrechte verletzt fühlt, kann im Wege der Verfassungsbeschwerde das KVerfG anrufen (§ 68 Abs. 1 KV). Um die Verfassungsbeschwerde zu erheben, muss der einzelne Grundrechtsträger also mit dem Beschwerdegegenstand in einer *rechtlichen Beziehung* stehen, indem seine eigenen Grundrechte durch die angefochtene Maßnahme betroffen sind²²⁹.

aa) Grundrechtliche Betroffenheit

Nichts anderes als ein Grundrecht kann die Beschwerdebefugnis begründen. So erwächst etwa aus den verletzten Kompetenzen eines Staatsorgans bzw. eines seiner Mitglieder mangels grundrechtlicher Betroffenheit keine Befugnis zur Verfassungs-

²²⁷ Vgl. KVerfGE 10-2, 283; 14-2, 65.

²²⁸ Vgl. KOGHEB 1992, 1874.

²²⁹ „*Rechtliche Beziehung*“ heißt hier nicht, dass der Grundrechtseingriff nur durch einen Rechtsakt erfolgen kann; ein *mittelbarer faktischer* Grundrechtseingriff wird auch vom KVerfG anerkannt. Siehe oben c) bb) (3) (b) (ii) (β). In diesem Sinne erscheint es missverständlich, wenn das Gericht dem Begriff „*rechtliche Beziehung*“ den Begriff der „*mittelbaren faktischen Beziehungen von Dritten*“ gegenüberstellt. Vgl. etwa KVerfGE 5-1, 104 (111); 10-2, 716 (725 f.).

beschwerde²³⁰. Kein Grundrecht ist auch das sog. „Recht des Staatsbürgers auf Fortbestand des prozentualen Anteils einer bestimmten politischen Partei im politischen Kräftespektrum der Nationalversammlung“, so dass es nicht zulässig ist, wegen einer Änderung der Fraktion durch die Abgeordneten Verfassungsbeschwerde zu erheben²³¹.

Freilich erschöpft sich der koreanische Grundrechtskatalog nicht in denjenigen Freiheiten bzw. Rechten, die in der Verfassung ausdrücklich genannten sind (Art. 10 Satz 2, Art. 37 Abs. 1 KV). Ebenso wenig beschränkt sich die Möglichkeit der Einlegung einer Verfassungsbeschwerde auf die aufgezählten Grundrechte (§ 68 Abs. 1 KV). Eine Enumeration der einklagbaren Grundrechte, wie sie beim Erlass des KVerfGG von der Koreanischen Rechtsanwaltskammer vorgeschlagen worden war²³², wurde im Ergebnis vom Gesetzgeber nicht akzeptiert. Was die mit der Verfassungsbeschwerde rügefähigen Grundrechte anbelangt, ist dem KVerfG ein weitreichender Auslegungsspielraum zugewiesen. Ausgenommen von einigen, oben beispielhaft angeführten Fällen, hält sich das KVerfG im Großen und Ganzen an den Grundsatz „*in dubio pro libertate*“. Insbesondere das Recht auf Glücksstreben (Art. 10 Satz 1, 2. Halbsatz KV) steht hierbei Pate; das daraus abgeleitete Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit ist „durch einen kaum eingrenzbaeren Schutzbereich gekennzeichnet“²³³. Des Weiteren ist nicht ausgeschlossen, aus einem Bündel grundrechtlicher Interessen eine Art Sammelgrundrecht zu konstruieren und dies im Verfassungsbeschwerdeverfahren geltend zu machen: Zum Beispiel wurde die Behauptung, dass das sog. „Recht auf Staatsgebiet“ verletzt sei, vom KVerfG so verstanden, dass der Beschwerdeführer alle seine grundrechtlichen Interessen an der Bewahrung der Staatsgrenze zum Ausdruck bringt²³⁴.

bb) Eigene Betroffenheit

Es müssen *eigene* Grundrechte des Beschwerdeführers betroffen sein, damit er beschwerdebefugt ist. Die prozessuale Geltendmachung fremder Grundrechte im eigenen Namen ist nicht statthaft; dem steht der Gedanke der Unveräußerlichkeit der Grundrechte entgegen. Des Weiteren ist die ernsthafteste Prozessführung in aller Regel von dem selbst Betroffenen zu erwarten. Folglich ist etwa die Beschwerdebe-

²³⁰ Vgl. KVerfGE 7-1, 238 (242); 7-2, 343 (352); 12-2, 258 (262 f.).

²³¹ Vgl. KVerfGE 10-2, 600 (606 f.); kritisch 허영 [Huh, Young], 헌법소송법론 [Verfassungsprozessrecht], S. 377; auch 박경철 [Park, Gyung-chul], in: 토지공법연구 [Public Land Law Review] 37-2 (Aug. 2007), 359 (376 f.), der hierbei eine Verletzung eines vom Wahlrecht abgeleiteten negatorischen subjektiven Rechts fallabhängig bejaht.

²³² Siehe oben B. II. 2. d) cc).

²³³ Calliess, HGR II, § 44 Rn. 14.

²³⁴ Vgl. KVerfGE 13-1, 676 (695).

fugnis einer Personenvereinigung nicht anzuerkennen, wenn sie nur die Grundrechte ihrer Mitglieder geltend machen will²³⁵.

Die Selbstbetroffenheit liegt vor, wenn der Beschwerdeführer Adressat des angefochtenen Aktes ist. Dann steht normalerweise außer Frage, dass es um seine eigenen Grundrechte geht. Allerdings ist damit nicht gesagt, dass die eigene Betroffenheit nur für den Adressaten anerkannt werden sollte. Auch ein Nichtadressat kann insoweit als selbstbetroffen anerkannt werden, als er die Verletzung seiner grundrechtlichen Interessen, welche der angefochtenen Maßnahme zuzurechnen ist, substantiiert behauptet²³⁶. Dabei reicht aus, dass die Möglichkeit der Grundrechtsverletzung nach dem Sachvortrag des Beschwerdeführers nicht von vornherein ausgeschlossen ist²³⁷. Freilich würde die Verfolgung endloser Kausalketten letzten Endes zu einer „Jedermannsbetroffenheit“ führen. In dieser Hinsicht ist das KVerfG der Auffassung, dass bei der Beurteilung der Zurechenbarkeit und somit bei der Feststellung der Selbstbetroffenheit von Dritten u.a. die folgenden Faktoren berücksichtigt werden müssen: der Gesetzeszweck, der materielle Regelungsgegenstand, das Ausmaß bzw. die Intensität der Auswirkungen des angefochtenen Aktes auf Dritte und die Wahrscheinlichkeit der Einlegung der Verfassungsbeschwerde durch den unmittelbaren Adressaten²³⁸. Bei alledem wird die Drittbetroffenheit in der Praxis sehr kasuistisch festgestellt²³⁹. Wegen des Ausschlusses der Urteilsverfassungsbeschwerde kann das KVerfG allerdings von Fachgerichten nicht erwarten, hier eine Filterfunktion wahrzunehmen, wie sie in Deutschland anhand der (insbesondere durch die Schutznormtheorie) dogmatisch gefestigten Handhabung des Begriffs

²³⁵ Vgl. KVerfGE 3, 289 (297); 7-2, 112 (119); 14-2, 233 (238); 14-2, 554 (560 f.).

²³⁶ Zur Selbstbetroffenheit von Nichtadressaten bei Begünstigungsmaßnahmen vgl. etwa KVerfGE 6-1, 653 (664); 13-2, 750 (756); 14-2, 890 (896); 15-1, 765 (770). Zur Selbstbetroffenheit von Nichtadressaten bei Belastungsmaßnahmen vgl. etwa KVerfGE 3, 91 (98 f.): Durch die gesetzliche Regelung, wonach Kandidaten für Stadtparlamentswahlen zur Registrierung einen bestimmten Geldbetrag beim Wahlaufsichtsausschuss hinterlegen müssen, sind nicht nur Kandidaten selbst betroffen, sondern auch politische Parteien, soweit ihr Wahlvorschlagsrecht dadurch tatsächlich beeinträchtigt wird.

²³⁷ Vgl. KVerfGE 6-2, 395 (407); 13-2, 714 (724).

²³⁸ Vgl. KVerfGE 9-2, 410 (416 f.); 15-1, 568 (575). Demgemäß können zum Beispiel diejenigen, die der Krankenkasse beigetreten sind, gegebenenfalls selbst gegen ein Gesetz über die Reform der Krankenkasse Verfassungsbeschwerde erheben, zumal der unmittelbare Adressat, also die Krankenkasse, als juristische Person des öffentlichen Rechts hier nicht beschwerdefähig ist. Vgl. KVerfGE 12-1, 913 (934). Hingegen sind die Angestellten eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens oder die Verbraucher durch ein Gesetz, das die Teilveräußerung des Unternehmens erleichtert, nicht als selbstbetroffen anzuerkennen, weil die Verwirklichung der Teilveräußerung und ihre Auswirkungen auf die Stellung der Angestellten bzw. der Verbraucher von anderen Faktoren, wie privatrechtliche Verhandlungen zwischen den Vertragsparteien, abhängiger ist als von dem Gesetz. Vgl. KVerfGE 14-1, 671 (674 ff.).

²³⁹ Zu den die Drittbetroffenheit bejahenden Entscheidungen vgl. KVerfGE 5-2, 87 (106); 8-1, 465 (470); 12-1, 686 (705); 13-2, 238 (243); 15-1, 568 (575); 15-2 (II), 581 (591 f.); 17-1, 996 (1005 f.); zu den die Drittbetroffenheit verneinenden Entscheidungen vgl. KVerfGE 9-2, 410 (417); 14-2, 554 (561 f.); 15-1, 765 (770 f.); 15-2 (II), 84 (91 f.); 16-1, 562 (566 f.); 18-2, 393 (401 f.).

„subjektives öffentliches Recht“ durch Verwaltungsgerichte im erheblichen Maße ausgeübt wird.

cc) Gegenwärtiges Betroffensein

Der Gesetzeswortlaut „verletzt ist“ im § 68 Abs. 1 KVerfGG deutet darauf hin, dass der Beschwerdeführer bei der Einlegung der Verfassungsbeschwerde schon durch die angegriffene Maßnahme betroffen sein muss, damit seine Beschwerdebefugnis angenommen werden kann. Eine bloß virtuelle Betroffenheit reicht im Prinzip nicht aus²⁴⁰.

Das Postulat des gegenwärtigen Betroffenseins hat allerdings mittlerweile im Hinblick auf die Effektivität des Grundrechtsschutzes eine erhebliche Relativierung erfahren. Nach der ständigen Rechtsprechung des KVerfG kann die angebliche Betroffenheit auch dann als gegenwärtig angesehen werden, wenn ein Eingriff in die Grundrechte des Beschwerdeführers zwar noch nicht erfolgt, aber bereits abzusehen ist, und er später nicht mehr rechtzeitig abgewehrt werden kann²⁴¹. Insofern ergibt sich eine Vorverlagerung des Rechtsschutzes. Zu beachten ist, dass dies nicht zur Vorverlegung des Fristbeginns führt; die Beschwerdefrist beginnt mit der aktuellen Grundrechtsbeeinträchtigung zu laufen. Diese liegt aber auch dann vor, wenn zum Beispiel ein in Kraft getretenes Gesetz zwar erst in Zukunft Rechtswirkung entfalten wird, es die Veränderung der Rechtsposition des Beschwerdeführers aber schon vorher abschließend festsetzt²⁴².

dd) Das Unmittelbarkeitskriterium

Von den Kriterien der sog. „Betroffenheits-Trias“²⁴³ ist die „Unmittelbarkeit der Betroffenheit“ wahrscheinlich am brisantesten. Über deren Konzeption bzw. rechtsdogmatische Zuordnung sind die Meinungen in Deutschland divergent. Im Gegen-

²⁴⁰ Vgl. KVerfGE 1, 128 (130); 9-2, 72 (77).

²⁴¹ Vgl. KVerfGE 8-2, 167 (175); 10-2, 586 (595); 11-1, 675 (693 ff.); 11-2, 770 (780 f.); 12-1, 913 (935); 13-1, 386 (398); 16-1, 422 (431).

²⁴² Demnach kann etwa ein Gesetz über die Herabsetzung der Altersgrenze bereits mit dem Inkrafttreten für dessen Normadressaten einen aktuellen Grundrechtseingriff darstellen, wenn diese die Altersgrenze erst in Zukunft erreichen. Hierbei beginnt die Beschwerdefrist schon mit dem Inkrafttreten des Gesetzes zu laufen. Vgl. KVerfGE 14-1, 72 (76); ähnlich 8-1, 241 (251 f.). Hingegen lässt sich für den Fall, dass eine gesetzliche Auswahlrichtlinie für die Besetzung einer Beamtenstelle zwar gewissermaßen Dritte begünstigt, die Auswahlmöglichkeit des Beschwerdeführers jedoch dadurch nicht völlig ausgeschlossen ist, noch kein aktueller Grundrechtseingriff feststellen, sondern nur die hinsichtlich des effektiven Rechtsschutzes als gegenwärtig anzusehende Betroffenheit. Hier beginnt die Beschwerdefrist bis zum letztendlichen Auswahlbeschluss nicht zu laufen. Vgl. KVerfGE 11-2, 770 (780); 13-1, 386 (398); 13-2, 750 (757).

²⁴³ *Spranger*, AöR 127 (2002), 27 (50).

satz dazu führt das Unmittelbarkeitskriterium in Korea zu keinen heftigen Auseinandersetzungen. Dies ist bemerkenswert, wenn man daran denkt, dass die Umsetzung der Betroffenheits-Trias in die koreanische Praxis im Großen und Ganzen unter Anlehnung an die deutsche Rechtsdogmatik erfolgt ist. Freilich ist darauf hinzuweisen, dass die funktionelle Reichweite des Kriteriums in Korea, anders als in Deutschland, sehr eng begrenzt ist. Dieser Umstand stellt die Weichen für die verschiedenen Entwicklungen der deutschen und der koreanischen Verfassungsbeschwerde. Wie ist das Kriterium der Unmittelbarkeit aber zu bewerten? Warum entstand ein derartiger Unterschied zwischen Deutschland und Korea? Zur Beantwortung dieser Fragen erscheint eine rechtsvergleichende Betrachtung unerlässlich.

(1) Die originäre Funktion in Deutschland

(a) Die Praxis des BVerfG

Das Erfordernis der unmittelbaren Betroffenheit ist hauptsächlich auf Rechtssatzverfassungsbeschwerden gerichtet²⁴⁴. Nach der Rechtsprechung des BVerfG sollte auch bei der Anerkennung eines gegenwärtigen Selbstbetroffenseins weiterhin geprüft werden, ob der Beschwerdeführer *unmittelbar* durch ein angefochtenes Gesetz betroffen ist. „Setzt das Gesetz nämlich zu seiner Durchführung rechtsnotwendig oder auch nur nach der tatsächlichen Verwaltungspraxis einen besonderen, vom Willen der vollziehenden Gewalt beeinflussten Vollziehungsakt voraus [...], so kann sich die Verfassungsbeschwerde nur gegen diesen Vollziehungsakt als den unmittelbaren Eingriff in die Rechte des Einzelnen richten“²⁴⁵. Dabei ist gleichgültig, ob das Gesetz den Vollziehungsakt in das Ermessen der vollziehenden Gewalt stellt oder nicht²⁴⁶.

Die Bevorzugung konkreter Einzelakte als Beschwerdegegenstände gegenüber abstrakten Rechtsnormen, welche schon im Erfordernis der unmittelbaren Betroffenheit teilweise zum Ausdruck kommt, geht freilich in der Praxis des BVerfG über vollzugsbedürftige Konstellationen hinaus. Auch wenn eine Rechtsnorm unmittelbar in die Grundrechte des Beschwerdeführers eingreifen könnte, sollte sich die Verfassungsbeschwerde nach der Rechtsprechung trotzdem nicht direkt gegen die Rechtsnorm richten, soweit es für den Beschwerdeführer zumutbar ist, stattdessen einen etwaigen die Rechtsnorm anwendenden Einzelakt anzugreifen²⁴⁷. Hier ist von der

²⁴⁴ Bei Urteilsverfassungsbeschwerden bedarf die Betroffenheits-Trias in der Regel keiner näheren Prüfung. Vgl. BVerfGE 53, 30 (48).

²⁴⁵ BVerfGE 1, 97 (102 f.).

²⁴⁶ Vgl. BVerfGE 58, 81 (104 f.); 72, 39 (43 f.).

²⁴⁷ Vgl. BVerfGE 69, 122 (125 f.); 74, 69 (74 ff.); 97, 157 (166 ff.).

„Subsidiarität der Rechtssatzverfassungsbeschwerde“²⁴⁸ die Rede.

Mit alledem vermeidet das Gericht, Rechtsnormen ohne Not „unter Loslösung von ihrer konkreten Anwendung“²⁴⁹ zu überprüfen. Dies hat den Vorteil, dass der Rechtsbehelfsmechanismus des § 90 Abs. 2 BVerfGG, den der Gesetzgeber zur Aufgabenverteilung zwischen dem BVerfG und den Fachgerichten vorgesehen hat, in Gang gesetzt werden kann. Dann kann dem Verfassungsgericht „ein regelmäßig in mehreren Instanzen geprüftes Tatsachenmaterial unterbreitet und die Fallanschauung der Gerichte, insbesondere der obersten Bundesgerichte, vermittelt werden“²⁵⁰. Dadurch ist wiederum gewährleistet, dass das BVerfG „nicht auf ungesicherter Tatsachen- und Rechtsgrundlage weitreichende Entscheidungen trifft“²⁵¹. Eine solche Lenkung auf den prioritären fachgerichtlichen Grundrechtsschutz lässt sich gegenüber dem Beschwerdeführer normalerweise damit rechtfertigen, dass ihm die Urteilsverfassungsbeschwerde unbenommen bleibt, mit der erforderlichenfalls auch die fragliche Rechtsnorm selbst beanstandet werden kann²⁵². Die Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen Rechtsnormen kann also in Deutschland nur in den Ausnahmefällen zugelassen werden, in denen der Verweis auf die Einklagbarkeit gegen Einzelakte nicht zielführend oder für den Beschwerdeführer unzumutbar ist.

(b) Die Problematik der rechtsdogmatischen Zuordnung

Diese Praxis entspricht im Großen und Ganzen der Auffassung des Gesetzgebers. Schon in der Sitzung des Rechtsausschusses des Bundestages vom 5. Januar 1951 wurde die „unmittelbare Betroffenheit“ bei der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze für erforderlich gehalten. Auch hier zeigte sich die Tendenz, die Möglichkeit der Einlegung einer Rechtssatzverfassungsbeschwerde nur eingeschränkt anzuerkennen:

- Zum Beispiel war *Geiger* der Meinung, dass „grundsätzlich beachtet werden [müsse], daß die Verfassungsbeschwerde sich [...], wenn auch selten, auch unmittelbar gegen ein Gesetz richte, dann nämlich, wenn unmittelbar ein Grundrecht verletzt worden sei“²⁵³. Und „nur in den Fällen des Abs. 2, falls also ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstände, könne der Betroffene unmittelbar die Verfassungsbeschwerde gegen die Norm selbst erheben“²⁵⁴.

²⁴⁸ Vgl. BVerfGE 71, 305 (336).

²⁴⁹ Vgl. BVerfGE 60, 360 (370).

²⁵⁰ Vgl. BVerfGE 72, 39 (43).

²⁵¹ Vgl. BVerfGE 97, 157 (165).

²⁵² Vgl. BVerfGE 1, 97 (103).

²⁵³ Prot. 82. Sitzung, ParlA III, S. 19.

²⁵⁴ Prot. 82. Sitzung, ParlA III, S. 32 f.

- Auch *Roemer* hat hervorgehoben, „daß eine Verfassungsbeschwerde gegen das Gesetz unmittelbar nur dann eingelegt werden könne, wenn jemand durch das Gesetz unmittelbar betroffen werde“²⁵⁵.

- *Arndt* hat erklärt: „In der Sache sei man sich einig, daß sowohl gerichtliche Urteile als auch Gesetzgebungsakte anfechtbar seien. Auch beim Gesetzgebungsakt sei es nach § 90 die Regel, daß erst die Ausführung des Aktes abzuwarten sei. Ein Beschwerdeführer müsse also zunächst einmal im Wege des Zivilprozesses sein Eigentum gegen den durch die Ent-eignung Begünstigten feststellen lassen, müsse abwarten, welcher Bescheid ihm von der zuständigen Verwaltungsbehörde zugestellt werde, und dann könne er diesen Bescheid anfechten. In den Fällen, in denen ein Gesetz erst durch die Ausführung das Grundrecht be-einträchtigt, sei es selbstverständlich, daß der Ausführungsakt im Rechtswege durchge-führt werde. Gesetze, die nicht ausgeführt werden müßten, gebe es nicht. In der Regel werde der Verfassungsgerichtshof sagen, daß es sich um einen Fall von allgemeiner Be-deutung handeln müsse, wenn es um eine Entscheidung über Gültigkeit und Ungültigkeit eines Gesetzes gehe“²⁵⁶.

Problematisch ist allerdings, wie sich derartige Konzeptionen rechtsdogmatisch konstruieren lassen. Hierzu gibt sowohl der Gesetzgeber als auch das BVerfG keine abschließende Stellungnahme ab. Im Schrifttum wird die „unmittelbare Betroffenheit“ zumeist im Rahmen der Beschwerdebefugnis oder Betroffenheit behandelt²⁵⁷. Allerdings wird die Richtigkeit einer solchen Zuordnung vielfach bezweifelt. Teilweise wird das Unmittelbarkeitserfordernis bloß als ein „Unterfall der Forderung nach Gegenwärtigkeit des Betroffenseins“²⁵⁸ angesehen. Soweit die gegenwärtige Selbstbetroffenheit und die Unmittelbarkeit der Betroffenheit inkongruent sind, wird teilweise behauptet, dass das Unmittelbarkeitserfordernis aus den Kriterien der Be-schwerdebefugnis herauszulösen sei²⁵⁹; hier habe das Erfordernis nichts mehr mit der subjektiven Relevanz von Normen zu tun²⁶⁰. Da auch das BVerfG die Möglich-keit der Grundrechtsverletzung durch vollzugsfähige Rechtsnormen keineswegs grundsätzlich ausschließe, fehle es auch nicht an der Antragsbefugnis, wenn der

²⁵⁵ Prot. 82. Sitzung, ParlA III, S. 30.

²⁵⁶ Prot. 82. Sitzung, ParlA III, S. 33 f.

²⁵⁷ Vgl. etwa *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 238 ff.; *Benda/Klein*, Verfassungs-prozeßrecht, Rn. 563 ff.; *Bethge*, in: *Maunz u.a.*, BVerfGG (Stand: Feb. 2007), § 90 Rn. 371 ff.

²⁵⁸ *Bettermann*, AöR 86 (1961), 129 (132); kritisch *Gusy*, Die Verfassungsbeschwerde, Rn. 120.

²⁵⁹ *Van del Hövel*, Zulässigkeits- und Zulassungsprobleme der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze, S. 144 ff., der das Unmittelbarkeitserfordernis wegen des Vorliegens eines alternativen Kriteriums wie des Subsidiaritätsprinzips als entbehrlich ansieht; ähnlich *Schenke*, NJW 1986, 1451 (1460 f.); *정태호 [Chung, Tae-ho]*, Bedeutung des § 90 BVerfGG für die Zulässigkeit der Verfassungsbe-schwerde unmittelbar gegen Gesetze, S. 286 ff.; *Warmke*, Die Subsidiarität der Verfassungsbe-schwerde, S. 108 f.; *Henning*, Die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Rechtssatz-Verfassungsbeschwerde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 190, der hingegen ver-ficht, dass die Zulässigkeitsprüfung ausschließlich über die Kriterien der Selbstbetroffenheit und der Gegenwärtigkeit erfolgen solle.

²⁶⁰ *Schenke*, a.a.O., 1453.

„unmittelbare“ Eingriff zu verneinen sei²⁶¹.

Der substantielle Grund, warum die Zulässigkeit der Rechtssatzverfassungsbeschwerde im Prinzip stark eingeschränkt werden sollte, wird bisweilen ohne Bezugnahme auf fehlende Beschwerdebefugnis diskutiert. Als Restriktionsargumente dienen vor allem das Rechtsschutzbedürfnis²⁶², die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde²⁶³ und das Gebot der Rechtswegerschöpfung²⁶⁴. Trotz der verschiedenen Ansätze ist die Fragestellung dieselbe. Es handelt sich um die „Frage der Zumutbarkeit der vorherigen Durchführung eines fachgerichtlichen Verfahrens“²⁶⁵. Diese Frage verknüpft sich sodann mit rechtspolitischen Erwägungen wie denjenigen der Entlastung des BVerfG oder der Nutzbarmachung der fachgerichtlichen Rechtswege. Allerdings erscheinen diese Argumentationsfiguren rechtsdogmatisch unglücklich:

- Hinsichtlich des Rechtsschutzbedürfnisses wird eingewandt, dass ihm eine „Überdehnung“ bzw. „Deformation“ drohe, wenn es zur Einschränkung der Zulässigkeit der Rechtssatzverfassungsbeschwerde herangezogen wird²⁶⁶; in der Rechtsprechung des BVerfG findet vielmehr die gegenteilige Funktion des Rechtsschutzbedürfnisses, durch welche dem Subsidiaritätsprinzip entnommene Zulässigkeitsbedenken beiseitegeschoben würden²⁶⁷.

- Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde wird hingegen hinsichtlich ihrer Rechtsgrundlage angezweifelt²⁶⁸. Bei ihr handle es sich um ein vom BVerfG „selbstgeschaffenes Instrument“²⁶⁹. Sie begünstige „den völligen Ausschluß der letztlich vom Gesetz (§ 93 Abs. 3 BVerfGG) prinzipiell für zulässig erachteten Rechtssatzverfassungsbeschwerde“ und sei „ein beliebig handhabbares, also letztlich manipulierbares Steuerungsprogramm“.²⁷⁰ Diese Handhabung müsse als „verfassungswidrig“ gewertet werden²⁷¹.

- Gegen die Auffassung, dass § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG auch auf die Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze anzuwenden sei, wird schließlich eingewandt, dass es hinsichtlich des Gebots eines effektiven Grundrechtsschutzes misslich sei, dass der Beschwerdeführer in ein Verfahren vor den Fachgerichten getrieben werde, allein um die Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG zu erreichen²⁷². Auch wenn der Beschwerdeführer auf den fachge-

²⁶¹ Gusy, a.a.O., Rn. 119.

²⁶² Bettermann, a.a.O., 139 ff.; Zacher, in: FG 25 Jahre BVerfG, S. 396 (409); Gusy, a.a.O., Rn. 119.

²⁶³ Vgl. van del Hövel, a.a.O., S. 144 ff.; Sperlich, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, § 90 Rn. 131.

²⁶⁴ Schenke, a.a.O., 1456 ff.; 정태호 [Chung, Tae-ho], a.a.O., S. 264 ff.; Warmke, a.a.O., S. 164 ff.; Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, Rn. 706.

²⁶⁵ Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, Rn. 204; Bettermann, a.a.O., 147.

²⁶⁶ Schenke, a.a.O., 1461.

²⁶⁷ E. Klein, in: FS für Zeidler, Bd. 2, 1987, S. 1305 (1320).

²⁶⁸ E. Klein, a.a.O., S. 1318; Schlaich/Koriath, a.a.O., Rn. 244; Spranger, a.a.O., S. 60 f.; Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, § 12 Rn. 12; Benda/Klein, a.a.O., Rn. 544.

²⁶⁹ Schlaich/Koriath, a.a.O., Rn. 240; E. Klein, a.a.O., S. 1323.

²⁷⁰ Bethge, in: Maunz u.a., BVerfGG (Stand: Feb. 2007), § 90 Rn. 412.

²⁷¹ Posser, Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, S. 444; Spranger, a.a.O., S. 60.

²⁷² Schlaich/Koriath, a.a.O., Rn. 255.

richtlichen Rechtsweg verwiesen werden sollte, lasse sich damit „kein Vorrang des konkreten Normenkontroll- vor dem Verfassungsbeschwerdeverfahren“ begründen²⁷³. Jedenfalls erscheint es fraglich, inwieweit Verfassungsbeschwerden gegen formelle Gesetze direkt unter § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG subsumiert werden können; nach der Formulierung dieser Vorschrift („Ist gegen die Verletzung der Rechtsweg *zulässig* ...“) müsse der fachgerichtliche Rechtsweg bereits zulässig sein, damit von dem Beschwerdeführer verlangt werden kann, ihn zu erschöpfen. Dies sei aber nicht der Fall bei den Konstellationen, in denen ein Vollzugsakt noch nicht erfolgte und auch zukünftig erst zu erwirken ist²⁷⁴.

(c) Eigene Meinung

Sowohl beim Unmittelbarkeitserfordernis als auch beim Prinzip der Subsidiarität der Rechtssatzverfassungsbeschwerde handelt es sich meines Erachtens um Fragen der Beschwerdebefugnis; würde die Verfassungsbeschwerde gegen Rechtsnormen zugelassen, wäre der Beschwerdeführer möglicherweise *exzessiv* beschwerdebefugt. Eine Rechtsnorm betrifft normalerweise nicht nur den Beschwerdeführer, sondern auch andere, es sei denn, dass die Rechtsnorm als Maßnahmenorm zu qualifizieren ist. Da die Sach- bzw. Interessenlage je nach Individuum unterschiedlich sein kann, ist sehr fragwürdig, wenn allein dem Beschwerdeführer das gesamte Schicksal eines Bündels der individualisierbaren Regelungen, welche der betreffenden Rechtsnorm innewohnen, zur Disposition steht. „Grundsätzlich hat der Betroffene bei normativen Rechtsverletzungen vielmehr nur einen Anspruch auf Beseitigung der sich aus einer Norm für ihn ergebenden, von den Auswirkungen der Norm auf andere isolierbaren, individuellen Beeinträchtigungen“²⁷⁵. Also ist der Beschwerdeführer insoweit zur Verfassungsbeschwerde nicht befugt, als die Rechtsnorm auf andere Personen gerichtet ist.

Problematisch ist aber, dass derjenige Regelungsteil, welcher sich allein auf den Beschwerdeführer richtet, nur schwer aus dem Normtext herauszulösen ist. Dies ist erst möglich, wenn die Rechtsnorm auf den Beschwerdeführer angewendet wird. Eine solche Individualisierung der Rechtsnorm ist freilich grundsätzlich nicht die Aufgabe des BVerfG. Wenn das Gericht wirklich die Anwendbarkeit der Rechtsnorm auf den Beschwerdeführer als Vorfrage der Rechtssatzverfassungsbeschwerde feststellen wollte, würden damit die Kompetenzen der vollziehenden Gewalt bzw. der Fachgerichte tangiert. Aus alledem ergibt sich bereits das Gebot, dass der Beschwerdeführer mit der Verfassungsbeschwerde tunlichst den Rechtsanwendungsakt als individualisierten Normgehalt angreifen sollte. Ob hiergegen der Rechtsweg

²⁷³ E. Klein, a.a.O., S. 1314 f.

²⁷⁴ Vgl. Posser, a.a.O., S. 457.

²⁷⁵ Schenke, a.a.O., S. 1456 f.

erschöpft werden sollte, ist eine weitere Frage. Diese Frage hat der Gesetzgeber in § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG geregelt und insofern eine rechtspolitische Entscheidung getroffen.

Die Annahme der grundsätzlichen Nachrangigkeit der Rechtsnormen als Beschwerdegegenstände ist nicht unvereinbar mit § 93 Abs. 3 u. 4, § 95 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG. Wie bereits erläutert, war der Gesetzgeber selbst bei der Anerkennung der Zulässigkeit der Rechtssatzverfassungsbeschwerde sehr zurückhaltend. Auch die Festsetzung der Jahresfrist im § 93 Abs. 3 BVerfGG beweist das. Die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze wurde also lediglich für Ausnahmefälle eröffnet, in denen auch der Gesetzgeber die extensive Auslegung des § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG vorsah²⁷⁶.

(2) Die Lockerung des Unmittelbarkeitskriteriums in Korea

(a) Die Praxis des KVerfG

Verglichen mit dem deutschen Unmittelbarkeitskriterium hat das Unmittelbarkeitskriterium in der koreanischen Judikatur eine abgeschwächte Funktion. Nach dem geläufigen Grundverständnis in Korea geht es hier in erster Linie um die Frage, *wann bzw. aus welchem Anlass* die Grundrechtsbeeinträchtigung auftritt: Falls eine Rechtsnorm ohne Zwischenschaltung eines anderen Hoheitsaktes schon eine Freiheitsbeschränkung, Pflichtauferlegung oder Rechtsentziehung herbeiführt, könne der Beschwerdeführer *unmittelbar* von der Rechtsnorm betroffen werden. Hingegen fehle es bei einer Rechtsnorm dann an der unmittelbaren Betroffenheit, wenn die Grundrechte des Beschwerdeführers erst durch deren Vollzug berührt werden²⁷⁷. Insofern überschneidet sich das Unmittelbarkeitserfordernis weitgehend mit dem Erfordernis des gegenwärtigen Betroffenseins. Die Möglichkeit, dass Grundrechte auch von einer *vollzugsbedürftigen* Rechtsnorm *unmittelbar* betroffen werden, wird in der koreanischen Praxis relativ großzügig angenommen. Wenn anerkannt wird, dass eine Rechtsnorm selbst in die Grundrechte des Beschwerdeführers eingegriffen hat, spielt es bezüglich der Zulässigkeit der Rechtssatzverfassungsbeschwerde keine Rolle mehr, ob die Rechtsnorm noch einen Vollzugsakt vorsieht oder nicht. Hier wird der Vollzugsakt sogar schlicht als faktische Vollziehung desjenigen Grundrechtseingriffs angesehen, welcher bereits normativ abschließend vollzogen worden ist²⁷⁸. Dies ist häufig dann der Fall, wenn der vollziehenden Gewalt kein Entschei-

²⁷⁶ Siehe oben (b).

²⁷⁷ Vgl. KVerfGE 3, 585 (589 f.); 4, 813 (824); 14-2, 890 (896 f.).

²⁷⁸ Vgl. KVerfGE 9-1, 543 (551); 16-2 (II), 195 (202 f.).

dungsspielraum eingeräumt ist²⁷⁹. Auch wenn die konkreten Grundrechtsbeeinträchtigungen scheinbar nicht auf der angefochtenen Rechtsnorm, sondern auf der Ermessensausübung der Verwaltung beruhen, fragt das KVerfG mit Rücksicht auf die Verwaltungspraxis weiterhin danach, ob es sich hier wirklich um eine Ermessensfrage handelt. Ist ein Ermessen aus tatsächlichen Gründen nicht gegeben, erkennt das Gericht auch bei einer derartigen Rechtsnorm die unmittelbare Betroffenheit an²⁸⁰. Eine über das Unmittelbarkeitserfordernis hinausgehende Einschränkung der Zulässigkeit der Rechtssatzverfassungsbeschwerde, wie sie in Deutschland durch den sog. „Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde“ erfolgt, ist in Korea noch unbekannt. Die Entbehrlichkeit von staatlichen Vollzugsakten deutet fast immer auf die unmittelbare Betroffenheit hin²⁸¹. Daran ändert nichts, dass die Grundrechtsbeeinträchtigung durch die angefochtene Rechtsnorm erst von einem *privaten Dritten* vermittelt wird²⁸².

Bei der Beurteilung der Unmittelbarkeit der Betroffenheit berücksichtigt das KVerfG andererseits, ob dem Beschwerdeführer zugemutet werden kann, anstatt der Rechtsnorm den Vollzugsakt zu rügen. Die Zumutbarkeit wird verneint, wenn das Abwarten bzw. die Veranlassung eines solchen Vollzugsaktes unvermeidlich dazu führen würde, dass dem Beschwerdeführer eine Sanktionsmaßnahme droht. In diesem Fall wird ungeachtet des Ermessensspielraums der Verwaltung angenommen, dass der Beschwerdeführer von der angefochtenen Rechtsnorm unmittelbar betroffen ist²⁸³. Es kann ebenfalls zur Anerkennung einer derartigen Unmittelbarkeit kommen, „wenn gegen den Vollzugsakt kein Rechtsweg eröffnet ist oder wenn die Verweisung auf einen etwaigen Rechtsweg lediglich zur Folge hat, ein überflüssiges Umwegsverfahren zu erzwingen“²⁸⁴.

²⁷⁹ Vgl. KVerfGE 7-1, 245 (254 f.); 9-2, 94 (104); 16-2 (I), 334 (343 f.); 17-2, 767 (771).

²⁸⁰ Vgl. KVerfGE 16-2 (II), 548 (556); 17-1, 754 (761 f.); 18-1 (I), 586 (592 f.).

²⁸¹ Vgl. KVerfGE 16-1, 422 (431); 16-2 (II), 515 (529 f.); 18-1 (I), 320 (328).

²⁸² Vgl. KVerfGE 8-1, 465 (470 f.); 11-2, 593 (605 f.).

²⁸³ Vgl. KVerfGE 8-1, 147 (154); 10-1, 302 (312); 10-2, 621 (628); 14-2, 84 (95 f.).

²⁸⁴ Vgl. KVerfGE 4, 194 (202): In diesem Fall ging es um die ungleiche Befristung der Haft vor der öffentlichen Klage. In Korea ist die Haft vor der öffentlichen Klage gesetzlich auf 10 Tage befristet und kann auf Antrag durch Entscheidungen des Ermittlungsrichters maximal um 20 Tage verlängert werden (§§ 202, 203, 205 Abs. 1 KStPO). Diese Regelungen galten jedoch nicht für Delikte nach dem sog. „Staatssicherheitsgesetz“, so dass die Haft vor der öffentlichen Klage hier durch Verlängerungsentscheidungen des Ermittlungsrichters bis zu 50 Tage dauern konnte (§ 19 Staatssicherheitsgesetz). Problematisch ist allerdings, dass Entscheidungen des Ermittlungsrichters über die Verlängerung der Haft nicht anfechtbar sind. Als alternative Lösung schied der Antrag auf Haftprüfung hingegen deshalb aus, weil die Verfassungswidrigkeit allein in der gesetzlichen Regelung bestand, so dass diese ohnehin letzten Endes dem KVerfG vorgelegt werden musste. In Anbetracht der relativ kurzfristigen Haftdauer stellte das Haftprüfungsverfahren nichts anders als einen unzumutbaren Umweg zur Normenkontrolle dar. Darum hat das KVerfG die Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen § 19 des Staatssicherheitsgesetzes zugelassen. Zu weiteren Beispielen vgl. auch KVerfGE 7-2, 876 (883); 14-1, 351 (360 f.); 14-1, 616 (626); 15-2 (II), 106 (129 f.).

Schließlich kann die unmittelbare Betroffenheit trotz der Vollzugsfähigkeit der angefochtenen Rechtsnorm damit begründet werden, dass die Ermächtigung der Verwaltungsbehörde als solche formell oder materiell so fehlerhaft ist, dass die Grundrechte des Beschwerdeführers unabhängig von einzelnen Vollzugsakten als beeinträchtigt anzusehen sind²⁸⁵. In einem solchen Fall könnte die Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer derartigen ermächtigenden Rechtsnorm wohl regelmäßig über den individuellen Rechtsschutz hinaus auch allgemeine Bedeutung erlangen. In diesem Zusammenhang lässt sich die folgende Entscheidung verstehen, welche ehemals eine scharfe Kontroverse ausgelöst hat:

Nach einer gesetzlichen Regelung war die Befähigung zum justiziellen Schreiber²⁸⁶ demjenigen zu erteilen, der mehrere Jahre als Leiter oder stellvertretender Leiter einer Geschäftsstelle bei Gerichten oder der Staatsanwaltschaft gedient oder das Examen für justizielle Schreiber bestanden hatte. Die präzisen Regelungen über das Examen hat das Gesetz aber einer Rechtsverordnung des KOGH überlassen²⁸⁷. § 3 Abs. 1 der Rechtsverordnung stellte es wiederum in das Ermessen des „Leiters der Verwaltungsstelle beim KOGH“, ob das Examen je nach Bedarf überhaupt stattfinden sollte oder nicht. Aufgrund dieser Vorschrift fand das Examen im Ergebnis fast 20 Jahre lang nicht statt, während zwischenzeitlich der Bedarf an justiziellen Schreibern ausschließlich aus Personen, welche bei Gerichten bzw. der Staatsanwaltschaft gearbeitet hatten, gedeckt wurde. Mit der Verfassungsbeschwerde gegen § 3 Abs. 1 der Rechtsverordnung beanstandete der Beschwerdeführer, der das Examen machen wollte, eine Verletzung der Chancengleichheit. Daraufhin behauptete der Leiter der Verwaltungsstelle beim KOGH, dass die Verfassungsbeschwerde unzulässig sei, weil der unmittelbar einschlägige Hoheitsakt seine Unterlassung gewesen sei, die vor den Fachgerichten hätte angegriffen werden müssen. Diese Zulässigkeitsrüge wurde vom KVerfG nicht akzeptiert. Denn bei der Verfassungsbeschwerde gehe es nicht um ein einzelnes Unterlassen, sondern um die Einräumung des Ermessens. Die in Frage stehende Ermächtigung überschreite freilich den Gesetzesauftrag; zu regeln sei nur das Wie, nicht aber das Ob. Der Verfassungsbeschwerde wurde somit stattgegeben.²⁸⁸

²⁸⁵ Vgl. KVerfGE 13-1, 962 (970).

²⁸⁶ Unter einem justiziellen Schreiber versteht man in Korea denjenigen, der sich im Auftrag einer anderen Person gegen Honorar mit folgenden Angelegenheiten beschäftigt (§ 2 des Gesetzes über justizielle Schreiber a.F.): (1) Ausfertigung von Urkunden, welche einem Gericht oder einer Staatsanwaltschaft vorzulegen sind; (2) Ausfertigung von Urkunden, welche die Geschäfte von Gerichten und der Staatsanwaltschaft betreffen; (3) Ausfertigung von Urkunden, welche für die Eintragung einer Rechtsänderung ins Grundbuch oder in anderweitige Eintragungslisten erforderlich sind; (4) Antragsvertretung zur Eintragung oder Hinterlegung; (5) Einreichung der aufgrund Nr. 1 bis 3 ausgefertigten Urkunden.

²⁸⁷ Nach Art. 108 KV kann der KOGH Rechtsverordnungen erlassen, die das gerichtliche Verfahren, die gerichtsinterne Disziplin oder die Gerichtsverwaltung betreffen, soweit sie zu formellen Gesetzen nicht im Widerspruch stehen.

²⁸⁸ KVerfGE 2, 393; zustimmend etwa 이석연 [Lee, Seog-yeon], in: 저스티스 [Justice] 23-2 (Dez. 1990), 193 (201 ff.); 이승우 [Lee, Seung-woo], in: 인권과 정의 [Menschenrecht und Gerechtigkeit] 174 (Feb. 1991), 70 (75 ff.); kritisch etwa 이상규 [Lee, Sang-kyu], in: 저스티스 [Justice] 24-1 (Jun.

(b) Gründe für die Lockerung des Unmittelbarkeitserfordernisses

Aus der Problematik der exzessiven Beschwerdebefugnis kann sich nur bedingte Unzulässigkeit der Rechtssatzverfassungsbeschwerde ergeben. Der Rechtssatzverfassungsbeschwerde ist die Verfassungsbeschwerde gegen Einzelakte vorzuziehen, weil das Problem der exzessiven Beschwerdebefugnis bei dieser Art der Verfassungsbeschwerde nicht entsteht. Dieser Vorrang führt normalerweise zur Unzulässigkeit der Rechtssatzverfassungsbeschwerde. Allerdings muss sie ausnahmsweise als zulässig angesehen werden, wenn die Verfassungsbeschwerde von so allgemeiner Bedeutung ist, dass das Verfassungsgericht die fragliche Norm ohnehin abstrakt und generell überprüfen sollte (analog § 90 Abs. 2, 1. Var. BVerfGG), oder wenn wegen der Gefahr eines schweren und unabwendbaren Nachteils keine Verzögerung der verfassungsgerichtlichen Abhilfe gerechtfertigt werden kann (analog § 90 Abs. 2, 2. Var. BVerfGG). Auch in sonstigen Fällen ist die Unzulässigkeit der Rechtssatzverfassungsbeschwerde nur unter der Bedingung anzunehmen, dass sie keine unzumutbare Reduzierung des Grundrechtsschutzes herbeiführt. Da dem Betroffenen in Deutschland die Urteilsverfassungsbeschwerde unbenommen bleibt, lässt sich die Abweisung der Rechtssatzverfassungsbeschwerde in aller Regel als zumutbar ansehen.

In Korea hingegen wirkt sich das Fehlen der Urteilsverfassungsbeschwerde im Ergebnis auf die Zulässigkeit der Rechtssatzverfassungsbeschwerde günstig aus. Zwar kann sich die verfassungsgerichtliche Kontrolle formeller Gesetze nicht nur aus der direkten Rechtssatzverfassungsbeschwerde ergeben, sondern auch aus der Richtervorlage oder der Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG. Angesichts dieser konkurrierenden Möglichkeiten, ein Gesetz dem KVerfG zur Prüfung vorzulegen, ist es nicht ausgeschlossen, dass das KVerfG – anstatt die Rechtssatzverfassungsbeschwerde zuzulassen – den Beschwerdeführer auf die Möglichkeit der Richtervorlage oder auf die Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG verweist. Allerdings wird dabei das Problem der exzessiven Beschwerdebefugnis nicht gelöst; das KVerfG muss das in Frage stehende Gesetz ohnehin losgelöst von seiner konkreten Anwendung abstrakt und generell prüfen. Dass ein Einzelakt ergangen ist, bedeutet für das KVerfG keine Beschränkung des Prüfungsgegenstandes auf einen individualisierten Normgehalt, soweit der Einzelakt fachgerichtlicher Kontrolle unterworfen ist und zusammen mit dem rechtskräftigen Gerichtsurteil vom Gegenstand der Verfassungsbeschwerde ausgeschlossen wird. Abzuwägen bleiben damit ledig-

1991), 229 (236 ff.); *박일환* [Park, Il-hwan], in: *인권과 정의* [Menschenrecht und Gerechtigkeit] 174 (Feb. 1991), 45 (50 ff.); *홍광식* [Hong, Kwang-sik], in: *재판자료* [Nachschlagewerke für gerichtliche Entscheidungen] 76 (1997), 301 (331 f.).

lich einerseits die dem Betroffenen nachteilige Verzögerung der Normenkontrolle bei einer derartigen Verweisung und andererseits der etwaige Vorteil, dass die Verwaltungsbehörde sowie die Fachgerichte vorab die individuelle Rechtsanwendbarkeit feststellen und das konkrete Fallmaterial aufbereiten können. Allerdings wird der Vorteil einer solchen Aufbereitung insoweit eingeschränkt, als das KVerfG meistens ohne Abwarten der fachgerichtlichen Sachentscheidung das ihr zugrunde liegende Gesetz überprüfen sollte. Kann dem Vorteil unter diesen Umständen keine große Bedeutung beigemessen werden, so gibt es ebenso wenig Gründe dafür, gegenüber dem Betroffenen einen Umweg zur Normenkontrolle zu erzwingen. Gerade hierin findet sich ein Anhaltspunkt zur Lockerung des Unmittelbarkeitserfordernisses in Korea.

Was die Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen untergesetzliche Normen angeht, hat die Abweisung einer derartigen Verfassungsbeschwerde als unzulässig weiterhin zur Folge, dass dem Beschwerdeführer die verfassungsgerichtliche Abhilfe für immer verweigert wird; bei Rechtsverordnungen bzw. Satzungen kann von der Richtervorlage oder der Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG keine Rede sein. Des Weiteren gilt ihre inzidente Prüfung durch den KOGH aufgrund Art. 107 Abs. 2 KV als endgültig. Dass das KVerfG die Aufgabe des Grundrechtsschutzes auf Fachgerichte abwälzen darf, ist freilich nicht ersichtlich, zumal auch bei der Rechtssatzverfassungsbeschwerde der Beschwerdeführer zumindest teilweise – d.h. insoweit, als er selbst von dem angefochtenen Rechtssatz betroffen ist – zur Anrufung des KVerfG berechtigt ist. Vor diesem Hintergrund erscheint es unumgänglich, dass das Unmittelbarkeitserfordernis tendenziell zum Kriterium des gegenwärtigen Selbstbetroffenseins zurückführt.

e) Rechtswegerschöpfung

aa) Das Prinzip der Rechtswegerschöpfung

(1) Die Regelung und die Praxis

§ 68 Abs. 1 Satz 2 KVerfGG schreibt vor: „Wenn nach Maßgabe anderer Gesetze ein Rechtsweg eröffnet ist, kann die Verfassungsbeschwerde nicht vor der Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden“. Aufgrund dieser Vorschrift weist das KVerfG diejenigen Verfassungsbeschwerden, die ohne Durchlaufen des gesetzlichen Rechtswegs bei ihm eingelegt werden, als unzulässig ab²⁸⁹. Wenn der Beschwerdeführer nur das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes durchgeführt hat, aber nicht das Hauptsacheverfahren, wird der Rechtsweg nicht als erschöpft angesehen.

²⁸⁹ Vgl. KVerfGE 1, 307 (308); 3, 593 (597); 3, 612 (614); 4, 294 (296); 5-1, 200 (202 f.).

hen²⁹⁰. Nach der Rechtsprechung des KVerfGG ist der Rechtsweg im Sinne des § 68 Abs. 1 Satz 2 KVerfGG nur derjenige, mit dem der Beschwerdeführer die in Frage stehende Handlung oder Unterlassung der öffentlichen Gewalt direkt angreifen kann. Nicht dazu gehöre etwa der Amtshaftungs- oder der Entschädigungsprozess²⁹¹, so dass die Beschwerdefrist ungeachtet der Beschreitung derartiger Verfahren ordentlich zu laufen beginne²⁹². Hinzu kommt, dass der Rechtsweg *ordnungsgemäß* durchlaufen werden muss. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn die einschlägige Klage beispielsweise wegen eines Fristversäumnisses oder des Unterlassens, das Vorverfahren (z.B. ein Widerspruchsverfahren) zu durchlaufen, als unzulässig abgewiesen wird²⁹³.

Der Umkehrschluss aus § 68 Abs. 1 Satz 2 KVerfGG wäre, dass nach der Rechtswegerschöpfung die Verfassungsbeschwerde zulässig ist. Allerdings ist eine solche Auslegung normalerweise wegen des Ausschlusses der Urteilsverfassungsbeschwerde nicht möglich; soweit ein rechtskräftiges Gerichtsurteil am Ende des Rechtswegs ergangen ist, kann weder das Urteil noch der staatliche Akt, dessen Rechtmäßigkeit von dem Urteil bestätigt worden ist, mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden²⁹⁴. Dieses Ergebnis wurde von vornherein vorausgesagt, als in den Beratungen zum Erlass des KVerfGG der Ausschluss der Urteilsverfassungsbeschwerde thematisiert wurde²⁹⁵. Infolgedessen ist das Gebot der Rechtswegerschöpfung in Korea so degeneriert, dass es nicht als eine *Sachurteilsvoraussetzung* fungiert, sondern als eine *Sachurteilssperre*²⁹⁶. Die einzige Ausnahme hiervon war die Verfassungsbeschwerde gegen Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft, so dass die Rechtswegerschöpfung hier zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde führen konnte. Mit dem zu erschöpfenden Rechtsweg war bei einer derartigen Verfassungsbeschwerde kein gerichtliches Verfahren gemeint, sondern lediglich das Beschwerdeverfahren an den vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft²⁹⁷. Diese Ausnahme besteht freilich nicht mehr, seitdem durch das am 1. 1. 2008 in Kraft

²⁹⁰ Vgl. KVerfGE 2, 387 (388).

²⁹¹ Vgl. KVerfGE 1, 31 (34 f.); 1, 176 (187); 5-2, 87 (107).

²⁹² Vgl. KVerfGE 5-2, 175 (182).

²⁹³ Vgl. KVerfGE 5-1, 12 (13); 5-1, 222 (224 f.); 6-1, 645 (650).

²⁹⁴ Siehe oben c) bb) (3) (a).

²⁹⁵ Siehe oben B. II. 2.

²⁹⁶ In diesem Sinne spricht man in Korea von der „absoluten Subsidiarität“²⁹⁶ wie bei der schweizerischen Verfassungsbeschwerde. Vgl. etwa 이시윤 [Lee, Si-yun], in: 황적인 박사 화갑기념논문집 [Festschrift für Hwang, Jug-in zum 60. Geburtstag], S. 667 (671). Allerdings ist zu beachten, dass die Verfassungsbeschwerde in der Schweiz nur *im Verhältnis zum ordentlichen Bundesrechtsmittel* absolut subsidiär ist. Sie ist demnach *gegenüber kantonalen Instanzengerichten* nur „relativ“ subsidiär in dem Sinne, dass „die staatsrechtlichen Beschwerden in der Regel erst nach Erschöpfung des kantonalen Instanzenzugs ergriffen werden können“. Vgl. Meierhans, Probleme der absoluten Subsidiarität der staatsrechtlichen Beschwerde, S. 37 ff.

²⁹⁷ Siehe oben c) bb) (3) (b) (ii) (γ).

getretene Änderungsgesetz zur KStPO die ehemalige Beschränkung des gerichtlichen Klageerzwingungsverfahrens auf wenige Delikte beseitigt wurde.

(2) Die mangelhafte Funktion in Korea

Das Gebot der Rechtswegerschöpfung hat in Deutschland zwei Funktionen:

- Erstens stellt es sicher, dass Fachgerichte die Möglichkeit haben, die Grundrechte zu wahren oder etwaige im Instanzenzug eingetretene Grundrechtsverstöße selbst zu beseitigen²⁹⁸. Das kann als Nebeneffekt zu einer Entlastung des Verfassungsgerichts führen, indem unnötige Verfassungsbeschwerden entfallen.
- Zweitens hat das Gebot der Rechtswegerschöpfung den Zweck, die ordnungsgemäße Vorprüfung durch die zuständigen Instanzen zu gewährleisten²⁹⁹. Damit kann dem BVerfG ein regelmäßig in mehreren Instanzen geprüftes Tatsachenmaterial unterbreitet und ihm die Rechtsauffassung der Fachgerichte vermittelt werden³⁰⁰. Dies hat wiederum zur Folge, dass das Gericht nicht Gefahr läuft, auf ungesicherter Grundlage weitreichende Entscheidungen treffen zu müssen³⁰¹.

In der Praxis des KVerfG hat das Gebot der Rechtswegerschöpfung diese Funktion hingegen nicht; infolge des Ausschlusses der Urteilsverfassungsbeschwerde können instanzgerichtliche Entscheidungen nicht als Vorprüfungen für das Verfahren der Verfassungsbeschwerde dienen. Dem KVerfG kann keine Fallanschauung der Fachgerichte vermittelt werden. Damit besteht die Gefahr, dass das KVerfG auf ungesicherter Grundlage weitreichende Entscheidung zu treffen hat.

Um den Preis eines solchen Risikos ist die erstgenannte Funktion mit Blick auf den fachgerichtlichen Grundrechtsschutz indes maximiert, was ebenfalls dem Ausschluss der Urteilsverfassungsbeschwerde zu verdanken ist. Dort, wo der fachgerichtliche Rechtsweg eröffnet ist, gilt die Priorität der fachgerichtlichen Rechtsbehelfe absolut, so dass die Anrufung des KVerfG auch nach der ordnungsgemäßen Rechtswegerschöpfung nicht statthaft ist. Der einzige Vorteil des Rechtsweger-schöpfungserfordernisses ist die Entlastung des KVerfG; nach dem Durchlaufen des fachgerichtlichen Instanzenzuges entfallen nicht nur diejenigen Verfassungsbeschwerden, die durch fachgerichtliche Abhilfe unnötig geworden sind, sondern alle Verfassungsbeschwerden, aus deren Statthaftigkeit sich die Erschütterung der Rechtskraft des fachgerichtlichen Urteils ergeben kann.

²⁹⁸ Vgl. BVerfGE 49, 252 (258); 63, 77 (79).

²⁹⁹ Vgl. BVerfGE 4, 193 (198).

³⁰⁰ Vgl. BVerfGE 69, 122 (125).

³⁰¹ Vgl. BVerfGE 56, 54 (69).

bb) Die enge Auslegung des Rechtsweges bei Rechtssatzverfassungsbeschwerden

Unter den erläuterten Umständen grenzt das KVerfG den Subsumtionsumfang des § 68 Abs. 1 Satz 2 KVerfGG relativ eng ein, um eine unerwünschte Verkürzung des Grundrechtsschutzes zu mildern. Dies ist vor allem bei der Rechtssatzverfassungsbeschwerde der Fall. Zum Beispiel hält das Gericht an der Auffassung fest, dass gegen formelle Gesetze kein Rechtsweg eröffnet ist und somit § 68 Abs. 1 Satz 2 KVerfGG nicht für Verfassungsbeschwerden gegen Gesetze gilt³⁰². Das KVerfG zieht nicht in Erwägung, den Grundsatz der Subsidiarität der Rechtssatzverfassungsbeschwerde einzuführen, wie er in Deutschland gilt; nach seiner Auffassung stellt der fachgerichtliche Rechtsweg hier bloß einen Umweg zum Grundrechtsschutz dar, weshalb die Verweisung auf einen solchen Rechtsweg für den Beschwerdeführer unzumutbar sei³⁰³.

Gleiches gilt auch für untergesetzliche Normen³⁰⁴. Hier gibt es allerdings Bedenken, ob sich das KVerfG hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit untergesetzlicher Normen die Prüfungskompetenz mit den Fachgerichten teilen kann, selbst wenn dem KOGH aufgrund Art. 107 Abs. 2 KV die Kompetenz zugewiesen ist, über die Verfassungsmäßigkeit von Rechtsverordnungen bzw. Satzungen „endgültig“ zu entscheiden. Hiergegen argumentiert das KVerfG, dass Art. 107 Abs. 2 KV nur die inzidente Überprüfung untergesetzlicher Normen regle³⁰⁵ und dass die Möglichkeit der prinzipialen Überprüfung durch das KVerfG damit nicht ausgeschlossen sei. Bei der Frage nach der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen untergesetzliche Normen lasse sich nur auf § 68 Abs. 1 Satz 2 KVerfGG abstellen. Das Gericht legt diese Vorschrift jedoch dahin eng aus, dass es sich beim Rechtsweg im Sinne des §

³⁰² Vgl. KVerfGE 1, 9 (20); 2, 200 (203 f.); 3, 585 (589).

³⁰³ KVerfGE 1, 9 (20); kritisch *강일원* [Kang, Il-won]/*유남석* [Yoo, Nam-seok]/*최완주* [Choi, Wan-joo], in: *재판자료* [Nachschlagewerke für gerichtliche Entscheidungen] 92 (2001), 493 (531 ff.); *김우수* [Kim, Woo-su], in: *헌법논총* [Archiv des Verfassungsrechts] 17 (2006), 97 (161 ff.). Allerdings fehlt es der von diesen Autoren aufgestellten Forderung, dass der Grundsatz der Subsidiarität der Rechtssatzverfassungsbeschwerde auch in Korea eingeführt werden sollte, an einer wichtigen institutionellen Basis, nämlich der Möglichkeit der Urteilsverfassungsbeschwerde. Ohne diese Basis würde das Institut der Verfassungsbeschwerde im Sinne des § 68 Abs. 1 KVerfGG durch die Einführung eines solchen Subsidiaritätsprinzips völlig leerlaufen.

³⁰⁴ Vgl. KVerfGE 2, 365 (370 f.); 7-1, 564 (571); 9-1, 659 (667 f.).

³⁰⁵ Dieses Argument entspricht dem Wortlaut des Art. 107 Abs. 2 KV, wonach die Überprüfung von Rechtsverordnungen bzw. Satzungen durch Fachgerichte die *Entscheidungserheblichkeit* voraussetzt. Die Voraussetzung der Entscheidungserheblichkeit kann nur dann Bedeutung erlangen, wenn die Verfassungsmäßigkeit der fraglichen Rechtsnorm als Vorfrage *inzidenter* in Betracht kommt; ansonsten wäre jene Voraussetzung sinnlos. Vgl. *이석연* [Lee, Seog-yeon], in: *저스티스* [Justice] 23-2 (Dez. 1990), 193 (196); *이상규* [Lee, Sang-kyu], in: *저스티스* [Justice] 24-1 (Jun. 1991), 229 (233); *정중섭* [Chong, Jong-sup], in: *헌법논총* [Archiv des Verfassungsrechts] 3 (1992), 333 (347 ff.); a.A. *박정훈* [Park, Jeong-hoon], in: *서울대학교 법학* [Seoul Law Journal] 45-3 (Sep. 2004), 376 (396).

68 Abs. 1 Satz 2 KVerfGG ausschließlich um dasjenige Verfahren handle, in dem die fragliche Handlung oder Unterlassung der öffentlichen Gewalt an sich als Streitgegenstand *prinzipaliter* geprüft werden kann. Nicht vom Rechtsweg erfasst werden hingegen „Umweg-Verfahren“, deren Durchlaufen lediglich den unverzüglichen Grundrechtsschutz in unzumutbarer Weise erschwert³⁰⁶. Da in der Fachgerichtsbarkeit aber keine prinzipale Normenprüfung erfolgt, deutet die Auffassung des Gerichts darauf hin, dass der Beschwerdeführer hier umgehend Verfassungsbeschwerden erheben kann, soweit er von der angefochtenen Rechtsnorm unmittelbar betroffen ist.

cc) Die Ausnahmen vom Rechtswegerschöpfungsprinzip

In Korea gibt es keine dem § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG entsprechende Vorschrift. Freilich erkennt das KVerfG von Fall zu Fall eine Reihe von Ausnahmen vom Prinzip der Rechtswegerschöpfung an, was sich auf Überlegungen des Gerichts zur Gerechtigkeit bzw. Zumutbarkeit stützt. Nach der Rechtsprechung des Gerichts kann die Verfassungsbeschwerde ungeachtet der fehlenden Rechtswegerschöpfung zulässig sein, wenn der Rechtsweg ohne Verschulden des Beschwerdeführers irrtümlich nicht beschritten worden ist, wenn der in Betracht kommende Rechtsweg nicht wirkungsvoll ist oder wenn das Vorliegen des Rechtsweges objektiv so unklar ist, dass dem Beschwerdeführer die vorherige Rechtswegerschöpfung nicht zugemutet werden kann³⁰⁷. In der Praxis wird eine solche Ausnahmekonstellation insbesondere bei der Verfassungsbeschwerde gegen hoheitliche Realakte oder bei sich typischerweise kurzfristig erledigenden Verwaltungsverfügungen angenommen³⁰⁸. Dies ist darauf zurückzuführen, dass Fachgerichte die Statthaftigkeit der Anfechtungsklage bzw. den Begriff „rechtliche Interessen“ des Klägers an der Aufhebung der Verwaltungsverfügung so streng auslegen³⁰⁹, dass gegen hoheitliche Realakte oder sich kurzfristig erledigende Verwaltungsverfügungen tatsächlich kaum ein wirkungsvoller Rechtsweg eröffnet ist. In diesem Sinne knüpfen die Ausnahmen vom Rechtswegerschöpfungsprinzip an den materiellen Begriff des Rechtsweges an.

f) Ordnungsgemäße Einlegung der Verfassungsbeschwerde

aa) Beschwerdefrist

Der Ausschluss der Urteilsverfassungsbeschwerde wirkt sich auch auf die Be-

³⁰⁶ Vgl. KVerfGE 2, 365 (369 ff.).

³⁰⁷ Vgl. KVerfGE 1, 176 (187); 4, 51 (56); 6-1, 371 (387 f.); 12-2, 437 (444).

³⁰⁸ Vgl. KVerfGE 4, 51 (46); 7-2, 94 (102); 10-2, 461 (472); 11-1, 653 (661); 17-1, 709 (720).

³⁰⁹ Siehe oben c) bb) (3) (b) (i).

schwerdefrist aus. Zwar sieht § 69 Abs. 1 Satz 2 KVerfGG die Möglichkeit vor, nach der Rechtswegerschöpfung die Verfassungsbeschwerde zu erheben, und regelt, dass für diesen Fall die Verfassungsbeschwerde innerhalb von 30 Tagen nach der Bekanntgabe der letztendlichen Entscheidung zu erheben ist. Diese Vorschrift ist allerdings in der Regel nicht anwendbar, weil das letztinstanzliche Gerichtsurteil sowieso keinen statthafter Beschwerdegegenstand bilden kann. In der früheren Praxis bezog sich ihre Anwendbarkeit nur auf die Verfassungsbeschwerde gegen Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft; hierbei musste die letztendliche Entscheidung nicht das gerichtliche Urteil sein. Allerdings besteht diese Möglichkeit nun nicht mehr, nachdem im Jahre 2008 die Beschwerde an den vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft auch in Korea als Vorschaltbeschwerde gestaltet wurde und sich der Geltungsbereich des gerichtlichen Klageerzwingungsverfahrens auf alle Delikte erweiterte. Damit wird § 69 Abs. 1 Satz 2 KVerfGG in der Tat zu einem *nudum ius*.

Für die Fälle, in denen der Beschwerdeführer vom Postulat der Rechtswegerschöpfung befreit bzw. ausgenommen ist³¹⁰, gilt demgegenüber § 69 Abs. 1 Satz 1 KVerfGG. Danach ist die Verfassungsbeschwerde zu erheben „innerhalb von 90 Tagen, nachdem der Beschwerdeführer die Beeinträchtigung seiner Grundrechte zur Kenntnis genommen hat“, und „innerhalb von einem Jahr, nachdem die Beeinträchtigung erfolgt ist“³¹¹. Diese Jahresfrist erscheint auf den ersten Blick ähnlich wie das deutsche Gegenstück (§ 93 Abs. 3 BVerfGG). Ein Unterschied liegt allerdings darin, dass die koreanische Beschwerdefrist auch vor dem Ablauf der Jahresfrist versäumt werden kann, indem der Beschwerdeführer jene dreimonatige Frist nicht einhält³¹². Eigentümlich ist auch, dass es für den Fristbeginn auf die Grundrechtsbeeinträchtigung ankommt. Dies würde zwar bei konkret-individuellen Hoheitsakten keinen Unterschied zwischen der deutschen und der koreanischen Jahresfrist machen. Bei abstrakt-generellen Regelungen kann das jedoch zu ganz verschiedenen Ergebnissen führen. Das heißt, dass für denjenigen, der erst in der Zeit nach dem Inkrafttreten einer Rechtsnorm betroffen wird, die Jahresfrist in Korea nicht mit dem Inkrafttreten zu laufen beginnt, sondern erst mit dem aktuellen Betroffensein³¹³. Somit steht der Fristbeginn in Korea mit der Gegenwärtigkeit der Betroffenheit in engem Zusammenhang³¹⁴. Insoweit gestaltet sich die koreanische Beschwerdefristregelung für die

³¹⁰ Siehe oben e) bb) u. cc).

³¹¹ Diese Fristdauer ist durch das Änderungsgesetz zum KVerfGG vom 12. 3. 2003 verlängert worden. Davor war die Verfassungsbeschwerde innerhalb von 60 Tagen, nachdem der Beschwerdeführer die Beeinträchtigung seiner Grundrechte zur Kenntnis genommen hat, und innerhalb von 180 Tagen, nachdem die Beeinträchtigung erfolgt ist, zu erheben.

³¹² Vgl. KVerfGE 18-2, 242 (248); KVerfGEB 92, 554 (557).

³¹³ Vgl. KVerfGE 2, 332 (336); 5-2, 468 (475); 8-2, 141 (151); 10-1, 480 (492); 18-1 (I), 320 (328).

³¹⁴ Siehe oben d) cc).

Rechtssatzverfassungsbeschwerde günstiger als in Deutschland, wo die Jahresfrist mit dem Inkrafttreten des Gesetzes beginnt.

Falls die in Frage stehende Grundrechtsbeeinträchtigung bereits vor der Errichtung des KVerfG bestand, beginnt die Beschwerdefrist nach der Rechtsprechung mit dem Zusammentreten des KVerfG am 19. 9. 1988 zu laufen³¹⁵. Schließlich findet die Beschwerdefrist bei der Verfassungsbeschwerde gegen eine echte Unterlassung der öffentlichen Gewalt keine Anwendung, so dass die Verfassungsbeschwerde so lange erhoben werden kann, wie die Unterlassung fort dauert³¹⁶.

bb) Sonderregelungen über die Beiordnung eines Rechtsanwalts

Für die Erhebung der Verfassungsbeschwerde gilt der Anwaltszwang (§ 25 Abs. 3 KVerfGG). Ohne Vertretung durch einen Rechtsanwalt ist die Einlegung der Verfassungsbeschwerde in Korea somit unzulässig (§ 72 Abs. 3 Nr. 3 KVerfGG).

In diesem Zusammenhang regelt § 70 KVerfGG die Beiordnung eines Rechtsanwalts. Wer Verfassungsbeschwerde einlegen möchte, hierfür aber nicht über die notwendigen finanziellen Mittel verfügt, kann aufgrund § 70 Abs. 1 Satz 1 KVerfGG beim KVerfG die Beiordnung eines Rechtsanwalts beantragen. Dieser Antrag ist maßgeblich für die Berechnung der Beschwerdefrist, so dass mit einem Antrag auf Beiordnung, welcher innerhalb der Beschwerdefrist gestellt worden ist, die Fristversäumnis verhindert werden kann (§ 70 Abs. 1 Satz 2 KVerfGG). Wird der Antrag abgewiesen, hat das KVerfG dies dem Antragsteller unverzüglich mitzuteilen (§ 70 Abs. 3 Satz 1 KVerfGG). In diesem Fall wird der Zeitraum zwischen dem Tag der Antragstellung und dem Tag der Zustellung des Abweisungsbeschlusses bei der Berechnung der Beschwerdefrist nicht mitgerechnet (§ 70 Abs. 3 Satz 2 KVerfGG).

Mit der Teilrevision des KVerfGG vom 12. 3. 2003 wurden dem § 70 KVerfGG neue Regelungen hinzugefügt. Zum einen kann das KVerfG nunmehr unabhängig von der finanziellen Lage des Antragstellers die Beiordnung eines Rechtsanwalts beschließen, wenn es um ein unabdingbares öffentliches Interesse geht (§ 70 Abs. 2 KVerfGG). Zum anderen ist das Gericht nunmehr dazu ermächtigt, die Beiordnung eines Rechtsanwalts abzulehnen, wenn die Verfassungsbeschwerde offenbar unzulässig oder unbegründet ist (§ 70 Abs. 3 Satz 2 KVerfGG); früher musste das Gericht hingegen auch bei offenkundiger Unbegründetheit einen Rechtsanwalt beiordnen, wenn der Antragsteller über keine finanziellen Mittel verfügte.

³¹⁵ Vgl. KVerfGE 3, 501 (337); 3, 585 (590); 4, 179 (187); 5-2, 433 (443); 7-1, 398 (414).

³¹⁶ Vgl. KVerfGE 6-2, 395 (408); 10-2, 283 (298 f.); 14-2, 65 (71).

cc) Beschwerdeschrift

Zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde ist die formgemäße Beschwerdeschrift beim KVerfG einzureichen (§ 26 Abs. 1 Satz 1 KVerfGG). Die Beschwerdeschrift sollte Folgendes enthalten (§ 71 Abs. 1 KVerfGG): 1. Bezeichnungen des Antragstellers und seines Vertreters, 2. betroffene Rechte, 3. die betreffende Handlung bzw. Unterlassung der öffentlichen Gewalt, 4. Begründung.

Für den Fall, dass der Antrag zunächst unzulässig ist, jedoch als nachbesserbar beurteilt wird, hat der Vorsitzende dem Antragsteller aufzugeben, binnen einer zu bestimmenden Frist den Antrag zu berichtigen (§ 28 Abs. 1 KVerfGG). Bei der erfolgreichen Berichtigung ist der Antrag aufgrund § 28 Abs. 3 KVerfGG rückwirkend als zulässig anzusehen.

dd) *Res judicata* als Beschwerdehindernis

§ 39 KVerfGG schreibt vor, dass das KVerfG über dieselbe Sache nicht entscheiden kann. Diese Vorschrift gilt auch für die Verfassungsbeschwerde im Sinne des § 68 Abs. 1 KVerfGG. Damit ist eine Verfassungsbeschwerde, die dem KVerfG dieselbe Sache wiederholt zur Entscheidung vorlegt, unzulässig.

g) Rechtsschutz- bzw. Klärungsbedürfnis

Beim Rechtsschutzbedürfnis geht es in Korea um die Frage, ob eine Verfassungsbeschwerde auch dann zulässig sein kann, wenn beispielsweise die angegriffene Maßnahme bereits keine Wirkung mehr entfaltet. Während diese Frage in Deutschland zumeist unter dem Titel „Gegenwärtigkeit der Betroffenheit“ thematisiert wird, ist dies in Korea nicht üblich, weil hier für die Beschwerdebefugnis allein die „Schon-Betroffenheit“³¹⁷ ausreicht; die „Noch-Betroffenheit“ ist hingegen in der Voraussetzung des Rechtsschutzbedürfnisses angesiedelt.

Das KVerfG geht im Grunde davon aus, dass bei Wegfall der Grundrechtsbeeinträchtigung die Verfassungsbeschwerde mangels eines subjektiven Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig ist. Eine mittelbare Rechtsgrundlage ist § 40 KVerfGG; danach sind die umfassenden Regelungen der Zivilprozessordnung bzw. der Verwaltungsprozessordnung auf das Verfahren der Verfassungsbeschwerde entsprechend anzuwenden, soweit sie zu den Bestimmungen des KVerfGG und der besonderen Eigenschaft verfassungsgerichtlicher Entscheidungen nicht im Widerspruch stehen.

³¹⁷ *Pestalozza*, Verfassungsprozeßrecht, § 12 Rn. 44.

Auf diese normative „Einbettung des Verfassungsprozeßrechts in das allgemeine Prozeßrecht“³¹⁸ stützt sich der Rückgriff auf den Begriff des Rechtsschutzbedürfnisses³¹⁹. Entscheidend ist vor allem die Charakterisierung der Verfassungsbeschwerde als subjektives Rechtsschutzinstrument. Das KVerfG weist ständig darauf hin, dass das Rechtsschutzbedürfnis dem Zweck des Instituts der Verfassungsbeschwerde entspricht und dass es nicht nur zur Zeit der Einlegung der Verfassungsbeschwerde vorliegen muss, sondern auch bis zur Entscheidung des KVerfG³²⁰. Damit kann die Verfassungsbeschwerde als unzulässig abgewiesen werden, wenn eine angegriffene Maßnahme bereits aufgehoben oder eine begehrte Handlung bereits vorgenommen wurde³²¹.

Allerdings erkennt das Gericht auch bei fehlendem subjektivem Rechtsschutzbedürfnis ausnahmsweise unter Heranziehung des Kriteriums des „unabdingbaren Klärungsbedürfnisses“ die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde an. Hier geht es um den Doppelcharakter der Verfassungsbeschwerde: Die Verfassungsbeschwerde diene nicht nur einem subjektiv grundrechtsschützenden Zweck, sondern zugleich auch der Wahrung der objektiven verfassungsrechtlichen Ordnung³²². Angesichts dessen dürfe die Voraussetzung des subjektiven Rechtsschutzbedürfnisses anders als bei fachgerichtlichen Rechtsbehelfen nicht zu streng sein. Freilich reiche eine einmalige, bloß einfachrechtliche Auslegungsfrage nicht aus³²³. Zur Zulässigkeit müsse eine für die Wahrung der verfassungsrechtlichen Ordnung unabdingbar klärungsbedürftige Frage vorliegen oder die Gefahr einer Wiederholung der gleichen Grundrechtsbeeinträchtigung vorhanden sein. Da die Wiederholungsgefahr nach der Rechtsprechung des KVerfG nicht unbedingt auf den Beschwerdeführer beschränkt sein muss³²⁴, sondern generell beurteilt werden kann, ist dies regelmäßig der Fall, wenn die angegriffene Maßnahme aufgrund einer abstrakt-generellen Regelung oder zumindest einer Verwaltungspraxis³²⁵ vorgenommen wird und diese ihrerseits von verfassungsrechtlichen Bedenken nicht frei ist. Selbst wenn eine betreffende Rechtsnorm mittlerweile durch eine andere Norm ersetzt wurde, ist es bei der Beurteilung des objektiven Rechtsschutzinteresses maßgeblich, ob die neue Norm dieselbe Regelung beinhaltet, so dass die Wiederholungsgefahr fortbesteht³²⁶. In einem solchen Fall soll die Klärung einer etwaigen Verfassungswidrigkeit der früheren

³¹⁸ Fröhlinger, Die Erledigung der Verfassungsbeschwerde, S. 96.

³¹⁹ Vgl. KVerfGE 13-2, 447 (454).

³²⁰ Vgl. KVerfGE 1, 31 (38); 1, 170 (172); 6-2, 176 (192 f.); 6-2, 249 (268); 14-2, 233 (238 f.).

³²¹ Vgl. KVerfGE 5-2, 489 (493); 9-1, 337 (342); 9-1, 449 (453); 9-1, 366 (370); 11-2, 223 (226); 11-2, 555 (571); 12-2, 325 (341 ff.).

³²² Vgl. KVerfGE 4, 51 (56); 6-2, 122 (133 f.); 6-2, 176 (193); 14-2, 54 (60).

³²³ Vgl. KVerfGE 15-1, 223 (237 ff.); 17-2, 332 (335 f.).

³²⁴ Vgl. KVerfGE 9-1, 674 (678 f.); 10-2, 637 (644 f.); 13-2, 103 (108); 13-2, 238 (244).

³²⁵ Vgl. KVerfGE 20-1 (II), 306 (318 f.).

³²⁶ Vgl. KVerfGE 7-1, 687 (694 f.); 7-1, 722 (735 ff.); 15-1, 568 (575 f.); 18-1 (I), 402 (411).

Rechtsnorm möglicherweise den Gesetzgeber veranlassen, die neue Rechtsnorm verfassungsmäßig umzugestalten.

Mithilfe dieser großzügigen Handhabungsweise des Klärungsbedürfnisses können insbesondere sich typischerweise kurzfristig erledigende Hoheitsakte, gegen welche ein wirkungsvoller Rechtsschutz durch Fachgerichte etwa im Verfahren der Anfechtungsklage wegen der engen Auslegung der „rechtlichen Interessen“ im Sinne des § 12 KVwPO häufig nicht gegeben ist³²⁷, wiederum der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterworfen werden³²⁸. Bei der stattgebenden Entscheidung ist freilich die Beseitigung der Wirksamkeit der angegriffenen Maßnahme durch das KVerfG in einem solchen Fall nicht möglich, so dass das Gericht hier statt der Aufhebung bloß die Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Maßnahme tenorieren kann³²⁹.

3. Das Vorprüfungsverfahren

Als Vorkehrung gegen eine etwaige Überlastung des KVerfG wurde das Vorprüfungsverfahren eingeführt. Aufgrund § 72 Abs. 1 KVerfGG bestehen drei jeweils aus drei Verfassungsrichtern zusammengesetzte Kammern, denen die Aufgabe der Vorprüfung von Verfassungsbeschwerden zugewiesen ist. Anders als in Deutschland überprüfen die Kammern des KVerfG freilich nur die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde. Das heißt, die Kammern können eine zulässige Verfassungsbeschwerde nicht abweisen, auch wenn sie offensichtlich unbegründet ist. Ihre Kompetenz ist so eingegrenzt, dass nur *offenbar unzulässige und nicht korrigierbare* Verfassungsbeschwerden durch *einstimmigen* Beschluss verworfen werden können (§ 72 Abs. 3 KVerfGG). Die Entscheidung ist aufgrund § 72 Abs. 4 KVerfGG dahingehend befristet, dass die Kammer innerhalb von 30 Tagen nach der Einlegung der Verfassungsbeschwerde diese entweder an das Plenum weiterleiten oder als unzulässig abweisen muss. Beim Versäumnis dieser Frist gilt die Verfassungsbeschwerde aufgrund § 72 Abs. 4 Satz 2 KVerfGG als an das Plenum weitergeleitet.

Die Regelungen des § 28 KVerfGG sind im Vorprüfungsverfahren entsprechend anzuwenden (§ 72 Abs. 5 KVerfGG). Das heißt, dass der Vorsitzende der Kammer für den Fall, dass die Verfassungsbeschwerde zunächst unzulässig ist, jedoch als nachbesserbar beurteilt wird, dem Beschwerdeführer aufgeben muss, binnen einer zu bestimmenden Frist den Antrag zu berichtigen (§ 28 Abs. 1 KVerfGG). Bei der erfolgreichen Berichtigung ist die Einlegung der Verfassungsbeschwerde aufgrund § 28 Abs. 3 KVerfGG rückwirkend als zulässig anzusehen.

³²⁷ Siehe oben c) bb) (3) (b) (i) (γ) u. (δ).

³²⁸ Im Zusammenhang mit dem Rechtswegerschöpfungsprinzip siehe oben e) cc).

³²⁹ Vgl. KVerfGE 4, 51 (62); 5-2, 87 (120); 13-2, 103 (112); 16-1, 441 (455).

4. Die Sachentscheidung

Ist die Verfassungsbeschwerde zulässig, ist eine Sachentscheidung zu erlassen. Hierfür muss das KVerfG feststellen, ob der Beschwerdeführer wirklich in einem seiner Grundrechte verletzt ist. Dabei beschränkt sich das Gericht freilich nicht auf die vom Beschwerdeführer gerügten Grundrechte, sondern überprüft von Amts wegen jede Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung durch den angefochtenen Hoheitsakt³³⁰. Selbst eine objektive Verfassungswidrigkeit, sei sie formeller oder materieller Art, kann insoweit zur Begründetheit der Verfassungsbeschwerde führen, als die Grundrechte des Beschwerdeführers dadurch tangiert werden. Hierin kommt eine der objektiven Komponenten der koreanischen Verfassungsbeschwerde zum Ausdruck.

Das Plenum, dem die Sachentscheidung ausschließlich obliegt, ist beschlussfähig, wenn mindestens sieben Richter anwesend sind (§ 23 Abs. 1 KVerfGG). Für die der Verfassungsbeschwerde stattgebende Entscheidung ist hingegen – wie bei der Verfassungswidrigerklärung bei der Normenkontrolle – die Zustimmung von mindestens sechs Richtern erforderlich (Art. 113 Abs. 1 KV, § 23 Abs. 2 Satz 1 KVerfGG). Das heißt, hier reicht eine einfache Mehrheit nicht aus.

Die stattgebende Entscheidung bindet alle Staatsorgane und kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften (§ 75 Abs. 1 KVerfGG). Wird der Verfassungsbeschwerde stattgegeben, sollen im Tenor die verletzten Grundrechte und die für die Verletzung verantwortliche Handlung bzw. Unterlassung der öffentlichen Gewalt bezeichnet werden (§ 75 Abs. 2 KVerfGG). Dabei ist die angegriffene Maßnahme aufzuheben oder die Verfassungswidrigkeit der in Frage stehenden Unterlassung festzustellen (§ 75 Abs. 3 KVerfGG). Nach der Rechtsprechung des KVerfG ist „Aufheben“ im Sinne des § 75 Abs. 3 KVerfGG bei der Rechtsatzverfassungsbeschwerde dahingehend auszulegen, dass die angefochtene Rechtsnorm mit der Verfassungswidrigerklärung durch das KVerfG außer Kraft tritt³³¹. Wird einer Unterlassungsverfassungsbeschwerde stattgegeben, hat das betreffende Staatsorgan entsprechend der Entscheidung des KVerfG eine positive Maßnahme vorzunehmen (§ 75 Abs. 4 KVerfGG). Beruht der grundrechtsverletzende Hoheitsakt auf einer verfassungswidrigen Gesetzesnorm, kann das Gericht im Tenor diese Rechtsnorm für verfassungswidrig erklären (§ 75 Abs. 5 KVerfGG). Mit der Verkündung der Verfassungswidrigerklärung tritt das betroffene Gesetz kraft Gesetzes (§ 47 Abs. 2 Satz 1,

³³⁰ Vgl. KVerfGE 1, 176 (188); 5-1, 365 (373).

³³¹ Vgl. KVerfGE 5-1, 365 (384).

§ 75 Abs. 6 KVerfGG) außer Kraft (*Ex-nunc*-Wirkung)³³². Allerdings hat die Verfassungswidrigerklärung dann eine *Ex-tunc*-Wirkung, wenn es sich bei der betreffenden Gesetzesnorm um eine strafrechtliche Regelung handelt (§ 47 Abs. 2 Satz 2, § 75 Abs. 6 KVerfGG). In diesem Fall kann der rechtskräftig Verurteilte nach Maßgabe der Strafprozessordnung die Wiederaufnahme des Verfahrens geltend machen (§ 47 Abs. 3 und 4, § 75 Abs. 6 KVerfGG).

II. Die Verfassungsbeschwerde im Sinne des § 68 Abs. 2 KVerfGG

1. Vorbemerkung

Neben der Verfassungsbeschwerde im eigentlichen Sinne ist in Korea noch eine andere Art der Verfassungsbeschwerde eingeführt worden. Diese Verfassungsbeschwerde knüpft in ihren Voraussetzungen an das Institut der (konkreten) Normenkontrolle an: Ist es entscheidungserheblich, ob ein Gesetz gegen die Verfassung verstößt, so hat das zuständige Gericht von Amts wegen oder *auf Antrag* des Prozessbeteiligten dem KVerfG das Gesetz zur Entscheidung über dessen Verfassungswidrigkeit vorzulegen (Art. 107 Abs. 1 KV, § 41 Abs. 1 KVerfGG). Allerdings ist das Gericht auch beim Vorliegen eines Antrags nicht zur Vorlage verpflichtet, sondern durchaus befugt, den Antrag wegen fehlender Entscheidungserheblichkeit und/oder wegen seiner Überzeugung von der Verfassungsmäßigkeit des betroffenen Gesetzes abzuweisen. Hier stellt sich die Frage, wie verfahren werden soll, wenn die Abweisung zu beanstanden ist. Die Beantwortung dieser Frage galt beim Erlass des KVerfGG als unabdingbar, zumal vor dem Hintergrund, dass die koreanische Verfassungsgerichtsbarkeit in der Ersten, Vierten und Fünften Republik wegen der äußersten Zurückhaltung der Fachgerichte bei der Richtervorlage kaum tätig werden

³³² § 47 Abs. 2 Satz 1 KVerfGG, welcher als Regelung über die (konkrete) Normenkontrolle wiederum nach § 75 Abs. 6 KVerfGG auf die Verfassungsbeschwerde entsprechend anzuwenden ist, ist freilich nicht dahingehend zu interpretieren, dass die Rechtsfolge der Sachverhalte, die vor der Verfassungswidrigerklärung bereits den Tatbestand des betroffenen Gesetzes erfüllt haben, von dem *Ex-nunc*-Außerkräfttreten des Gesetzes unberührt zu bleiben hätte. Es wäre für den Antragsteller unzumutbar, wenn er trotz seines erfolgreichen Antrags für sich selbst aus der Verfassungswidrigerklärung keinen Vorteil ziehen könnte. Ferner wäre es ebenso wenig rechtfertigbar, allen anderen potentiellen Antragsberechtigten lediglich deswegen die Chance auf den gleichen Vorteil zu entziehen, weil sie den Antrag nur verspätet stellen können. Im Hinblick auf diese Problematik befürwortet die Rechtsprechung des KVerfG und des KOGH die Auffassung, dass nach der Verfassungswidrigerklärung das betreffende Gesetz im Grunde nicht mehr fortwirkt, das heißt, nicht mehr als Entscheidungsnorm für die noch (oder zukünftig) anhängigen Rechtsstreite zu betrachten ist, selbst wenn sich die Sachverhalte auf Ereignisse vor der Verfassungswidrigerklärung beziehen. Vgl. KVerfGE 5-1, 226 (250 f.); KOGHEB 1991, 1895; 1991, 2056; 1992, 1065; 1993, 698; 1993, 1100; 1993, 2290. Hingegen bleiben rechtskräftige Entscheidungen von der Verfassungswidrigerklärung unberührt. Dies stützt sich auf das Regel-Ausnahme-Verhältnis zu § 47 Abs. 2 Satz 2 KVerfGG und auf das *argumentum e contrario* im Hinblick auf § 75 Abs. 7 KVerfGG.

konnte³³³. Ein solches Problem wäre effektiv zu lösen, wenn die Urteilsverfassungsbeschwerde eingeführt würde; die sog. „verdeckte Rechtssatzverfassungsbeschwerde“³³⁴ zeitigt gerade die Nachholungsmöglichkeit der konkreten Normenkontrolle.

Allerdings war dies in Korea nicht der Fall. Somit war es notwendig, einen alternativen Zugang zum KVerfG zu eröffnen, damit die Fachgerichte die verfassungsgerichtliche Normenkontrollkompetenz nicht abermals usurpieren konnten. Zu diesem Zweck erdachte der Gesetzgeber ein einzigartiges Instrument. § 68 Abs. 2 Satz 1 KVerfGG regelt: „Wird der gemäß § 41 Abs. 1 KVerfGG gestellte Antrag auf Richtervorlage zurückgewiesen, so ist der Antragsteller in der Lage, beim KVerfG die Verfassungsbeschwerde zu erheben“. Wogegen sich diese Verfassungsbeschwerde richten sollte, ist zwar aus dem Gesetzeswortlaut nicht direkt erkennbar. Allerdings deuten die genetische und die systematische Auslegung darauf hin, dass der materielle Beschwerdegegenstand hierbei eher das entscheidungserhebliche Gesetz selbst ist als die Abweisungsentscheidung; in der Fünferkommission wurde dabei die Meinung vertreten, dass auch Prozessbeteiligten die Berechtigung gegeben werden sollte, dem KVerfG eine entscheidungserhebliche Gesetzesnorm vorzulegen³³⁵. Hinzu kommt, dass auf die einer derartigen Verfassungsbeschwerde stattgebenden Entscheidung § 45 und § 47 KVerfGG entsprechend anzuwenden sind, welche sich auf den Prüfungsumfang bzw. die Entscheidungswirkung bei der Normenkontrolle beziehen (§ 75 Abs. 6 KVerfGG). Das heißt, bei der Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG handelt es sich im Wesentlichen um eine Art konkrete Normenkontrolle.

In rechtsvergleichender Hinsicht hat sie viel gemeinsam mit der sog. „unechten Grundrechtsbeschwerde“; diese ist dadurch gekennzeichnet, dass „sie sich nicht gegen den die Grundrechte verletzenden Einzelakt der öffentlichen Gewalt, sondern gegen die dem einzelnen Rechtsanwendungsakt zugrunde liegende verfassungswidrige Rechtsnorm richtet“³³⁶. In die Kategorie der unechten Grundrechtsbeschwerde sind etwa die taiwanische Verfassungsbeschwerde (seit 1958)³³⁷, die ungarische

³³³ Siehe oben Erster Teil, B. III. 1. a) u. d).

³³⁴ Vgl. *Schumann*, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, S. 119 f.

³³⁵ Siehe oben B. II. 2. b) u. c).

³³⁶ *Brunner*, JöR n.F. 50 (2002), 191 (218 ff.).

³³⁷ In Taiwan ist die Verfassungsgerichtsbarkeit dem sog. „Plenum der Hohen Richter“ beim 司法院 [Justiz-Yuan] zugewiesen (Art. 79 Abs. 2 der taiwanischen Verfassung). Der nunmehr aus 15 Richtern bestehende Spruchkörper ist vor allem zuständig für die Auslegung der Verfassung, die vereinheitlichende Auslegung von Gesetzen und Verordnungen und die Auflösung verfassungswidriger Parteien. Das Plenum entscheidet jedoch nicht im Instanzenzug, sondern beschäftigt sich allein mit abstrakter Auslegung bzw. Normenkontrolle. Da auch Bürgern die Berechtigung zum Antrag auf die Auslegung der Verfassung gegeben ist (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes über das Verfahren der Hohen Richter des Justiz-Yuans), kann man insoweit von einer Art Verfassungsbeschwerde sprechen. Der

Verfassungsbeschwerde (seit 1990)³³⁸ und die polnische Verfassungsbeschwerde (seit 1997)³³⁹ einzuordnen. Der Unterschied zwischen der Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG und den anderen unechten Grundrechtsbeschwerden besteht darin, dass die koreanische Verfassungsbeschwerde keine grundrechtlichen

Antrag ist dabei mit der Behauptung zu stellen, dass die in der Verfassung garantierten Rechte des Antragstellers unrechtmäßig verletzt worden seien, nachdem dieser bei Fachgerichten vergeblich Klage erhoben hat. Den Beschwerdegegenstand bildet freilich nicht das letztinstanzliche Gerichtsurteil, sondern der diesem zugrunde liegende Rechtssatz wie Gesetze oder Verordnungen. Seit 1978 werden aber selbst die Präjudizen der Obersten Gerichte als eine Art von Rechtssätzen aufgefasst, so dass auch ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung von dem Plenum nachgeprüft werden kann (Auslegung Nr. 153 u. 154). Bis zu den siebziger Jahren des letzten Jahrhunderts wurde dieses Individualantragsrecht allerdings kaum ausgeübt, weil bis dahin unklar gewesen war, ob der Antragsteller aus der Verfassungswidrigerklärung einen Vorteil ziehen kann und wenn ja, welchen. Diese Situation hat sich erheblich geändert, seitdem das Plenum in der Auslegung Nr. 185 vom 27. Januar 1984 ausgeführt hat: „Wenn die Gesetze oder Verordnungen, auf denen eine rechtskräftige Entscheidung beruht, oder die Meinungen, die eine rechtskräftige Entscheidung bei Anwendung der Gesetze oder Verordnungen geäußert hat, vom Justiz-Yuan auf Antrag der Bürger als unvereinbar mit der Verfassung erklärt worden sind, ist gegen diese belastende Entscheidung die Wiederaufnahme des Verfahrens zulässig“ (zitiert nach *Chien-liang Lee*, in: *Starck* [Hrsg.], Staat und Individuum im Kultur- und Rechtsvergleich, S. 135 [143]). Zur taiwanischen Verfassungsbeschwerde vgl. außerdem *Yueh-sheng Weng*, Die Stellung der Justiz im Verfassungsrecht der Republik China, S. 31 ff.; *Tzong-li Hsu*, in: *Starck* (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt - Teil I, S. 101 (105); *Yeong-chin Su*, in: *Heun/Starck* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit im Rechtsvergleich, S. 92 (95 ff.); *Tzu-hui Yang*, in: ebenda, S. 131 (142 ff.); *Chien-liang Lee*, in: ebenda, S. 158 (171 ff.); *Feng-zhi Peng*, in: ebenda, S. 175 (181 ff.).

³³⁸ Das ungarische Verfassungsgericht [*Alkotmánybíróság*] ist aufgrund § 48 Abs. 1 VerfGG für Verfassungsbeschwerden zuständig. Diese Vorschrift lautet: „Wegen Verletzung seiner in der Verfassung gewährleisteten Rechte kann sich derjenige an das Verfassungsgericht wenden, dessen Rechtsverletzung durch die Anwendung einer verfassungswidrigen Rechtsvorschrift eingetreten ist und der die Möglichkeiten der sonstigen Rechtsmittel bereits erschöpft hat beziehungsweise für den Möglichkeiten anderer Rechtsmittel nicht gesichert sind“ (zitiert nach *Sólyom*, in: *Luchterhandt/Starck/Weber* [Hrsg.], Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, S. 237 [256]). Der Beschwerdegegenstand ist hierbei nicht das Gerichtsurteil, sondern die diesem zugrunde liegende Rechtsnorm. Darum sind die Bestimmungen über die nachträgliche abstrakte Normenkontrolle auch auf das Verfassungsbeschwerdeverfahren anzuwenden. Die ungarische Verfassungsbeschwerde gilt allerdings als fast überflüssig, weil der Einzelne denselben Prozesszweck auch im viel einfacheren Wege der Popularklage erreichen kann. Ihre einzige Bedeutung besteht vielleicht darin, dass sich die Verfassungswidrigerklärung auf den Anlassfall zugunsten des Beschwerdeführers auswirken kann. Freilich mussten neun Jahre nach der Errichtung des Verfassungsgerichts vergehen, bevor hierfür eine gesetzliche Rechtsgrundlage entstand. Erst seit 1999 kann die verfassungsgerichtliche Nichtanwendbarkeitserklärung nun aufgrund § 262/A der im demselben Jahre geänderten Zivilprozessordnung zur Wiederaufnahme des Ausgangsverfahrens führen. Vgl. *Sólyom*, a.a.O., S. 256 f.; *Brunner*, in: *ders./Sólyom* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn, S. 13 (34 f.).

³³⁹ Mit der Verfassung von 1997 wurde die Verfassungsbeschwerde in Polen eingeführt (Art. 79 der polnischen Verfassung). Die Einlegung der Verfassungsbeschwerde setzt die Behauptung der Verletzung der in der Verfassung garantierten Freiheiten und Rechte des Antragstellers, die vorherige Rechtswegerschöpfung und die Einhaltung der Beschwerdefrist von drei Monaten nach Zustellung der endgültigen Entscheidung voraus (§ 46 des Gesetzes über den Verfassungsgerichtshof). Als Beschwerdegegenstand sind allerdings nur Rechtsnormen vorgesehen. Bei der stattgebenden Entscheidung kann jeder von der Rechtsnorm Betroffene die Wiederaufnahme des Ausgangsverfahrens geltend machen (Art. 190 Abs. 4 der polnischen Verfassung). Vgl. *Garlicki*, in: *Luchterhandt/Starck/Weber* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, S. 75 (89, 95 f., u. 99).

Rügen und keine vorherige Rechtswegerschöpfung voraussetzt. Für ihre Zulässigkeit ist hingegen erforderlich, dass die in Frage stehende Gesetzesnorm entscheidungserheblich ist und dass der Antrag des Prozessbeteiligten auf Richtervorlage von dem Ausgangsgericht abgewiesen worden ist. In diesem Sinne nähert sich die Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG noch weiter dem Rechtsinstitut der konkreten Normenkontrolle.

Allerdings sollte man nicht darüber hinwegtäuscht werden, dass derartige Verfassungsbeschwerden in beschränktem Umfang so etwas wie eine Ersatzfunktion für die fehlende Urteilsverfassungsbeschwerde übernehmen können; wenn der Verfassungsbeschwerde stattgegeben wird, ist gegen die letztendliche Entscheidung aufgrund § 75 Abs. 7 KVerfGG die Wiederaufnahme des Verfahrens zulässig. Das heißt, selbst das rechtskräftige Gerichtsurteil kann, wenn auch *mittelbar*, aufgehoben werden, falls die ihm zugrunde liegende Gesetzesnorm im Wege der Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG für verfassungswidrig erklärt wird. Da die auf einer verfassungswidrigen Rechtsnorm beruhende belastende Entscheidung in der Regel zugleich eine Grundrechtsverletzung – zumindest die Verletzung des Aufangrundrechts auf Glücksstreben – darstellt, erscheint eine strenge Demarkation zwischen der Normenkontrolle und dem grundrechtsschützenden Rechtsbehelf hierbei fast belanglos. So liegt es auf der Hand, dass die Lücke des Grundrechtsschutzes, die sich aus dem Ausschluss der Urteilsverfassungsbeschwerde ergibt, dadurch einigermaßen geschlossen wird; eine den Einzelnen nicht unmittelbar betreffende gesetzliche Norm kann in Korea zwar nicht im Wege der Urteilsverfassungsbeschwerde nachträglich gerügt werden, vom Prozessbeteiligten selbst kann sie jedoch zur verfassungsgerichtlichen Überprüfung durchaus vorgelegt werden.

2. Sachentscheidungsvoraussetzung

a) Berechtigter

Wer im gerichtlichen Verfahren vergeblich einen Antrag auf Richtervorlage gestellt hat, kann gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG Verfassungsbeschwerde erheben. Es kommt dabei nicht darauf an, ob der Beschwerdeführer Kläger oder Beklagter bzw. Angeklagter im Ausgangsverfahren ist. Nach der Rechtsprechung des KVerfG kann auch der Nebenintervenient (Streithelfer) die Verfassungsbeschwerde einlegen, wenn er selbst den Antrag gestellt hat³⁴⁰.

Bei der Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG muss der Beschwerdeführer nicht grundrechtsfähig sein. Deshalb sind selbst juristische Personen

³⁴⁰ Vgl. KVerfGE 15-1, 534 (543).

des öffentlichen Rechts, die normalerweise nicht zum Grundrechtsträger werden können, ebenso befugt, aufgrund § 68 Abs. 2 KVerfGG die von ihnen für verfassungswidrig gehaltene Gesetzesnorm beim KVerfG vorzulegen. Folgerichtig kann die Betroffenheits-Trias, also die „eigene, gegenwärtige und unmittelbare“ Grundrechtsbetroffenheit, hierbei nicht in Rede stehen³⁴¹.

b) Beschwerdegegenstand

aa) Gesetze im formellen Sinn

Tauglicher Beschwerdegegenstand ist lediglich ein förmliches Gesetz. Dies entspricht dem Wortlaut von Art. 107 Abs. 1, Art. 111 Abs. 1 Nr. 1 KV, § 41 Abs. 1, § 68 Abs. 2 KVerfGG. Schon deswegen ist beispielsweise die Verfassungsbeschwerde gegen einzelne Vorschriften der Verfassung nicht statthaft. Des Weiteren geht das KVerfG davon aus, dass zwischen Verfassungsbestimmungen keine Rangordnung festzustellen ist³⁴². Ebenso scheiden Rechtsverordnungen und Satzungen aus³⁴³; diese unterliegen nach Art. 107 Abs. 2 KV der inzidenten Nachprüfung durch die Fachgerichte, soweit ihre Verfassungsmäßigkeit entscheidungserheblich ist. Auch bei der Kontrolle eines zum Erlass von Rechtsverordnungen und Satzungen ermächtigenden Gesetzes sind die darauf erlassenen Regelungen untergesetzlicher Normen nicht in die verfassungsgerichtliche Überprüfung einzubeziehen. Denn nach der Rechtsprechung des KVerfG führt ihre inhaltliche Verfassungswidrigkeit nicht ohne Weiteres zur Ungültigkeit des Ermächtigungsgesetzes³⁴⁴, es sei denn, dass eine solche Verfassungswidrigkeit ursprünglich von dem Gesetz als solchem herrührt. Freilich ist durchaus möglich, im Wege der Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG etwa die Unbestimmtheit der gesetzlichen Ermächtigung zu rügen und dadurch den Zweck zu verfolgen, untergesetzlichen Rechtsnormen ihre Ermächtigungsgrundlage zu entziehen. Völkerrechtliche Verträge bzw. präsidiale Notverordnungen, welche jeweils aufgrund Art. 6 Abs. 1, Art. 76 Abs. 1 u. 2 KV Gesetzeskraft erlangen, können schließlich zu Gegenständen der Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG werden³⁴⁵. Auch in diesem Sinne ist die Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG parallel zum Rechtsinstitut der konkreten Normenkontrolle.

Beschwerdefähig ist dasjenige Gesetz, das bereits verkündet ist. Freilich können auch Gesetze, die bereits außer Kraft getreten sind, insoweit als statthafte Gegen-

³⁴¹ Vgl. KVerfGE 9-2, 223 (231); 10-2, 89 (102).

³⁴² Vgl. KVerfGE 7-2, 841 (846 ff.); 8-1, 475 (482 ff.); 13-1, 289 (294 f.).

³⁴³ Vgl. KVerfGE 4, 708 (710); 9-2, 437 (447); 10-1, 756 (766); 10-2, 573 (580 f.); 11-1, 19 (27).

³⁴⁴ Vgl. KVerfGE 8-1, 525 (537); 11-1, 140 (150); 11-1, 422 (447); 16-2 (I), 195 (201).

³⁴⁵ Vgl. KVerfGE 7-2, 841 (846); 13-2, 322 (328).

stände betrachtet werden, als sie im Ausgangsverfahren entscheidungserheblich sind³⁴⁶.

Die Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG kann nur erhoben werden, wenn der Beschwerdeführer beim Ausgangsgericht die richterliche Vorlage der fraglichen Gesetzesnorm beantragt hat. Wenn ein derartiger vorheriger Antrag auf Richtervorlage nicht existiert, ist die Verfassungsbeschwerde grundsätzlich unzulässig³⁴⁷. Die offenbar irrtümliche falsche Bezeichnung einer entscheidungserheblichen Regelung ist nach der Rechtsprechung des KVerfG von Amts wegen so zu korrigieren, dass die dem Willen des Beschwerdeführers entsprechende Vorschrift als Beschwerdegegenstand betrachtet wird³⁴⁸; hierbei handelt es sich um die Feststellung des wahren Beschwerdegegenstandes. Wenn die Änderung der in Betracht kommenden Vorschrift ansonsten zu einem echten Wechsel des Prüfungsgegenstandes führen würde, müsste man wiederum bedenken, dass die angesprochene Regel, also die Erforderlichkeit der Existenz des vorherigen Antrags auf Vorlage, im Ergebnis der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde entgegenstehen könnte. Eine korrigierende Feststellung des Beschwerdegegenstandes wird ebenfalls vorgenommen, wenn er im Hinblick auf den wahren Willen des Beschwerdeführers bzw. die Entscheidungserheblichkeit offensichtlich zu weit gefasst ist³⁴⁹. Allerdings ist die weite Fassung des Beschwerdegegenstandes dann akzeptabel, wenn die gesamte Bestimmung, welche über den den Prozessbeteiligten betreffenden Teil hinausgeht, mit diesem zusammen einheitlich nach demselben Prüfungsmaßstab überprüft werden kann³⁵⁰. Umgekehrt kann der Prüfungsgegenstand aber ausnahmsweise auch auf Bestimmungen, welche dem KVerfG nicht ausdrücklich vorgelegt worden sind, erweitert werden. Dies ist der Fall, wenn der erweiterte Teil mit dem eigentlichen Gegenstand systematisch in so engem Zusammenhang steht, dass eine getrennte Betrachtung nicht zweckmäßig erscheint³⁵¹. Insbesondere ist § 45 Abs. 2 KVerfGG maßgeblich³⁵², wonach bei der Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Bestimmung, welche für die Geltung eines Gesetzes notwendig ist, das gesamte Gesetz für verfassungswidrig erklärt werden kann.

bb) Zulässigkeit des Antrags auf die beschränkte Verfassungswidrigerklärung

Das KVerfG hält sich für befugt, eine Norm insoweit für verfassungswidrig zu er-

³⁴⁶ Vgl. KVerfGE 1, 343 (347); 8-1, 370 (376 f.).

³⁴⁷ Vgl. KVerfGE 8-2, 107 (115 f.); 9-2, 607 (618); 15-1, 520 (527).

³⁴⁸ Vgl. KVerfGE 10-1, 226 (232 f.); 12-2, 190 (194 f.).

³⁴⁹ Vgl. KVerfGE 7-2, 221 (232 f.); 8-1, 27 (31 f.); 9-1, 325 (328).

³⁵⁰ Vgl. KVerfGE 7-2, 538 (543 f.); 8-2, 507 (516 f.).

³⁵¹ Vgl. KVerfGE 6-1, 576 (584); 13-1, 111 (114); 13-1, 274 (280 f.).

³⁵² Vgl. KVerfGE 6-2, 64 (117 f.); 11-1, 289 (347 f.).

klären, als an sie ein verfassungsrechtlich nicht rechtfertigbares Auslegungsergebnis anknüpft (sog. „beschränkte Verfassungswidrigerklärung“). Auf diese Entscheidungsvariante ist später zurückzukommen. Hier geht es um die Frage, ob der Beschwerdeführer seinerseits im Wege der Verfassungsbeschwerde eine solche beschränkte Verfassungswidrigerklärung beantragen kann. Bejaht man dies, so besteht die Gefahr, dass die Möglichkeit des Antrags auf beschränkte Verfassungswidrigerklärung faktisch zur Anfechtung einer fachgerichtlichen Gesetzesauslegung gemacht wird.

In dieser Hinsicht differenziert das KVerfG zwischen der Rüge gegen das Gesetz als solches und der Rüge gegen die Gesetzesauslegung: Das bedeutet, der Antrag auf eine beschränkte Verfassungswidrigerklärung ist unzulässig, soweit der Beschwerdeführer damit nur darauf abzielt, eine bestimmte Gesetzesauslegung anzufechten; der statthafte Beschwerdegegenstand im Sinne des § 68 Abs. 2 KVerfGG sei nur das Gesetz an sich, nicht aber dessen konkrete Auslegung bzw. Anwendung. Hingegen könne der Antrag auf beschränkte Verfassungswidrigerklärung dann ausnahmsweise zulässig sein, wenn sich die Rüge des Beschwerdeführers materiell gegen das Gesetz selbst richtet. Nach der Rechtsprechung ist dies der Fall, wenn der Beschwerdeführer mit der Behauptung der Möglichkeit, entgegen der Auffassung des Instanzgerichts eine Gesetzesregelung gegenläufig auszulegen, tatsächlich die Unbestimmtheit des Gesetzes in Frage stellt³⁵³. Hierbei sollte das KVerfG allerdings nur prüfen, ob das Gesetz wegen der Unvorhersehbarkeit seiner Auswirkung verfassungswidrig ist, nicht aber, welche Auslegung richtig ist. Eine solche Prüfung ist in der Praxis im Bereich des klassischen Grundrechtseingriffs, wie etwa bei straf- oder steuerrechtlichen Belastungen, von großer Bedeutung.

Der Antrag auf beschränkte Verfassungswidrigerklärung wird außerdem zugelassen, wenn angesichts der ständigen Rechtsprechung der Fachgerichte ein bestimmtes Auslegungsergebnis tatsächlich mit dem Gesetzesinhalt als solchem gleichzusetzen ist³⁵⁴. Allerdings setzt eine solche Gleichsetzung nach der Rechtsprechung des KVerfG das Vorliegen eines Präjudizes voraus, das sich auf die betreffende Fallgruppe dauerhaft auswirkt³⁵⁵. In der Praxis wird diese Anforderung jedoch nicht einheitlich gestellt³⁵⁶.

Selbst wenn der Antrag auf beschränkte Verfassungswidrigerklärung ausnahmsweise als zulässig beurteilt wird, fühlt sich das KVerfG nicht daran gebunden. Das

³⁵³ Vgl. KVerfGE 7-2, 34 (37); 9-1, 156 (161 f.); 11-2, 112 (121); 11-2, 529 (536 f.); 13-1, 1358 (1367).

³⁵⁴ Vgl. KVerfGE 13-2, 229 (231 f.).

³⁵⁵ Vgl. KVerfGE 7-1, 615 (626); 10-2, 243 (251 f.).

³⁵⁶ Das KVerfG hat in mehreren Entscheidungen (vgl. etwa KVerfGE 10-2, 243; 11-2, 112; 13-2, 229; 13-2, 830; 13-2, 863) ohne einen Beweis für das Vorliegen von Präjudizen den Antrag auf beschränkte Verfassungswidrigerklärung angenommen.

bedeutet, dass sich der Prüfungsumfang nicht auf den vom Beschwerdeführer bezweifelte Anwendungsfall beschränkt, sondern dass das gesamte Gesetz in die Prüfung einbezogen werden muss. Demzufolge kann das Gericht im Entscheidungsausspruch nicht nur die *beschränkte* Verfassungswidrigkeit erklären, sondern auch die *einfache* Verfassungswidrigkeit bzw. -mäßigkeit des Gesetzes.

c) Entscheidungserheblichkeit

aa) Das Erfordernis der Entscheidungserheblichkeit

(1) Die Bedeutung der Entscheidungserheblichkeit

Die Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG setzt voraus, dass die Verfassungsmäßigkeit des in Frage stehenden Gesetzes entscheidungserheblich ist. Das KVerfG präzisiert diese Voraussetzung wie folgt:

(a) Der Begriff der Entscheidungserheblichkeit geht zum einen davon aus, dass ein konkretes gerichtliches Verfahren anhängig ist. Eine solche Rechtshängigkeit sollte im Grunde bis zur verfassungsgerichtlichen Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde bestehen. Wenn der Kläger zum Beispiel durch die Rücknahme der Klage die Rechtshängigkeit beendet, so ist die Entscheidungserheblichkeit nicht mehr anzuerkennen und wird die Verfassungsbeschwerde unzulässig³⁵⁷. Die Regel des Fortbestehens der Rechtshängigkeit ist allerdings dann schwer zu erfüllen, wenn das Ausgangsgericht den Antrag auf Richtervorlage abweist und demgemäß das Verfahren nicht ausgesetzt wird. Diesbezüglich ist die Sonderregelung des § 75 Abs. 7 KVerfGG zu berücksichtigen, wonach bei der stattgebenden Entscheidung die Wiederaufnahme des Ausgangsverfahrens beantragt werden kann. Aus diesen Erwägungen heraus ist die gerade angesprochene Konstellation von der Regel auszunehmen. Auch hierbei muss die Rechtshängigkeit jedoch zumindest zum Zeitpunkt der Antragstellung auf Richtervorlage vorhanden gewesen sein³⁵⁸.

Jedenfalls muss das gerichtliche Verfahren ordnungsgemäß anhängig sein. Wenn das Ausgangsverfahren etwa wegen der unzweifelhaften Unzulässigkeit der Klage nicht fortgeführt werden kann, so ist die Entscheidungserheblichkeit abzulehnen³⁵⁹, es sei denn, dass die Unzulässigkeit gerade aus der in Frage stehenden Bestimmung resultiert.

³⁵⁷ Vgl. 김현철 [Kim, Hyun-chul], in: 헌법논총 [Archiv des Verfassungsrechts] 9 (1998), 765 (799 f.).

³⁵⁸ Vgl. KVerfGE 10-2, 116 (142).

³⁵⁹ Vgl. KVerfGE 4, 572 (574); 9-2, 59 (67 f.); 12-2, 318 (323 f.); 17-1, 413 (420); 19-2, 377 (385 f.).

(b) Zum anderen setzt die Entscheidungserheblichkeit voraus, dass die zu prüfende Vorschrift auf das gerichtliche Verfahren anzuwenden ist. Ist die fragliche Regelung etwa durch die Verfassungswidrigerklärung oder durch die rückwirkende Geltung eines Änderungsgesetzes auf das Ausgangsverfahren nicht mehr anwendbar, so ist die Entscheidungserheblichkeit zu verneinen³⁶⁰. Hiervon ist freilich die Konstellation ausgenommen, in der die fragliche Regelung mittlerweile auf das Ausgangsverfahren bereits rechtskräftig angewendet worden ist³⁶¹; zur Wiederaufnahme des Ausgangsverfahrens gemäß § 75 Abs. 7 KVerfGG ist die stattgebende Sachentscheidung unentbehrlich.

Mit der Anwendbarkeit ist nicht nur die unmittelbare Anwendung gemeint, sondern auch die mittelbare. Die Entscheidungserheblichkeit der mittelbar betroffenen Vorschrift ist dann anzuerkennen, wenn sie mit den direkt die konkrete Rechtsfolge herbeiführenden Regelungen in engem Zusammenhang steht, so dass zum Beispiel die Verfassungsmäßigkeit jener Vorschrift wiederum an diejenige dieser Regelungen anknüpft³⁶². Das Gleiche gilt auch für den Fall, dass die Verfassungswidrigerklärung jener Vorschrift die rechtliche Bedeutung der unmittelbar anzuwendenden Regelungen verändert und sich dadurch im Ergebnis auf die gerichtliche Entscheidung auswirkt³⁶³.

(c) Die Entscheidung des Ausgangsgerichts muss schließlich von der Verfassungsmäßigkeit des zu prüfenden Gesetzes abhängen. Dies ist in der Regel der Fall, wenn sich der Entscheidungstenor je nach dem, ob das Gesetz verfassungsmäßig oder nicht ist, ändern wird. Ferner liegt die Entscheidungserheblichkeit auch dann vor, wenn bei der Verfassungswidrigerklärung die gerichtliche Entscheidung zwar nicht anders tenoriert werden muss, der rechtliche Inhalt bzw. die Wirkung der Entscheidung jedoch dadurch in wesentlichem Maße beeinflusst wird³⁶⁴.

Wenn es um einen angeblich gleichheitssatzwidrigen Begünstigungsausschluss geht, ist das betreffende Gesetz als entscheidungserheblich anzusehen, zumal bei dessen Unvereinbarerklärung der Gesetzgeber zu einer Neuregelung veranlasst werden wird, welche zu einer für den Beschwerdeführer günstigen Entscheidung führen

³⁶⁰ Vgl. KVerfGE 1, 39 (41); 12-2, 167 (178); 13-1, 889 (898 f.); 18-1 (I), 478 (484).

³⁶¹ Vgl. KVerfGE 11-1, 729 (732).

³⁶² Zum Beispiel kann die Verfassungswidrigerklärung des Ermächtigungsgesetzes auf die Gültigkeit der direkt anzuwendenden Rechtsverordnung einen entscheidenden Einfluss nehmen. Vgl. KVerfGE 6-1, 557 (564); 8-2, 90 (97); 8-2, 422 (429); 15-2 (I), 103 (110); 16-2 (I), 508 (516 f.).

³⁶³ Vgl. KVerfGE 8-2, 808 (818 f.); 12-1, 62 (71); 13-1, 100 (108).

³⁶⁴ Vgl. KVerfGE 5-2, 14 (28); 7-2, 48 (58); 14-2, 626 (630).

könnte³⁶⁵. Damit fungiert die Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG als eine wichtige Alternative zur Verfassungsbeschwerde gegen unechtes Unterlassen des Gesetzgebers.

(2) Die Beurteilung der Entscheidungserheblichkeit

Bei der Richtervorlage hält das KVerfG im Grunde die Rechtsauffassung des vorlegenden Gerichts über die Entscheidungserheblichkeit für maßgeblich, sofern sie nicht offensichtlich unhaltbar ist³⁶⁶. Zweifelhaft ist allerdings, ob dies auch für die Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG gelten kann. Denn das Ausgangsgericht verneint in aller Regel die Entscheidungserheblichkeit. Sollte das Verfassungsgericht eine solche Rechtsauffassung als maßgeblich hinzunehmen haben, so wäre eine Sachentscheidung über die Verfassungsbeschwerde entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers kaum zu erwarten. Deshalb erscheint es nicht angemessen, auch hier vordergründig den Gesichtspunkt der Kompetenzverteilung zwischen dem KVerfG und den Fachgerichten heranzuziehen³⁶⁷. Daneben ist zu berücksichtigen, dass der Sachverhalt bzw. die konkrete Auslegung des Gesetzes unter Umständen bis zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde noch in der Schwebe bleiben kann. Vor diesem Hintergrund kommt das Verfassungsgericht nicht umhin, bei der Beurteilung der Entscheidungserheblichkeit die Rechtsauffassung des Beschwerdeführers weitgehend zu übernehmen³⁶⁸.

bb) Ausnahme

Wenn die Entscheidungserheblichkeit von vornherein fehlt oder nachträglich wegfällt, ist die Verfassungsbeschwerde im Prinzip unzulässig. Allerdings wird hiervon eine Ausnahme gemacht, wenn eine verfassungsrechtliche Frage von grundsätzlicher Bedeutung als klärungsbedürftig beurteilt wird oder wenn eine Gefahr der Wiederholung ähnlicher Grundrechtsverletzungen besteht³⁶⁹. Dies ist der Fall, wenn zum Beispiel die Anfechtungsklage gegen eine sich typischerweise kurzfristig erle-

³⁶⁵ Vgl. KVerfGE 11-2, 205 (216); 11-2, 732 (744); 12-2, 211 (218); 14-1, 129 (135); 15-1, 430 (438); 15-2 (II), 466 (473 f.).

³⁶⁶ Vgl. KVerfGE 8-2, 308 (321); 11-2, 228 (235); 19-1, 349 (364 f.); 19-1, 783 (791 ff.).

³⁶⁷ Aber a.A. *오/하 헌* [Lee, Uk-han], Das Verfassungsgericht der Republik Korea, S. 91, der die Meinung vertritt, dass die Beurteilung der Entscheidungserheblichkeit grundsätzlich in den Kompetenzbereich der ordentlichen Gerichte gehört und dass das Verfassungsgericht bei der gerichtlichen Abweisung der Richtervorlage aufgrund der fehlenden Entscheidungserheblichkeit keine Verfassungsbeschwerde annehmen sollte, soweit die Abweisung nicht offensichtlich unhaltbar ist.

³⁶⁸ Vgl. KVerfGE 10-2, 484 (499).

³⁶⁹ Vgl. KVerfGE 5-2, 267 (273); 5-2, 578 (591); 13-1, 799 (817); 15-1, 713 (720 f.); 16-1, 386 (393); 16-2 (II), 86 (95); 17-2, 577 (604).

digende Verwaltungsverfügung, unabhängig von der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes, wegen Erledigung vom Ausgangsgericht abzuweisen ist.

d) Antrag auf Richtervorlage und dessen Abweisung

Die Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG setzt eine vorherige Stellung eines Antrags auf Richtervorlage voraus. Die Berechtigung zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde bleibt erhalten, wenn der Antrag auf Richtervorlage vom Ausgangsgericht abgewiesen worden ist. Ungeachtet des Gesetzeswortlauts „zurückgewiesen“ wird die Verfassungsbeschwerde nach der Rechtsprechung des KVerfG für statthaft erachtet, nicht nur wenn der Antrag als unbegründet zurückgewiesen worden ist, sondern auch wenn er als unzulässig verworfen worden ist³⁷⁰.

Der Antrag kann auch bei unteren Gerichten gestellt werden. Gegen den Beschluss, durch den der Antrag auf Richtervorlage abgewiesen wird, ist allerdings die Beschwerde an höhere Instanzgerichte aufgrund § 41 Abs. 4 KVerfGG nicht statthaft. Stattdessen sollte der Antragsteller direkt die Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG erheben. Dem Antragsteller ist aufgrund § 68 Abs. 2 Satz 2 KVerfGG ebenfalls verwehrt, den Antrag auf Richtervorlage mit der gleichen Begründung wiederholt zu stellen, sei es in derselben oder in einer höheren Instanz³⁷¹. Damit wird darauf abgezielt, hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes eine Konfrontation des KOGH mit einer etwaigen abweichenden Meinung des KVerfG zu verhindern.

e) Ordnungsgemäße Einlegung der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG ist binnen 30 Tagen, nachdem der Antrag auf Richtervorlage vom Ausgangsgericht abgewiesen worden ist (§ 69 Abs. 2 KVerfGG), zu erheben. Die Regelungen des Anwaltszwangs (§ 25 Abs. 3 KVerfGG), der Beiordnung des Rechtsanwalts (§ 70 KVerfGG) und der Grundsatz „*ne bis in idem*“ (§ 39 KVerfGG) finden auch bei dieser Art Verfassungsbeschwerde ihre Anwendung. Die Form der Beschwerdeschrift entspricht der der Richtervorlage, wobei an Stelle des vorlegenden Gerichts die Bezeichnung des Beschwerdeführers bzw. dessen Vertreters tritt (§ 71 Abs. 2 KVerfGG).

3. Das Vorprüfungsverfahren

³⁷⁰ Vgl. KVerfGE 1, 343 (346); 5-2, 14 (34); 9-2, 177 (188).

³⁷¹ Vgl. KVerfGE 6-1, 281 (294); KOGHEB 1996, 1886; 2000, 1229.

Bei der Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG ist das Vorprüfungsverfahren – genauso wie bei der Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 1 KVerfGG – zu durchlaufen. Hier ist auf die entsprechende Erläuterung³⁷² des Vorprüfungsverfahrens zu verweisen.

4. Die Sachentscheidung

Wird der gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG erhobenen Verfassungsbeschwerde stattgegeben, so sind § 45 und § 47 KVerfGG entsprechend anzuwenden (§ 75 Abs. 6 KVerfGG). Das heißt, das KVerfG kann die angefochtene Gesetzesnorm für verfassungswidrig erklären (§ 45 KVerfGG); dadurch tritt die Gesetzesnorm *ex nunc* außer Kraft (§ 47 Abs. 2 Satz 1 KVerfGG). Als *lex specialis* zu § 47 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3, Abs. 4 KVerfGG – dem zufolge die Verfassungswidrigerklärung gegenüber einer *strafrechtlichen* Regelung ausnahmsweise eine *Ex-tunc*-Wirkung hat und somit der bereits aufgrund der fraglichen Regelung rechtskräftig Verurteilte jetzt nach Maßgabe der Strafprozessordnung die Wiederaufnahme des Verfahrens begehren kann – erkennt die Regelung des § 75 Abs. 7 KVerfGG das Recht des Beschwerdeführers an, die Wiederaufnahme des Verfahrens, welches mittlerweile rechtskräftig abgeschlossen worden ist, zu fordern, und zwar gleichgültig, ob es sich bei dem Ausgangsverfahren um eine Strafsache oder eine Zivilsache handelt.

III. Die sog. „beschränkte Verfassungswidrigerklärung“ und das Spannungsverhältnis zwischen dem KVerfG und dem KOGH

1. Entscheidungsvarianten bei der Normenkontrolle

Bei der Normenkontrolle – also bei der richterlichen Vorlage eines Gesetzes, bei der Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen ein Gesetz gemäß § 68 Abs. 1 KVerfGG, bei der Nebenprüfung der einem verfassungswidrigen Akt der vollziehenden Gewalt zugrunde liegenden Norm gemäß § 75 Abs. 5 KVerfGG oder bei der Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG – wählt das KVerfG in der Praxis eine der folgenden Entscheidungsvarianten:

- Verfassungsmäßigerklärung,
- Verfassungswidrigerklärung,
- Unvereinbarerklärung,
- beschränkte Verfassungsmäßig- sowie Verfassungswidrigerklärung.

³⁷² Siehe oben I. 3.

Die Verfassungswidrigerklärung ist in ihrer Wirkung mit der deutschen Nichtigerklärung gleichzusetzen, weil das für verfassungswidrig erklärte Gesetz grundsätzlich aufgrund § 47 Abs. 2 KVerfGG seine Gültigkeit verliert.

Eine Parallelität zwischen der deutschen und der koreanischen Praxis besteht außerdem in der Möglichkeit des Ausspruchs der Unvereinbarerklärung: Wenn die Verfassungswidrigkeit einer Norm auf einem gleichheitswidrigen Begünstigungsausschluss beruht oder wenn die sofortige Ungültigkeitserklärung einer Norm einen Zustand herstellen würde, welcher mit der Verfassung noch weniger vereinbar wäre als die vorläufige, zeitlich begrenzte Anwendung dieser Norm, erklärt das KVerfG das Gesetz für unvereinbar mit der KV und entscheidet gleichzeitig, dass das Gesetz seine (formale) Gültigkeit vorläufig behalten soll.

Bei der beschränkten Verfassungsmäßig- bzw. Verfassungswidrigerklärung handelt es sich um eine interpretative Normenkontrolle: Wenn die Verfassungsmäßigkeit bzw. Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes unter Bezugnahme auf eine bestimmte Fallkonstellation festzustellen ist, so ergeht das Urteil des KVerfG in Form einer beschränkten Verfassungsmäßigerklärung oder beschränkten Verfassungswidrigerklärung. Dabei formuliert das Gericht den Tenor dahin, dass durch Hinzufügung eines „Soweit“-Satzes die Fallgruppe, bei der das Gesetz für verfassungswidrig oder verfassungsmäßig zu erachten ist, bezeichnet wird.

Von den erläuterten Entscheidungsvarianten sind die Unvereinbarerklärung und die beschränkte Verfassungsmäßig- sowie Verfassungswidrigerklärung allerdings nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt; § 45 Satz 1 KVerfGG bestimmt einfach, dass das KVerfG „nur über die Verfassungsmäßigkeit bzw. Verfassungswidrigkeit“ der fraglichen Norm entscheiden solle. Somit steht die Frage, ob ein solcher *Entscheidungsausspruch mit modifizierter Form* zulässig ist, zur Debatte. Vor allem wird die beschränkte Verfassungsmäßig- sowie Verfassungswidrigerklärung deswegen problematisiert, weil sie manchmal *de facto* eine mittelbare Kontrolle der Verfassungskonformität *fachgerichtlicher Gesetzesauslegungen* zur Folge hat. Im Folgenden ist daher auf diese Entscheidungsvarianten näher einzugehen.

2. Einige Beispiele für beschränkte Verfassungsmäßig- bzw. Verfassungswidrigerklärungen

a) KVerfGE 1, 131

Sachverhalt: Eine Aktiengesellschaft erwarb ein Grundstück und ließ es vorläufig im Namen des Vorstandsvorsitzenden und kurz danach in ihrem eigenen Namen ins Grundbuch eintragen. § 32-2 Abs. 1 des Erbschaftssteuergesetzes schrieb allerdings vor: „Wenn der Nominalberechtigte eines Eigentums, dessen Übertragung bzw. Ausübung einer Eintra-

gung bedarf, mit dem Realberechtigten nicht identisch ist, ist es so anzusehen, als sei das Eigentum am Tag der Eintragung dem Nominalberechtigten vom Realberechtigten geschenkt worden.“ Aufgrund dieser Vorschrift wurde dem Vorstandsvorsitzenden die Zahlung der Schenkungssteuer auferlegt. Er erhob Anfechtungsklage und stellte im Revisionsverfahren einen Antrag auf Richtervorlage. Der KOGH wies den Antrag ab. Daraufhin legte er gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG Verfassungsbeschwerde ein.

Hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit des § 32-2 Abs. 1 des Erbschaftssteuergesetzes führte das KVerfG aus: Es komme häufig vor, dass trotz einer wirklichen Schenkung zunächst behauptet wird, es läge keine echte Veräußerung vor, sondern nur eine Art Treuhandschaft in Bezug auf den Namen. So ergäbe sich eine Steuerhinterziehung, wenn eine solche Verhüllung bis zum Ablauf der Steuerfrist nicht in Frage gestellt würde. Die angefochtene Vorschrift ziele darauf ab, den Verzicht auf eine derartige Steuerhinterziehung zu erzwingen. Insoweit verfolge die fragliche Regelung einen legitimen Zweck. Allerdings wäre es mit dem Gleichheitssatz (gleiche Behandlung bei der Besteuerung) nicht vereinbar, wenn sie auch beim offenbaren Fehlen der Absicht der Steuerhinterziehung ausnahmslos angewendet würde. Sie sollte verfassungskonform ausgelegt werden.

Damit erklärte das KVerfG die beschränkte Verfassungsmäßigkeit der fraglichen Vorschrift. Der Entscheidungsausspruch in diesem Fall lautete: „§ 32-2 Abs. 1 des Erbschaftssteuergesetzes ist verfassungsmäßig, soweit diese Bestimmung dahin interpretiert wird, dass sie auf die Fälle, in denen die Absicht der Steuerhinterziehung fehlt, nicht anzuwenden ist“.

In diesem Fall begründete das KVerfG die Notwendigkeit der beschränkten Verfassungswidrigerklärung mit dem Gebot der verfassungskonformen Auslegung. Freilich ist zweifelhaft, ob es in diesem Fall wirklich um eine Frage der verfassungskonformen Auslegung ging. Man hätte, worauf auch die abweichende Meinung zweier Verfassungsrichter hinwies³⁷³, annehmen können, dass in Anbetracht des Gesetzeswortlauts wie auch der Absicht des Gesetzgebers die angefochtene Gesetzesregelung keine verfassungskonforme Auslegung zulasse; in der Tat beabsichtigte die fragliche Vorschrift anscheinend, dem Finanzamt die Beweislast abzunehmen, indem sie ein tatbestandmäßiges Verhalten ohne Weiteres als eine wirkliche Schenkung ansah. So hätte das Gericht allenfalls von einer (qualitativen) Teilnichtigkeitserklärung sprechen dürfen. In dieser Hinsicht ist die ergänzende Meinung des ehemaligen Präsidenten des KVerfG, 조규광 [Cho, Kyu-kwang], bemerkenswert. Nach seiner Ansicht enthält die beschränkte Verfassungsmäßigerklärung eine partielle Normenverwerfung und stellt somit – genauso wie die beschränkte Verfassungswid-

³⁷³ Abweichende Meinung von 변정수 [Byun, Jeong-soo] und 김진우 [Kim, Chin-woo], KVerfGE 1, 131 (148 ff.).

rigerklärung – ihrem Wesen nach eine Art Teilnichtigklärung dar³⁷⁴.

b) KVerfGE 3, 149

Sachverhalt: Wegen eines Artikels in einem Frauenmagazin fühlte sich eine Frau, die an einem Schönheitswettbewerb teilgenommen hatte, in ihrer Ehre verletzt. Sie erhob Klage gegen Herausgeber und Mitarbeiter des Magazins und machte einen Anspruch auf Schadensersatz und Veröffentlichung einer Abbitteanzeige geltend. § 746 des koreanischen Bürgerlichen Gesetzbuches (KBGB) lautet: „Wer die Ehre einer anderen Person verletzt hat, dem kann das Gericht auf Antrag des Geschädigten entweder neben oder an Stelle des Schadensersatzes ein zur Wiedergutmachung der Ehre geeignetes Verhalten anordnen.“ Nach der damaligen ständigen Rechtsprechung gehörte hierzu die Veröffentlichung einer Abbitteanzeige in Tageszeitungen. Die Beklagten rügten die Verfassungswidrigkeit des § 746 KBGB und stellten vergeblich einen Antrag auf Richtervorlage. Letzten Endes erhoben sie gegen § 746 KBGB Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG.

Das KVerfG stellte fest, dass die Anordnung einer Abbitteanzeige in die vom Art. 19 KV gewährleistete Gewissensfreiheit der Beschwerdeführer eingreife; Art. 19 KV schütze auch die passive Gewissensfreiheit, also die Freiheit, innere Gewissensüberzeugungen nicht äußern zu müssen. Wer glaube, dass er nichts Unrechtes getan habe, werde durch die Anordnung einer Abbitteanzeige dazu gezwungen, seine moralische Entscheidung zu verdrehen und öffentlich bekannt zu machen. Dies sei jedoch für die Wiedergutmachung einer Ehrverletzung bzw. die Rehabilitation weder erforderlich noch angemessen. Es gebe viel schonendere Mittel wie etwa eine Widerrufsanzeige. Dementsprechend hat das KVerfG entschieden: „§ 746 KBGB ist insoweit verfassungswidrig, als ‚ein zur Wiedergutmachung der Ehre geeignetes Verhalten‘ im Sinne dieser Vorschrift auch die Abbitteanzeige erfasst“.

Was das KVerfG in dieser Entscheidung im Wesentlichen kontrolliert hat, war allerdings eine zivilgerichtliche Gesetzeskonkretisierung. Dennoch konnte sich die strenge Unterscheidung zwischen der fachgerichtlichen Interpretation und der Norm selbst nicht durchsetzen; angesichts der fachgerichtlichen Präjudizen und der herrschenden Meinung, welche bis dahin aus § 746 KBGB die Befugnis des Gerichts zur Anordnung der Abbitteanzeige abgeleitet hatten, war die Bezugnahme auf eine davon abweichende Auslegungsmöglichkeit dem KVerfG faktisch verwehrt gewesen.

c) KVerfGE 7-2, 616

Sachverhalt: In Korea ist die Gewinnspanne steuerpflichtig. Nach dem alten koreanischen

³⁷⁴ Ergänzende Meinung von 조규광 [Cho, Kyu-kwang], KVerfGE 1, 131 (146 ff.).

Einkommensteuergesetz (KEStG) wurde die Steuer grundsätzlich anhand des amtlich geschätzten Preises des Steuerobjekts, des sog. „Standardpreises“, berechnet, wenn es um ein Grundstück ging. Aufgrund von § 23 Abs. 4 Satz 2, § 45 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 KEStG war der Staatspräsident jedoch ermächtigt, in der Form der Rechtsverordnung zu regeln, in welchen Fällen die Gewinnspannensteuer ausnahmsweise aufgrund des sog. „Realkauf-“ bzw. „Realverkaufspreises“ berechnet werden sollte. Diese Regelung konnte allerdings zulasten der Steuerzahler gehen, wenn der Realverkaufspreis höher war als der Standardpreis. Dies war bei den Beschwerdeführern der Fall. Sie rügten deshalb mit einer Anfechtungsklage die auf dem Realverkaufspreis beruhenden Besteuerungen und stellten im Revisionsverfahren einen Antrag auf richterliche Vorlage des § 23 Abs. 4 Satz 2 und des § 45 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 KEStG. Dieser wurde jedoch vom KOGH abgewiesen. Daraufhin erhoben sie gegen dieselben Vorschriften Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG.

In diesem Fall bildeten der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Besteuerung (Art. 38, Art. 59 KV) und das Bestimmtheitsgebot (Art. 79 KV) die Ansatzpunkte für das Urteil des KVerfG. So führte das Gericht aus: Das Parlament müsse im Bereich des Steuerrechts die wesentlichen Entscheidungen in Form eines Gesetzes selbst treffen und dürfe sie nicht uneingeschränkt der Exekutive überlassen; je intensiver ein hoheitlicher Akt des Staates in die Grundrechte des Einzelnen eingreife, desto stärker sei das Bestimmtheitsgebot zu berücksichtigen. Und dies treffe auch auf die staatlichen Besteuerungen zu, wie sie in diesem Fall in Rede standen. In dieser Hinsicht war problematisch, dass § 23 Abs. 4 Satz 2 und § 45 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 KEStG nicht festlegten, in welchem Umfang der zur Setzung der Rechtsverordnung ermächtigte Staatspräsident den Realkauf- bzw. Realverkaufspreis für die Steuerberechnung maßgeblich machen kann. Bei der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der genannten Vorschriften differenzierte das KVerfG zwischen den Fällen, in denen die Reglementierung des Staatspräsidenten zugunsten der Steuerpflichtigen wirkt, und den Fällen, in denen sie zuungunsten der Steuerpflichtigen wirkt; anders als bei den erstgenannten Fällen erhöhe sich die Anforderung an die Bestimmtheit des Ermächtigungsgesetzes bei den letztgenannten Fällen. Dementsprechend erklärte das KVerfG die angefochtenen Bestimmungen nur insoweit für verfassungswidrig, als sie auch in Bezug auf die letztgenannten Fälle als Ermächtigungsgrundlage herangezogen werden. Gerade insofern seien sie nämlich mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Besteuerung in Verbindung mit dem Bestimmtheitsgebot nicht vereinbar.

Diese partielle Normenverwerfung stieß allerdings beim KOGH auf Kritik. Nach der Auffassung dieses Gerichts ist die Bindungswirkung der beschränkten Verfassungswidrigkeitserklärung nicht anzuerkennen³⁷⁵. Darauf ist später noch zurückzukom-

³⁷⁵ KOGHEB 1996, 1442.

d) KVerfGE 6-2, 379

Sachverhalt: Nach § 2 Abs. 1 Satz 2 des koreanischen Staatshaftungsgesetzes (KStHG) können Soldaten, Zivilbedienstete der Streitkräfte, Polizeibeamte und sonstige gesetzlich bestimmte Personen bezüglich Schäden, die ihnen während einer Kampfhandlung, eines Manövers oder einer anderen Dienstausbübung durch eine unerlaubte Handlung eines Beamten im Dienst zugefügt wurden, außer der gesetzlich bestimmten Entschädigung keine weiteren Schadensersatzansprüche gegen den Staat oder die kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften geltend machen. Im Ausgangsverfahren ging es um einen Autounfall zwischen einem Bürger und einem im Dienst befindlichen Soldaten. Bei diesem Unfall, den beide Fahrer fahrlässig verursacht hatten, wurde ein Beifahrer des von dem Soldaten gesteuerten Motorrades, der auch Soldat war, schwer verletzt. Für den Ersatz des gesamten Schadens kam zunächst der Autoversicherer des Bürgers auf. Damit ging ein etwaiger Ausgleichsanspruch des Bürgers gegenüber dem Staat auf den Versicherer über. Fraglich war allerdings, ob die genannte Vorschrift dem Versicherer verwehrt, vom Staat einen entsprechenden Ausgleich zu verlangen. Im Verfahren der Klage auf Ausgleichszahlung, die der Versicherer gegen den Staat erhoben hatte, bejahte das Revisionsgericht dies und wies die Sache an das Oberlandesgericht Seoul zurück. Der Antrag auf richterliche Vorlage, den der Versicherer in der Annahme einer solchen Auslegung des § 2 Abs. 1 Satz 2 KStHG gestellt hatte, wurde von dem Oberlandesgericht Seoul abgewiesen. Daraufhin erhob der Versicherer gegen diese Vorschrift Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG.

Art. 29 Abs. 2 KV regelt das Gleiche wie § 2 Abs. 1 Satz 2 KStHG. Dies ist sozusagen ein Relikt der Verfassung der Vierten Republik: Nachdem der KOGH in der Zeit der Dritten Republik § 2 Abs. 1 Satz 2 KStHG a.F. für verfassungswidrig erklärt hatte³⁷⁷, hat das damalige Regime die gleiche Regelung in die Verfassung aufgenommen, um den Verdacht der Verfassungswidrigkeit jener Regelung auszuräumen. Seitdem erfuhr diese Verfassungsregelung keine wesentliche Veränderung.

Das KVerfG hat die verfassungsrechtliche Legitimation des Art. 29 Abs. 2 KV nicht in Frage gestellt. Mithin war eine vollständige Verfassungswidrigkeit des § 2 Abs. 1 Satz 2 KStHG ebenso wenig festzustellen. Im entschiedenen Fall kam es lediglich darauf an, ob eine extensive Auslegung des § 2 Abs. 1 Satz 2 KStHG überhaupt verfassungskonform ist. Diesbezüglich entschied das Gericht schließlich, dass § 2 Abs. 1 Satz 2 KStHG insoweit verfassungswidrig sei, als diese Vorschrift dahin interpretiert werde, dass sie in der vorstehenden Konstellation auch der Geltendmachung eines Ausgleichsanspruchs durch den Bürger bzw. dessen Versicherer entgegenstehe. Eine solche Interpretation verletze den Gleichheitssatz (Art. 11 KV) – weil

³⁷⁶ Siehe unten 3. a).

³⁷⁷ Siehe oben Erster Teil, B. III. 1. c) u. d).

sie willkürlich den Staat begünstigt – und das Grundrecht des Einzelnen auf Vermögen (Art. 23 Abs. 1 KV).

Diese Auslegungskontrolle führte später nochmals zu einem Konflikt zwischen dem KVerfG und dem KOGH: Nach der beschränkten Verfassungswidrigerklärung durch das KVerfG beantragte der Beschwerdeführer gemäß § 75 Abs. 7 KVerfGG die Wiederaufnahme des Ausgangsverfahrens, welches mittlerweile rechtskräftig abgeschlossen worden war. Allerdings ließ der KOGH die Wiederaufnahme nicht zu. Dieser vertrat nämlich die Auffassung, dass es sich bei der beschränkten Verfassungswidrigerklärung nicht um eine der Verfassungsbeschwerde stattgebende Entscheidung im Sinne des § 75 Abs. 7 KVerfGG handle³⁷⁸.

3. Die Kontroversen zwischen dem KVerfG und der Fachgerichtsbarkeit

a) KVerfGE 9-2, 842

Sachverhalt: Es ging um die Bindungswirkung der beschränkten Verfassungswidrigerklärung, die in der Entscheidung KVerfGE 7-2, 616³⁷⁹ festgestellt wurde. In einem Anfechtungsklageverfahren argumentierte der Kläger, dass die angegriffene Besteuerung deswegen aufzuheben sei, weil sie auf der für verfassungswidrig erklärten Gesetzesregelung beruhe. Der KOGH akzeptierte dies allerdings nicht. Das Revisionsgericht führte aus, dass es sich bei der beschränkten Verfassungswidrigerklärung um nichts anderes als eine bloße Meinungsäußerung über die Gesetzesauslegung handle; durch sie werde das Gesetz als solches nicht kassiert. Soweit das Gesetz gültig bleibe, sei die Kompetenz, im konkreten Rechtsstreit das Gesetz auszulegen und anzuwenden, den Fachgerichten zugewiesen. In Anbetracht einer solchen Kompetenzverteilung und der Unabhängigkeit der Richter dürfe ein Fachgericht an die Auffassung des KVerfG über die Gesetzesauslegung nicht gebunden werden. Mit dieser Argumentation wurde die Anfechtungsklage letztlich zurückgewiesen. Daraufhin erhob der Kläger Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 1 KVerfGG. Beschwerdegegenstände waren die Regelung des § 68 Abs. 1 Satz 1 KVerfGG, welche Gerichtsurteile vom Gegenstand der Verfassungsbeschwerde ausschließt, und das Urteil des KOGH.

Das KVerfG hielt im Grunde den Ausschluss der Urteilsverfassungsbeschwerde nicht für verfassungswidrig. Es wies darauf hin, dass Art. 111 Abs. 1 Nr. 5 KV den Gesetzgeber beauftrage, mit Rücksicht auf die spezifische koreanische Rechtslage – wie etwa das Justizsystem oder die Rechtskultur – das Institut der Verfassungsbeschwerde auszugestalten. Auch wenn die Einführung der Urteilsverfassungsbeschwerde dem effektiven Grundrechtsschutz dienlich sei, bedeutete das nicht, dass der Ausschluss der Urteilsverfassungsbeschwerde ohne Weiteres verfassungswidrig

³⁷⁸ KOGHEB 2001, 1220.

³⁷⁹ Siehe oben 2. c).

ist. Die Vornahme rechtspolitischer Erwägungen zu ihrer Einführung sei eben keine Aufgabe des KVerfG, sondern des Gesetzgebers.

Freilich hat das Gericht § 68 Abs. 1 Satz 1 KVerfGG ausnahmsweise insoweit für verfassungswidrig erklärt, als diese Vorschrift auch dann der Zulässigkeit der Urteilsverfassungsbeschwerde entgegensteht, wenn das Gerichtsurteil auf einer bereits vom KVerfG für verfassungswidrig erklärten Norm beruht und sich daraus eine Grundrechtsverletzung ergibt. In einem solchen Fall sei die Kontrolle des Gerichtsurteils unerlässlich, um die Effektivität des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes zu sichern und damit zudem die Durchsetzung des Vorrangs der Verfassung zu wahren.

Darüber hinaus hat das KVerfG das fragliche Urteil des KOGH aufgehoben; die beschränkte Verfassungswidrigerklärung sei keine bloße Gesetzesauslegung, sondern eine partielle Verfassungswidrigerklärung des Gesetzes. Mit ihr verliere die Gesetzesregelung teilweise ihre Gültigkeit. Folglich sei das angefochtene Urteil des KOGH, welches das Wesen der beschränkten Verfassungswidrigerklärung missverstanden und die bereits vom KVerfG kassierte Gesetzesregelung angewendet hatte, im Wege der Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 1 KVerfGG aufzuheben.

b) KVerfGE 15-1, 443

Unbeschadet der vorstehenden Entscheidung hat das KVerfG jedoch keine Mittel, um sein Urteil durchzusetzen. Deswegen ist der Kompetenzkonflikt bis heute ungeklärt. Der folgende Fall zeigt dies symptomatisch.

Sachverhalt: Nachdem das KVerfG in der Entscheidung KVerfGE 6-2, 379³⁸⁰ die beschränkte Verfassungswidrigkeit des § 2 Abs. 1 Satz 2 KStHG erklärt hatte, beantragte der Beschwerdeführer unter Berufung auf § 75 Abs. 7 KVerfGG die Wiederaufnahme des Verfahrens beim KOGH. Dieser verneinte jedoch wiederum die Bindungswirkung der beschränkten Verfassungswidrigerklärung und wies den Antrag auf Wiederaufnahme zurück. Es handele sich nämlich bei der beschränkten Verfassungswidrigerklärung nicht um eine der Verfassungsbeschwerde stattgebende Entscheidung im Sinne des § 75 Abs. 7 KVerfGG. Daraufhin erhob der Beschwerdeführer gegen das Urteil des KOGH Verfassungsbeschwerde. Als die Entscheidung des KVerfG bevorstand, nahm der Nachfolger des Beschwerdeführers allerdings die Verfassungsbeschwerde zurück.

Die Mehrheit der Verfassungsrichter ging davon aus, dass gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 KVerfGG die zivilprozessrechtliche Regelung über die Klagerücknahme hier entsprechend anzuwenden sei. Mithin wurde die Verfassungsbeschwerde als nicht anhängig angesehen.

³⁸⁰ Siehe oben 2. d).

Hingegen vertraten zwei Verfassungsrichter die abweichende Meinung, dass die Rücknahme der Verfassungsbeschwerde unwirksam sei; nach ihrer Ansicht sei die Besonderheit der Verfassungsjudikatur zu berücksichtigen, welche über den bloßen subjektiven Rechtsschutz hinaus die Verfassungsordnung wahren sollte. Für den Fall, dass die Beantwortung der in Betracht kommenden Verfassungsrechtsfrage von großer bzw. allgemeiner Bedeutung ist, scheidet die entsprechende Anwendung der zivilprozessrechtlichen Regelung über die Klagerücknahme also aus.

In diesem Zusammenhang äußerte die Minderheit der Verfassungsrichter ihre Meinung zur Hauptsache, welche bis zur Rücknahme der Verfassungsbeschwerde auch von der Mehrheit geteilt worden sein soll. Danach sei das angefochtene Urteil des KOGH aufzuheben; dieses Urteil habe die Wirksamkeit der beschränkten Verfassungswidrigerklärung ignoriert, indem es missachtet habe, dass es sich bei der beschränkten Verfassungswidrigerklärung um eine Stattgabe der Verfassungsbeschwerde im Sinne des § 75 Abs. 7 KVerfGG handelt. Dadurch sei dem Beschwerdeführer die verfassungsrechtlich gewährleistete Rechtsweggarantie willkürlich entzogen worden. Die ausnahmsweise Zulassung der Urteilsverfassungsbeschwerde, wie sie in der Entscheidung KVerfGE 9-2, 842 erstmals anerkannt worden war, treffe angesichts der gleich gearteten Problemlage – d.h. der fachgerichtlichen Ignorierung der Wirkung der beschränkten Verfassungswidrigerklärung – auch hier zu.

4. Stellungnahme

Die beschränkte Verfassungsmäßig- bzw. Verfassungswidrigerklärung ist nach der Rechtsprechung des KVerfG eine Art Normenkontrolle, keine Auslegungskontrolle³⁸¹. Eine solche Dichotomie erscheint deswegen unumgänglich, weil in Korea die Verfassungsbeschwerde gegen Gerichtsurteile nicht zulässig ist, während das KVerfG gegenüber dem Gesetzgeber über eine weitgehende Kontrollkompetenz verfügt.

Allerdings zeigen die Begründungen des KVerfG zugleich auch die Tendenz, zwischen der beschränkten Verfassungsmäßig- bzw. Verfassungswidrigerklärung und dem Gebot der verfassungskonformen Auslegung einen engen Zusammenhang anzunehmen. So hat das Gericht zum Beispiel die Notwendigkeit der beschränkten Verfassungsmäßigerklärung ohne Weiteres aus dem Gebot der verfassungskonformen Auslegung abgeleitet³⁸² oder die beschränkte Verfassungswidrigerklärung tatsächlich mit der Verwerfung einer verfassungswidrigen *Auslegungsmöglichkeit*

³⁸¹ KVerfGE 9-2, 842 (864).

³⁸² Vgl. KVerfGE 1, 131 (145 f.).

durch das Normenkontrollgericht gleichgesetzt³⁸³.

Die Verwechslung der verfassungskonformen Auslegung mit der qualitativen Teilnichtigkeitsklärung ist unter theoretischen Aspekten zunächst fraglich: Die Auswahl einer verfassungsmäßigen Auslegung aus mehreren Auslegungsmöglichkeiten ist Sache der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt. Wählen sie eine nicht verfassungskonforme Auslegung, so sind sie dafür unmittelbar verantwortlich, nicht der Gesetzgeber. Dementsprechend handelt es sich bei der Überwachung der verfassungskonformen Auslegung zweifelsohne um eine Verwaltungs- oder eine Rechtsprechungskontrolle. Von einer Gesetzgebungskontrolle kann erst dann die Rede sein, wenn der mögliche Sinn des Gesetzeswortlauts und/oder die eindeutige Absicht des Gesetzgebers keine verfassungskonforme Auslegung zulässt³⁸⁴. Soweit das KVerfG die beschränkte Verfassungsmäßig- bzw. Verfassungswidrigerklärung mit mehreren Deutungsmöglichkeiten eines zur Prüfung stehenden Gesetzes verknüpft, die teils zu einem verfassungswidrigen, teils zu einem verfassungsmäßigen Ergebnis führen können, versteht sich der Einwand des KOGH, dass das KVerfG mittels der sog. beschränkten Verfassungsmäßig- bzw. Verfassungswidrigerklärung in Wahrheit nicht das Gesetz an sich, sondern die Auslegung des Gesetzes durch die Fachgerichte kontrollieren wollte.

Allerdings besteht eine praktische Schwierigkeit darin, dass die Grenze zwischen der Auslegung und dem Gesetzesinhalt als solchem in der Tat fließend ist; die Feststellung des Gesetzesinhalts bedarf einer menschlichen Erkenntnistätigkeit, die – in der Regel – schon eine bestimmte Gesetzesauslegung bewirkt. Die begriffliche Unterscheidung zwischen ihnen hängt wohl damit zusammen, dass der objektive Gesetzesinhalt bei allen Auslegungskanonens – d.h. der grammatischen, der systematischen, der historischen und der teleologischen Auslegung – je nach Erkenntnissubjekt etwas anders aufgefasst werden kann. Eine Staatsstelle zu bestimmen, welche das Gesetz authentisch auslegen soll, müsste eben deswegen notwendig sein. Die Fachgerichtsbarkeit hat gerade die Aufgabe festzustellen, ob und inwieweit sich eine Gesetzesauslegung mit dem objektiven Gesetzesinhalt deckt. Soweit eine fachgerichtliche Interpretation einfachen Rechts ihrerseits keinen objektiv unvertretbaren Fehler enthält, darf – und sollte vielleicht auch – das Verfassungsgericht für die Feststellung des Gesetzesinhaltes eine (aktuelle) fachgerichtliche Gesetzesauslegung als maßgeblich ansehen; funktionell-rechtlich wird vom Verfassungsgericht kaum erwartet, an Stelle der Fachgerichte eine alternative Möglichkeit der Auslegung einfachen Rechts zu finden. Nicht zu beanstanden ist mithin die Praxis des KVerfG,

³⁸³ Vgl. KVerfGE 9-2, 842 (861).

³⁸⁴ Zur Grenze der verfassungskonformen Auslegung vgl. *Spanner*, AöR 91 (1966), 503 (510 ff.); *Zippelius*, in: FG 25 Jahre BVerfG, Bd. II, S. 108 (115).

dass es meistens unter Bezugnahme auf diejenige Gesetzesauslegung, die die Fachgerichte als (einfachrechtlich) richtig beurteilt haben, eine (interpretative) Normkontrolle vornimmt.

Die so vorgenommene verfassungsrechtliche Bewertung eines Auslegungsergebnisses sollte als maßgeblich angesehen werden. Deswegen ist bedenklich, dass die Fachgerichte deren bindende Wirkung allgemein verneinen wollen, und zwar u.a. mit dem Argument, dass die von ihnen selbst vorgenommene Gesetzesauslegung nicht der Gesetzesinhalt als solcher sei; dadurch würden sie gegen den *Satz vom Widerspruch* verstoßen, indem sie einerseits verfechten, dass ihre Gesetzesauslegung auch dem KVerfG gegenüber verbindlich sein soll, und andererseits selbst die Authentizität ihrer Gesetzesauslegung leugnen, um dann das Verfassungsgericht daran zu hindern, bei der Normenkontrolle von ihrer Feststellung des Gesetzesinhalts auszugehen.

Auf der anderen Seite ist jedoch zu bedenken, dass das KVerfG über die Kassation eines bestimmten Auslegungsergebnisses hinaus seinerseits auf eine alternative Auslegungsmöglichkeit hinweisen sollte. Dies trifft unter anderem auf diejenige beschränkte Verfassungsmäßigerklärung zu, welche eine von der fachgerichtlichen Rechtsauffassung abweichende Auslegung vorzieht. In einem solchen Fall übt das Verfassungsgericht nicht einfach seine Normenkontrollkompetenz aus, sondern greift die Aufgabe der Norminterpretation auf, welche in erster Linie den Fachgerichten zugewiesen ist. Funktionell-rechtlich ist es freilich zweifelhaft, dass das Verfassungsgericht die Fachgerichte bei der Auslegung sowie Anwendung einfachen Rechts anweist. Ein derartiger Hinweis durch das Verfassungsgericht sollte folglich allenfalls als *obiter dictum* angesehen werden. Also ist die Bindungswirkung der beschränkten Verfassungsmäßig- bzw. Verfassungswidrigerklärung nur insoweit anzuerkennen, als sich diese auf eine (aktuelle) authentische Gesetzesauslegung durch die Fachgerichte beziehen.

D. Würdigung der koreanischen Verfassungsbeschwerde

Wegen des Ausschlusses gerichtlicher Entscheidungen vom Beschwerdegegenstand ist das Rechtsinstitut der Verfassungsbeschwerde in Korea lückenhaft. Nicht nur alle judikativen Akte, sondern auch diejenigen exekutiven Akte, die durch ein rechtskräftiges Gerichtsurteil gebilligt worden sind, fallen nicht in den Bereich der verfassungsgerichtlichen Kontrollkompetenz³⁸⁵. Nur die staatlichen Handlungen bzw. Unterlassungen, die außer Reichweite des fachgerichtlichen Rechtswegs stehen, können der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterworfen werden.

Kompensiert wird diese Rechtslage allerdings durch zweierlei, zum einen durch eine großzügige Auslegung der Sachentscheidungs Voraussetzungen der Verfassungsbeschwerde (im eigentlichen Sinne) und zum anderen durch die Einführung einer weiteren Art der Verfassungsbeschwerde, die im § 68 Abs. 2 KVerfGG geregelt ist. Zum Beispiel sind das Erfordernis der unmittelbaren Betroffenheit und das Gebot der Rechtswegerschöpfung in Korea so gelockert, dass etwa die Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen Rechtssätze weitreichender zugelassen wird als in Deutschland³⁸⁶. Der weiten Zulassung der Rechtssatzverfassungsbeschwerde dient auch, dass die Beschwerdefrist nicht mit dem Inkrafttreten eines Gesetzes beginnt, sondern erst mit dem aktuellen Betroffensein des Beschwerdeführers³⁸⁷. Die Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG fungiert demgegenüber als eine Art verdeckte Rechtssatzverfassungsbeschwerde³⁸⁸. Bei der Verfassungswidrigerklärung eines Gesetzes im Rahmen dieser Verfassungsbeschwerde ist das auf dem Gesetz beruhende rechtskräftige Gerichtsurteil nach § 75 Abs. 7 KVerfGG im Wege der Wiederaufnahme des Verfahrens aufzuheben. Vor allem kann diese Art der Verfassungsbeschwerde in Verbindung mit der Möglichkeit der beschränkten Verfassungswidrigerklärung einen sehr ähnlichen Effekt wie eine Kontrolle gerichtlicher Gesetzesauslegung herbeiführen³⁸⁹. Freilich sollte man nicht darüber hinweggetäuscht werden, dass eine solche Kombination in der Praxis nicht üblich ist. Wegen des Eindrucks, dass dadurch das KVerfG faktisch Gerichtsurteile auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin überprüft, ist das Gericht beim Erlass der beschränkten Verfassungsmäßig- bzw. Verfassungswidrigerklärung ziemlich zurückhaltend. In den letzten 23 Jahren verkündete das KVerfG die beschränkte Verfassungswidrigerklärung

³⁸⁵ Siehe oben C. I. 2. c) bb) (3) (a).

³⁸⁶ Siehe oben C. I. 2. d) dd) u. e) bb).

³⁸⁷ Siehe oben C. I. 2. f) aa).

³⁸⁸ Siehe oben C. II. 1.

³⁸⁹ Siehe oben C. III.

nur in 26 Fällen der Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG³⁹⁰.

Insgesamt ist der Schwerpunkt der verfassungsgerichtlichen Kontrolle in Korea infolge des Ausschlusses der Urteilsverfassungsbeschwerde – verglichen mit dem deutschen Beispiel – in erheblichem Maß von der Einzelaktkontrolle auf die Rechtsatzkontrolle verschoben. Das heißt, in Korea gerät das Verfassungsgericht öfter in eine unmittelbare verfassungsrechtliche Konfrontation mit dem Gesetzgeber als dies notwendig wäre. Dabei ist das KVerfG regelmäßig weder in der Lage, nur einen individualisierten Normenteil zum Prüfungsgegenstand zu machen, noch kann das Gericht von den Fachgerichten erwarten, ihm ihre Sachverhaltswürdigung bzw. Fallanschauung zu vermitteln. Dies kann sicherlich zu einer Überstrapazierung der menschlichen Kognitionsfähigkeit führen; abgesehen von Ausnahmen ist es fast unmöglich, unter Loslösung von einer konkreten Fallkonstellation und ohne Hilfe der fachgerichtlichen Sachaufbereitung alle verfassungsrechtlichen Probleme, welche einem Gesetz innewohnen können, vollkommen vorauszusagen. Vielleicht scheitert daran auch ein behutsamer Umgang mit dem besonders demokratisch legitimierten Staatsorgan; ein solcher könnte nach der Auffassung des amerikanischen Wissenschaftlers *Sunstein* zum größten Teil durch Einzelfallorientierung und Minimalisierung der juristischen Verfassungskonkretisierung erzielt werden³⁹¹. Zur Schonung des Gesetzgebers sollte die Normenkontrolle durch das Verfassungsgericht nicht das erste Mittel zum Grundrechtsschutz sein, sondern das letzte.

Mangels der Möglichkeit der Urteilsverfassungsbeschwerde bleibt dem KVerfG außerdem in verfassungsrechtlichen Fragen nicht immer das letzte Wort. Angesichts des dualistischen Justizsystems, namentlich der Trennung von KVerfG und Fachgerichten, droht somit die Zersplitterung der Rechtseinheit. Allerdings wäre es auch nicht wünschenswert, wenn man dieses Problem etwa durch die Vereinigung der beiden Gerichtsbarkeiten beseitigen wollte. Denn der folgende Vorteil des dualistischen Justizsystems würde dann verloren gehen:

Wenn die Kompetenz zur Normenverwerfung bei einem verselbständigten Verfassungsgericht monopolisiert ist, dürfen sich die Fachgerichte nicht beliebig über den gesetzgeberischen Entschluss hinwegsetzen. Zwar sind sie auch in die Verfassungsjudikatur einzubeziehen; die Verfassung bindet jedenfalls als unmittelbar geltendes Recht die gesamte Judikative. Die Fachgerichte können und müssen also ihrerseits das Gesetz in verfassungskonformer Weise auslegen und anwenden. Allerdings kann die fachgerichtliche Verfassungsrechtsprechung gegenüber dem Gesetzgeber keine Bindungswirkung haben; diese ist der verfassungsgerichtlichen Entscheidung vorbehalten. Dies ist von großer Bedeutung, weil dadurch die Gefahr einer Versteinigung der Rechtsordnung erheblich gemindert werden kann, ohne dabei den Gerichten eine starke Orientierung auf die verfassungsrechtliche

³⁹⁰ Vgl. KVerfG Statistik: http://www.ccourt.go.kr/home/main/bpm/stat_c1_sub02.jsp.

³⁹¹ Vgl. *Sunstein*, One Case at a Time, Preface u. S. 24 ff.

Wertordnung verwehren zu müssen. Ein Appell zur „*avoidance*“ einer unnötigen verfassungsrechtlichen Argumentation, wie sie in den USA als eine Erscheinung der „*judicial self-restraint*“ betont wird³⁹², wäre bei dem dualistischen Justizsystem weitgehend bedeutungslos; unbeschadet einer etwaigen abweichenden Verfassungsrechtsauffassung der Fachgerichte könnte der Gesetzgeber nämlich seinen ursprünglichen Spielraum für die Verfassungskonkretisierung behalten, solange und soweit für eine bestimmte Verfassungsrechtsfrage keine gegensätzliche verbindliche Rechtsprechung des Verfassungsgerichts vorliegt. In diesem Zusammenhang erscheint es vorzugswürdig, dass das Verfassungsgericht die Fachgerichte veranlasst, etwa vor der Richtervorlage zuerst nach einer verfassungskonformen Auslegung Ausschau zu halten, wie es in Deutschland der Fall ist³⁹³. Eine dadurch geförderte aktive Auseinandersetzung mit verfassungsrechtlichen Fragen innerhalb der gesamten Gerichtsbarkeit kann eine wichtige Grundlage für die Rationalisierung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung bilden. Soweit eine verfassungskonforme Auslegungsmöglichkeit vorhanden ist, sollte die Richtervorlage somit zunächst nicht zugelassen werden. Allerdings darf dies nicht zur vollständigen Ausschließung der verfassungsgerichtlichen Eingriffsmöglichkeit führen. Das Verfassungsgericht sollte erforderlichenfalls die Chance haben, selbst eine authentische Verfassungsauslegung vorzunehmen. Um des individuellen Rechtsschutzes willen wäre es besser, wenn – wie in Deutschland – die Urteilsverfassungsbeschwerde, mit welcher eine verfehlte Verfassungsauslegung durch die Fachgerichte oder die betreffende Norm samt der darauf beruhenden rechtskräftigen Gerichtsentscheidung zu kontrollieren ist, unbenommen bleiben würde.

In dieser Hinsicht stellt das Rechtsinstitut der Urteilsverfassungsbeschwerde nicht nur ein Mittel zur Vereinheitlichung der Verfassungsrechtsprechung dar, sondern – in Zusammenwirkung mit dem dualistischen Justizsystem – auch einen prozessualen Katalysator für die Aktivierung der Grundrechtsjudikatur innerhalb der gesamten Gerichtsbarkeit. Es könnte zwischen dem Verfassungsgericht und der Fachgerichtsbarkeit einen argumentativen Dialog über verfassungsrechtliche Fragen vermitteln, was wiederum zu gut überlegten Entscheidungen der beiden Gerichtsbarkeiten führen würde. Ein solcher Dialog besteht in Korea wegen der fehlenden Möglichkeit der Urteilsverfassungsbeschwerde leider so gut wie gar nicht. Das KVerfG hat vor dem Erlass einer authentischen Verfassungsauslegung keine Gelegenheit, die Rechtsauffassung der anderen Gerichte hinreichend zu berücksichtigen. Es muss selbst in Bagatellsachen in erster Instanz entscheiden. Damit besteht die Gefahr, dass die Rationalität der verfassungsgerichtlichen Entscheidung in gravierendem Maße leidet.

³⁹² Unter den *Justices* des US *Supreme Court* besteht Uneinigkeit darüber, ob die sog. „*Avoidance*“-Doktrin als ein absolutes Gebot oder eine diskretionäre *Maxime* anzusehen ist. Das Fehlen eines einheitlichen Standards hierfür hat zum Vorwurf der Gefahr einer *Manipulation* geführt. Vgl. *Kloppenber*, 35 B.C.L.Rev. 1003 (1004).

³⁹³ Vgl. BVerfGE 85, 329 (333 f.); 86, 71 (77); 124, 251 (262 ff.); kritisch aber *Vofßkuhle*, AöR 125 (2000), 177 (199 f.).

Zusammenfassung und Ausblick

Die Frage, warum eine Gerichtsentscheidung zum Prüfungsgegenstand eines *außerordentlichen Grundrechtsschutzmittels* werden sollte, ist nicht *a priori* zu beantworten. Um judikatives Unrecht zu sanktionieren, könnte man an Stelle des außerordentlichen Rechtsbehelfs noch einen weiteren *Rechtsbehelf im ordentlichen Rechtsweg* vorsehen. Der Grund, warum dieser Weg nicht vorzuziehen ist, lässt sich nicht durch die Annahme erklären, dass die Mentalität der Fachrichter für die Wahrung der Grundrechte weniger geeignet sei als die der Verfassungsrichter. Der politische Modus der Verfassungsrichterwahl gewährleistet nicht unbedingt die Qualifikation für einen Hüter der Verfassung¹. Die Notwendigkeit der Urteilsverfassungsbeschwerde ist ebenso wenig direkt aus dem Wesen bzw. Begriff der Verfassungsbeschwerde herzuleiten². Es kommt vielmehr auf das Spezifikum der Justizstruktur oder des Gerichtsverfahrens eines bestimmten Staates an. Viele Konzeptionen über das außerordentliche Grundrechtsschutzmittel sind gerade daran gekoppelt.

Aus der genetischen Untersuchung lässt sich erkennen, dass in der Bundesrepublik Deutschland die Verselbständigung des Verfassungsgerichtswesens, dem die Normenkontrolle obliegt, einen wichtigen Ausgangspunkt für die Einführung der Verfassungsbeschwerde bildete³. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollte das Rechtsinstitut der Verfassungsbeschwerde vor allem dem Einzelnen ermöglichen, selbst die einem Gerichtsurteil zugrunde liegende Norm beim BVerfG vorzulegen und sie anzugreifen. Auch für den Fall, dass ein Gerichtsurteil zum unmittelbaren Beschwerdegegenstand wird, stellt sich das Verfahren der Verfassungsbeschwerde eher als ein neuer Modus der Normenprüfung dar denn als Korrektur einer unrichtigen rechtskräftigen Gerichtsentscheidung; die Entscheidung des BVerfG enthält in aller Regel eine – zumindest konkludente – Grenzziehung hinsichtlich des gesetzgeberischen Spielraums.

In Korea ist das Rechtsinstitut der Verfassungsbeschwerde zweigeteilt: zum einen gibt es die Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 1 KVerfGG und zum anderen diejenige gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG. Diese Zweiteilung der Verfassungsbeschwerde hängt nicht zuletzt mit dem Ausschluss der Gerichtsurteile vom statthaften Beschwerdegegenstand zusammen; wegen des Fehlens des Instituts der Urteilsverfassungsbeschwerde musste in Korea noch eine weitere Art der Verfassungsbe-

¹ Siehe oben Erster Teil, A. II. 3. d) aa) (2).

² Siehe oben Zweiter Teil, A.

³ Siehe oben Zweiter Teil, C. I.

schwerde eingeführt werden, damit der Betroffene die vom Ausgangsgericht unterlassene Vorlage einer entscheidungserheblichen Norm nachholen kann, was in Deutschland in der Form der sog. verdeckten Rechtssatzverfassungsbeschwerde erfolgt. Ansonsten orientiert sich die koreanische Verfassungsbeschwerde im Ganzen und Großen am deutschen Vorbild. Die Grundlage für eine solche Orientierung am deutschen Vorbild ist die Verselbständigung des Normenkontrollgerichts. In der Tat bildet die Normenprüfung das Hauptfeld der koreanischen Verfassungsbeschwerde.

Aber warum sollte die Normenkontrollkompetenz dem Verfassungsgericht zugeordnet werden? Darauf gibt etwa die *Cappelletti*'sche Erklärung keine befriedigende Antwort⁴. Die Auffassung *Cappellettis*, dass die Mentalität der gewöhnlichen Richter im *Civil-Law*-Rechtskreis für die Verfassungsjudikatur nicht geeignet sei, ist übertrieben; ihr kommt allenfalls eine provisorische Geltung zu. Der Grund für die Errichtung des Verfassungsgerichts liegt vielmehr darin, dass die verhältnismäßig große Struktur der traditionellen höchsten Gerichtshöfe im *Civil-Law*-Rechtskreis und die damit verbundene breite Anrufungsmöglichkeit der Gerichtshöfe durchaus als bewahrenswert anzusehen ist, während die Wahrung der Rechtseinheit im verfassungsrechtlichen Bereich einer kleineren Gerichtsorganisation bedarf.

Eine solche Erwägung gilt auch für Korea, obwohl der KOGH bislang seine relativ kleine personelle Struktur beibehält; es gibt in Korea einen großen Bedarf an höchstinstanzgerichtlicher Rechtsprechung und somit erscheint es überaus wünschenswert, etwa durch die Aufteilung des KOGH in mehrere Senate und deren fachliche Spezialisierung die Kapazität des Gerichts zu vergrößern⁵. Um nicht nur die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit, sondern auch die der Fachgerichtsbarkeit zu fördern, empfiehlt sich durchaus die Zerteilung der gesamten Gerichtsorganisation, d.h. die institutionelle Trennung der beiden Gerichtsbarkeiten.

Zwischen der Verselbständigung des Normenkontrollgerichts und der Einführung der Urteilsverfassungsbeschwerde besteht eine enge Korrelation. Im Hinblick auf die Normenkontrollkompetenz des BVerfG beschloss der deutsche Gesetzgeber die Einführung der (Urteils-)Verfassungsbeschwerde⁶. Die Befugnis des BVerfG zur authentischen Verfassungsauslegung, die auch dem Gesetzgeber gegenüber verbindlich ist, gibt ferner einen Ansatz für die Entwicklung einer differenzierten verfassungsgerichtlichen Prüfungsdichte bei der Urteilsverfassungsbeschwerde⁷.

Die Auswirkung der institutionellen Nichtzulassung der Urteilsverfassungsbe-

⁴ Siehe oben Erster Teil, A. II.

⁵ Siehe oben Erster Teil, B. II.

⁶ Siehe oben Zweiter Teil, C. I.

⁷ Siehe oben Zweiter Teil, C. II.

schwerde auf die verfassungsgerichtliche Normenprüfung lässt sich am koreanischen Beispiel gut erkennen: Wegen des Fehlens des Instituts der Urteilsverfassungsbeschwerde ist das KVerfG regelmäßig nicht in der Lage, seinen Prüfungsumfang auf einen individualisierten Normenteil einzugrenzen. Das Gericht kann ebenso wenig erwarten, dass ihm die Fachgerichte ihre Sachverhaltswürdigung bzw. Fallanschauung vermitteln. Wegen des Umstands, dass das Verfassungsgericht das Gesetz losgelöst von seiner konkreten Anwendung abstrakt und generell überprüfen muss, leidet die Rationalität der verfassungsgerichtlichen Entscheidung gegebenenfalls erheblich⁸.

Allerdings ist zu beachten, dass die Einführung der Urteilsverfassungsbeschwerde in Korea ein neues Problem aufwerfen könnte. Vor allem könnte das KVerfG durch die Flut von Urteilsverfassungsbeschwerde in starkem Maße überlastet werden. Die prozessualen Steuerungsmittel wie etwa die Eintragung mangelhafter Verfassungsbeschwerden in das Allgemeine Register, die Auferlegung einer Missbrauchsgebühr, die strenge Anwendung des Erfordernisses der Substantiierung bzw. des Grundsatzes der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde bringen ihrerseits so viele Probleme mit sich⁹, dass sie wenig empfehlenswert erscheinen. Stattdessen wäre es besser, über ein *Outsourcing* eines Teils der Verfassungsbeschwerden nachzudenken, wie es von der ehemaligen Verfassungsrichterin *Karin Graßhof* vorgeschlagen worden ist¹⁰. Daneben ist noch in Erwägung zu ziehen, ob das bestehende koreanische Vorprüfungsverfahren nicht dahin reformiert werden sollte, dass in Zukunft die Kammern nicht nur unzulässige Verfassungsbeschwerden filtern können, sondern auch offensichtlich unbegründete. Bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten der Urteilsverfassungsbeschwerde könnte eine Differenzierung zwischen der unmittelbaren und der mittelbaren Grundrechtsverletzung dienlich sein: Für die mittelbare Grundrechtsverletzung sollte der Prüfungsmaßstab das Willkürverbot sein, wie es in dieser Arbeit rekonstruiert worden ist¹¹. Für die unmittelbare Grundrechtsverletzung wäre die *Schumann*'sche „Umdenken-Methode“ maßgeblich; die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung ist jedenfalls dadurch gekennzeichnet, dass sie der gesamten öffentlichen Gewalt gegenüber verbindlich sein sollte. Dies darf auch bei der Kontrolle der Zweiten bzw. der Dritten Gewalt niemals außer Acht gelassen werden.

⁸ Siehe oben Dritter Teil, D.

⁹ Siehe oben Zweiter Teil, B. III. 1.

¹⁰ Siehe oben Zweiter Teil, B. III. 1. c).

¹¹ Siehe oben Zweiter Teil, B. III. 2. a) bb) (2) (c) (β) u. (γ).

Literaturverzeichnis

- Adamovich, Ludwig*, Zur Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, ZöfFR 4 (1925), 367-444.
- *ders.*, Der Kremstaler Entwurf und die österreichische Bundesverfassung, ZöfFR 6 (1927), 561-571.
- Adamovich, Ludwig junior*, Eine neue Republik? Gedanken zur Verfassungsreform, Wien 2004.
- *ders./Funk, Bernd-Christian/Holzinger, Gerhart*, Österreichisches Staatsrecht, Band 2: Staatliche Organisation, Wien 1998.
- Adler, Matthew D.*, Rights, Rules and the Structure of Constitutional Adjudication: A Response to Professor Fallon, Harvard Law Review 113 (Apr. 2000), 1371-1420 (zitiert: *Adler*, 113 Harv.L.Rev. 1371).
- Aichreiter, Josef Walter*, Zur Abgrenzung von Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit. Wahrung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte und Bindung an den Sachverhalt, JBl. 1980, 406-420.
- Alexy, Helmut*, Verfassungsbeschwerde, in: *Mosler, Hermann* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung, Köln, Berlin 1962, S. 738-742.
- Alexy, Robert*, Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985.
- *ders.*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), 7-33.
- Alleweldt, Ralf*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, Tübingen 2006.
- Anraths*, Diskussionsbeitrag, in: Verhandlungen des vierunddreißigsten Deutschen Juristentags, Bd. II, Köln 1926, S. 235-244.
- Anschütz, Gerhard/Thoma, Richard* (Hrsg.), Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. II, Tübingen 1932 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Anschütz/Thoma*, HdbDStR II).
- Anzenberger, Zeno*, Das Bundesverfassungsgericht auf dem Weg zu einem freien Annahmeverfahren nach dem Vorbild des U.S. Supreme Court, Diss. Univ. Regensburg 1998.
- Arnim, Hans Herbert von*, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, München 1984.
- Azizi, Josef*, Probleme der geteilten Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, Ö JZ 1979, 627-635.
- Badura, Peter*, Die Verfassungsbeschwerde gegen gerichtliche Entscheidungen wegen einer Verletzung von Verfahrensgrundrechten, in: Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 3-12.
- Barberis, Julio A.*, Verfassungsgerichtsbarkeit in Mexiko, in: *Mosler, Hermann* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung, Köln, Berlin 1962, S. 392-416.
- Barton, Sonja*, Die geschichtliche Entwicklung der verfassungsrechtlichen Normenprüfung in Österreich, Diss. Univ. Wien 2001.
- de Bary, William Theodore*, Asian Values and Human Rights. A Confucian Communitarian Perspective,

- Cambridge (Massachusetts) u.a. 1998.
- Bauer, Hartmut*, Altes und Neues zur Schutznormtheorie, AöR 113 (1988), 582-631.
- Baum, Marius*, Der Schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der jüngeren Entwicklung des Verwaltungsrechts und des Human Right Act 1998, Baden-Baden 2004.
- Baum, Lawrence*, Probing the Effects of Judicial Specialization, Duke Law Journal 58 (2009), 1667-1684 (zitiert: *L. Baum*, 58 Duke L.J. 1667).
- Belaunde, Doming García*, Latin American Habeas Corpus, JöR n.F. 49 (2001), 513-534.
- Benda, Ernst/Klein, Eckart*, Verfassungsprozessrecht. Ein Lehr- und Handbuch, 2. Aufl., Heidelberg 2001.
- Bender, Michael*, Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung gerichtlicher Entscheidungen. Zur Bedeutung der Grundrechte für die Rechtsanwendung, Heidelberg 1991.
- *ders.*, Diskussionsbeitrag, in: Verhandlungen des 61. Deutschen Juristentages, Band II/1, Karlsruhe 1996, S. O67-O70.
- Beppler, Klaus*, Änderungen im arbeitsgerichtlichen Verfahren durch das Anhörungsrügensgesetz, RdA 2005, 65-78.
- Berchtold, Josef*, Die Anhörungsrüge nach § 178a SGG – Vom Umgang des Gesetzgebers mit Rechtssprechungsressourcen, NZS 2006, 9-17.
- Berchtold, Klaus*, Die Entlastung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts in Österreich. Neuregelungen zum 1. August 1984/1. Jänner 1985, EuGRZ 1984, 385-388.
- Berg, Wilfried*, Kassation gerichtlicher Urteile, die in bundesrechtlich geordneten Verfahren ergangen sind, in: *Starck, Christian/Stern, Klaus* (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Teilband II, Zuständigkeiten und Verfahren der Landesverfassungsgerichte, Baden-Baden 1983, S. 529-549.
- Berkemann, Jörg*, Das Bundesverfassungsgericht und „seine“ Fachgerichtsbarkeiten. Auf der Suche nach Funktion und Methodik, DVBl. 1996, 1028-1040.
- Bertrams, Michael*, Zur Überprüfung gerichtlicher Asyl-Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, DVBl. 1991, 1226-1230.
- Bettermann, Karl August*, Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtssetzungsakte der öffentlichen Gewalt, AöR 86 (1961), 129-186.
- *ders.*, Die verfassungskonforme Auslegung: Grenzen u. Gefahren, Heidelberg 1986.
- *ders.*, Die Aufgabe: Fachgericht für Verfassungsrecht. Für einen geheimen Staatsrat in Karlsruhe ist kein Platz, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 20. 12. 1996, S. 13.
- Bickel, Alexander M.*, The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the bar of politics, Indianapolis u.a. 1962.
- Billing, Werner*, Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema „Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit“, Berlin 1969.
- Blasberg, Georg*, Verfassungsgerichte als Ersatzgesetzgeber. Entscheidungsaussprüche bei Normenkontrollen von Bundesverfassungsgericht und Corte Costituzionale, Frankfurt a.M. 2003.

- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus, 2. Aufl., Berlin 1981.
- *ders.*, Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge, in: *ders./Jekewitz, Jürgen/Ramm, Thilo* (Hrsg.), Soziale Grundrechte. 5. Rechtspolitischer Kongreß der SPD vom 29. Februar bis 2. März 1980 in Saarbrücken, Teil 2, Heidelberg, Karlsruhe 1981, S. 7-16.
 - *ders.*, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, München 1990.
 - *ders.*, Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, *Der Staat* 29 (1990), 1-31.
 - *ders.*, Die Überlastung des Bundesverfassungsgerichts, *ZRP* 1996, 281-284.
 - *ders.*, Verfassungsfragen der Richterwahl. Dargestellt anhand der Gesetzentwürfe zur Einführung der Richterwahl in Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl., Berlin 1998.
 - *ders.*, Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation, *NJW* 1999, 9-17.
 - *ders.*, Wie werden in Deutschland die Grundrechte im Verfassungsrecht interpretiert?, *EuGRZ* 2004, 598-603.
- Bogs, Harald*, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Stuttgart 1966.
- Boulanger, Werner*, Die geschichtlichen Grundlagen der heutigen Verfassungsbeschwerde, Diss. Univ. Heidelberg 1954.
- Brewer-Carías, Allan-Randolph*, Judicial review in comparative law, Cambridge u.a. 1989.
- *ders.*, Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceedings, Cambridge u.a. 2009.
- Broß, Siegfried*, Das Bundesverfassungsgericht und die Fachgerichte, *BayVBl.* 2000, 513-518.
- Brugger, Winfried*, Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze, *AöR* 119 (1994), 1-34.
- Brünneck, Alexander von*, Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien. Ein systematischer Verfassungsvergleich, Baden-Baden 1992.
- Brunner, Georg*, Vier Jahre ungarische Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *ders./Sólyom, Laszlo* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn, Baden-Baden 1995, S. 13-58.
- *ders.*, Der Zugang des Einzelnen zur Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Raum, *JöR n.F.* 50 (2002), 191-256.
- Bryde, Brun-Otto*, Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1982.
- *ders.*, Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. I: Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozeß, Tübingen 2001, S. 533-561.
- Buermeyer, Ulf*, Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde in Strafsachen, in: *Rensen, Harmut/Brink, Stefan* (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern, Berlin 2009, S. 35-57.
- Burgermeister, Udo*, „Einfachrechtliche Richtigkeit“ als Kriterium bei der Bestimmung des Schutzbe-

- reiches des Art. 103 Abs. 1 GG ?, in: Festgabe für Karin Graßhof, Heidelberg 1998, S. 141-164.
- Burmeister, Joachim*, Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung. Verfassungskonforme Auslegung oder vertikale Normendurchdringung?, Berlin, Frankfurt a.M. 1966.
- *ders.*, Das Bundesverfassungsgericht als Revisionsinstanz, DVBl. 1969, 605-612.
- Cappelletti, Mauro*, Judicial Review in the Contemporary World, Indianapolis (N.Y.) u.a. 1971.
- Cappelletti, Mauro/Ritterspach, Theodor*, Die gerichtliche Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze in rechtsvergleichender Betrachtung, JöR n.F. 20 (1971), 66-109.
- Cardoso da Costa, José Manuel Moreira*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Portugal, in: *Starck, Christian/Weber, Albrecht* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Bd. I: Berichte, 2. Aufl., Baden-Baden 2007, S. 199-225.
- Caul, Hans Friedhelm*, Rechtswegerschöpfung im Sinne des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG und Wiederaufnahme des Verfahrens in der Zivilgerichtsbarkeit, in: Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag, Tübingen 2001, S. 89-131.
- Chang, Wejen*, Confucian Theory of Norms and Human Rights, in: *de Bary, William Theodore/Weiming, Tu* (Hrsg.), Confucianism and Human Rights, New York 1998, S. 117-141.
- Cross, Frank B.*, Identifying the Virtues of the Common Law, The Supreme Court Economic Review 15 (2007), 21-59 (zitiert: *Cross*, 15 Sup. Ct. Econ. Rev. 21).
- Currie, David P.*, Ermessen im Annahmeverfahren: „Certiorari“ im amerikanischen Supreme Court, in: *Bogs, Harald* (Hrsg.), Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht, Baden-Baden 1999, S. 39-45.
- Dagtolglou, Prodromos*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Griechenland, in: *Starck, Christian/Weber, Albrecht* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Bd. I: Berichte, 2. Aufl., Baden-Baden 2007, S. 289-311.
- Damle, Sarang Vijay*, Specialize the Judge, Not the Court: A Lesson from the German Constitutional Court, Virginia Law Review 91 (2005), 1267-1311 (zitiert: *Damle*, 91 Va.L.Rev. 1267).
- DeAngelis, Richard C.*, People's Republic of China, in: *Katz, Alan N.* (Hrsg.), Legal Traditions and Systems. An International Handbook, New York u.a. 1986, S. 243-272.
- Depenheuer, Otto*, Fluch und Segen der Urteilsverfassungsbeschwerde, in: 헌법논총 [Archiv des Verfassungsrechts] 19 (2008), 829-857.
- Desens, Marc*, Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde und ihr Verhältnis zu fachgerichtlichen Anhörrungen, NJW 2006, 1243-1247.
- Doemming, Klaus-Berto von/Füsslein, Rudolf Werner/Matz, Werner*, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR n.F. 1 (1951), 1 ff.
- Domcke, Hans*, Die bayerische Popularklage, in: *Starck, Christian/Stern, Klaus* (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Teilband II: Zuständigkeiten und Verfahren der Landesverfassungsgerichte, Baden-Baden 1983, S. 231-255.
- Dreier, Horst* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 2. Aufl., Tübingen 2004 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Dreier*, GG).
- Drumeva, Emilia*, Diskussionsbeitrag, in: *Frowein, Jochen Abr./Marauhn, Thilo* (Hrsg.), Grundfragen

- der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, Berlin u.a. 1998, S. 567-568.
- Düwel, Martin*, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen. Zu einem Kooperationsverhältnis von Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit, Baden-Baden 2000.
- Eckardt, Wolf-Dieter*, Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung. Ihre dogmatische Berechtigung und ihre Grenzen im deutschen Recht, Berlin 1964.
- Ehlers, Dirk*, Die Fortsetzungsfeststellungsklage, JURA 2001, 415-423.
- Ehmke, Horst*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), 53-102.
- Engisch, Karl*, Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl., Stuttgart 2005.
- Epstein, Lee/Segal, Jeffrey/Spaeth, Harold J./Walker, Thomas G.*, The Supreme Court Compendium. Data, Decisions, and Developments, 3. Aufl., Washington (DC) 2003.
- Ermacora, Felix*, Der Verfassungsgerichtshof. Rechtsgrundlagen und kommentarmäßige Erläuterungen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der Gerichtshöfe öffentlichen Rechtes, Graz u.a. 1956.
- *ders.*, Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte. Ein Kommentar zu den österreichischen Grundrechtsbestimmungen, Wien 1963.
- Esser, Josef*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, Frankfurt a.M. 1970.
- Eyermann, Erich/ Fröhler, Ludwig* (Begr.), Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar, 12. Aufl., München 2006 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Eyermann, VwGO*).
- Faller, Hans Joachim*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Frankfurter Reichsverfassung vom 28. März 1849, in: Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung, Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 827-855.
- Fallon, Richard H.*, As-applied and Facial Challenges and Third-Party Standing, Harvard Law Review 113 (Apr. 2000), 1321-1370 (zitiert: *Fallon*, 113 Harv.L.Rev. 1321).
- Fehling, Michael/Kastner, Berthold* (Hrsg.), Verwaltungsrecht. Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2010 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Fehling/Kastner, Verwaltungsrecht*).
- Friesenhahn, Ernst*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, in: *Mosler, Hermann* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung, Köln, Berlin 1962, S. 89-197.
- Fröhlinger, Margot*, Die Erledigung der Verfassungsbeschwerde. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis des Verfassungsprozeßrechts zum sonstigen Prozeßrecht, Baden-Baden 1982.
- Fu, Genqing/Liu, Ruixiang/Lin, Zhihe*, The Classic of Filial Piety (Xiaojing), 2. Aufl., Jinan (China) 1998.
- Fuchs, Peter Paul*, Das Oberste Bundesgericht, JZ 1953, 592-594.
- Garlicki, Lech*, Constitutional Courts versus Supreme Courts, International Journal of Constitutional Law 5 (2007), 44-68 (zitiert: *Lech Garlicki*, 5 Int'l J. Const. L. 44).
- Garlicki, Leszek*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Polen, in: *Luchterhandt, Otto/Starck, Christian/Weber, Albrecht* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, Bd. I: Be-

- richte, Baden-Baden 2007, S. 75-103.
- Geiger, Willi*, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951. Kommentar, Berlin, Frankfurt a. M. 1952.
- *ders.*, Verwaltungsgerichtlicher Schutz gegen Polizeieinverleibung. Ein Beitrag zur Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 GG, in: Festschrift für den 45. Deutschen Juristentag, Karlsruhe 1964, S. 61-79.
- Gerhardt, Walter*, Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozeß, speziell: Zwangsvollstreckung, ZZP 95 (1982), 467-494.
- Giacometti, Zaccaria*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichtes (Die staatsrechtliche Beschwerde), Zürich 1933.
- Ginsburg, Tom*, Economic Analysis and the Design of Constitutional Court, Theoretical Inquiries in Law 3 (2002), 49-81 (zitiert: *Ginsburg*, 3 Theoretical Inquiries L. 49).
- *ders.*, Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases, Cambridge 2003.
- Gionea, Vasile/Tontsch, Günther*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Rumänien, in: *Luchterhandt, Otto/Starck, Christian/Weber, Albrecht* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, Bd. I: Berichte, Baden-Baden 2007, S. 105-127.
- Glenn, H. Patrick*, Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law, 3. Aufl., Oxford u.a. 2007.
- Göldner, Detlef Christoph*, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung. Verfassungskonkretisierung als Methoden- und Kompetenzproblem, Berlin 1969.
- Grabenwarter, Christoph*, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., München u.a. 2009.
- Grafhof, Karin*, Entlastung des Bundesverfassungsgerichts durch Aufspaltung der Entscheidungszuständigkeit über Verfassungsbeschwerden, in: *Bogs, Harald* (Hrsg.), Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht, Baden-Baden 1999, S. 115-122.
- Gu, Xuewu*, Konfuzius zur Einführung, Hamburg 1999.
- Guckelberger, Annette*, Die Anhörungsrüge nach § 152a VwGO n.F., NVwZ 2005, 11-15.
- Gusy, Christoph*, Der Gleichheitsschutz des Grundgesetzes, JuS 1982, 30-36.
- *ders.*, Richterliches Prüfungsrecht. Eine verfassungsgeschichtliche Untersuchung, Berlin 1985.
- *ders.*, Die Verfassungsbeschwerde. Voraussetzungen und Verfahren, Heidelberg 1988.
- *ders.*, Das Parlament als Wahlorgan, Gesetzgeber und Prozeßpartei im Verhältnis zum Bundesverfassungsgericht, in: *Schneider, Hans-Peter/Zeh, Wolfgang* (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1989, S. 1619-1656.
- *ders.*, Die Verfassungsbeschwerde, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I: Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozeß, Tübingen 2001, S. 641-671.
- *ders.*, Die Verfassungsbeschwerde, in: *van Ooyen, Robert Chr./Möllers, Martin H.W.* (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht im politischen System, Wiesbaden 2006, S. 201-213.
- Haak, Volker*, Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters, Bonn 1963.
- Haas, Evelyn*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichte, in: Verfassung als Verantwortung und

- Verpflichtung. Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, München u.a. 1997, S. 27-44.
- Häberle, Peter*, Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit, JöR n.F. 45 (1997), 89-135.
- *ders.*, Das Bundesverfassungsgericht als Muster einer selbständigen Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I: Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozeß, Tübingen 2001, S. 311-331.
- Haboush, JaHyun Kim*, The Confucianization of Korean Society, in: *Rozman, Gilbert* (Hrsg.), The East Asian Region. Confucian Heritage and its Modern Adaptation, Princeton (New Jersey) 1991, S. 84-110.
- Häfelin, Ulrich/Haller, Walter/Keller, Helen*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich u.a. 2008.
- Hain, Sabine*, Die Individualverfassungsbeschwerde nach Bundesrecht. Von den Vorarbeiten zu einer deutschen Verfassung bis zur Aufnahme der Verfassungsbeschwerde ins Grundgesetz, Baden-Baden 2002.
- Haller, Herbert*, Die Prüfung von Gesetzen. Ein Beitrag zur verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle, Wien u.a. 1979.
- Haller, Walter*, Das schweizerische Bundesgericht als Verfassungsgericht, in: *Starck, Christian/Weber, Albrecht* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Bd. I: Berichte, 2. Aufl., Baden-Baden 2007, S. 91-129.
- Hatajiri, Tsuyoshi*, Ein Versuch zum richterlichen Prüfungssystem unter rechtsvergleichenden Gesichtspunkten. Reformvorschläge in Japan, JöR n.F. 51 (2003), 711-723.
- Hay, Peter*, US-Amerikanisches Recht, 4. Aufl., München, Wien 2008.
- Heck, Karl*, Diskussionsbeitrag, in: *Mosler, Hermann* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung, Köln, Berlin 1962, S. 797-801.
- Heinz, Wolfgang S.*, Vom Mythos der „Asiatischen Werte“, in: *Schubert, Gunter* (Hrsg.), Menschenrechte in Ostasien. Zum Streit um die Universalität einer Idee II, Tübingen 1999, S. 53-73.
- Hellbling, Ernst*, Die geschichtliche Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, JBl. 1951, 197-201.
- Hellbling, Ernst C.*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, 2. Aufl., Wien u.a. 1974.
- Henning, Siegwald*, Die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Rechtssatz-Verfassungsbeschwerde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Diss. Univ. Göttingen 1981.
- Hering, Eugen*, Der Plan eines Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes, DÖ V 1967, 153-156.
- Hermes, Georg*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), 119-154.
- Herrmann, Nadine E.*, Entstehung, Legitimation und Zukunft der konkreten Normenkontrolle im modernen Verfassungsstaat. Eine verfassungsgeschichtliche Untersuchung des richterlichen Prüfungsrechts in Deutschland unter Einbeziehung der französischen Entwicklung, Berlin 2001.

- Herzog, Roman*, Das Bundesverfassungsgericht und die Anwendung einfachen Gesetzesrechts, in: Das akzeptierte Grundgesetz. Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag, München 1990, S. 431-445.
- Hesse, Konrad*, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 261-272.
- *ders.*, Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung, AöR 109 (1984), 174-198.
- *ders.*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1999.
- Heun, Werner*, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit. Reichweite und Grenzen einer dogmatischen Argumentationsfigur, Baden-Baden 1992.
- Heuser, Robert*, Einführung in die chinesische Rechtskultur, Hamburg 1999.
- Hillach, Elmar*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit Japans, Hamburg 1974.
- Hillgruber, Christian/Goos, Christoph*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., Heidelberg u.a. 2011.
- Hoffmann, Irene*, Der Grundsatz der Subsidiarität im Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention. Rechtliche Fundierung, Besonderheiten und Bedeutung, Frankfurt a.M. 2007.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Nachvollziehende Grundrechtskontrolle. Zum Verhältnis von Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit am Beispiel von Konflikten zwischen Medienfreiheit und Persönlichkeitsrecht, AöR 128 (2003), 173-225.
- Höfling, Wolfram*, Das Verbot prozeduraler Willkür – Zum dogmatischen Gehalt einer bundesverfassungsgerichtlichen Argumentationsfigur, JZ 1991, 955-962.
- Hofmann, Rainer*, Grundzüge des Amparo-Verfahrens in Mexiko, ZaöRV 53 (1993), 271-292.
- Hollaender, Adrian Eugen*, Hüter der Verfassung. Der Oberste Gerichtshof in Strafsachen aus verfassungsrechtlicher Perspektive, Graz 2005.
- Holländer, Pavel/Hofmann, Mahulena*, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechischen Republik, in: *Luchterhandt, Otto/Starck, Christian/Weber, Albrecht* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, Bd. I: Berichte, Baden-Baden 2007, S. 189-212.
- Holzinger, Gerhart*, Subsidiäre Verfassungsbeschwerde und neue Instrumente des Rechtsschutzes im Lichte des Österreicher-Konvents, in: Bundesministerium für Inneres (Hrsg.), Terror – Prävention – Rechtsschutz, Wien, Graz 2005, S. 103-116.
- Hömig, Dieter*, Die Verfassungsbeschwerde im Kammerverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, in: Festschrift für Hans-Joachim Driehaus zum 65. Geburtstag, Herne, Berlin 2005, S. 463-473.
- Hoppe, Werner*, Planung und Pläne in der verfassungsgerichtlichen Kontrolle, in: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. I, Tübingen 1976, S. 661-714.
- Hoppe, Werner/Schlarmann, Hans/Buchner, Reimar*, Rechtsschutz bei der Planung von Straßen und anderen Verkehrsanlagen, 3. Aufl., München 2001.
- Höblein, Marco*, Judikatives Unrecht. Subjektives Recht, Beseitigungsanspruch und Rechtsschutz gegen den Richter, Berlin 2007.
- van del Hövel, Markus*, Zulässigkeits- und Zulassungsprobleme der Verfassungsbeschwerde gegen

Gesetze, Berlin 1990.

Hsu, Tzong-li, Verfassungsgerichtsbarkeit in Taiwan, in: *Starck, Christian* (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt, Teil I. Deutsch-Japanisches Kolloquium vom 20. bis 24. September 2002 in Tokio und Kioto, Baden-Baden 2004, S. 101-116.

Huber, Ernst Rudolf, Das Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, Hamburg 1939.

Huber, Hans, Die Verfassungsbeschwerde. Vergleichende und kritische Betrachtungen, Karlsruhe 1954.

Huber, Michael, Anhörungsrüge bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, JuS 2005, 109-113.

Hufen, Friedhelm, Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl., München 2008.

Ipsen, Jörn, Grundrechtsschutz durch Fachgerichte, Verfassungsgerichte und den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: *Starck, Christian* (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt, Teil I. Deutsch-japanisches Kolloquium vom 20. bis 24. September 2002 in Tokio und Kioto, Baden-Baden 2004, S. 193-208.

Isensee, Josef, Bundesverfassungsgericht – quo vadis?, JZ 1996, 1085-1093.

Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl.,

Bd. III: Demokratie – Bundesorgane, Heidelberg 2005

Bd. V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, Heidelberg 2007

(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Isensee/Kirchhof*, HdbStR).

Ishibe, Masasuke, Gerichtsverfassungsrecht: ein historischer Überblick, in: *Coing, Helmut/Hirano, Ryuichi/Kitagawa, Zentaro* u.a. (Hrsg.), Die Japanisierung des westlichen Rechts. Japanisch-deutsches Symposium in Tübingen vom 26. bis 28. Juli 1988, Tübingen 1990, S. 63-82.

Isserles, Marc E., Overcoming Overbreadth: Facial Challenges and the Valid Rule Requirement, American University Law Review 48 (Dez. 1998), 359-464 (zitiert: *Isserles*, 48 Am.U.L.Rev. 359).

Jablonek, Clemens, Strukturfragen der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, ÖJZ 1998, 161-169.

- *ders.*, Die Gerichtsbarkeit im Bundesstaat, in: Festschrift anlässlich des 65. Geburtstages von Friedrich Koja, Wien u.a. 1998, S. 245-265.

- *ders.*, Stufung und „Entstufung“ des Rechts, ZÖR 60 (2005), 163-185.

Jaeger, Renate, Erfahrungen mit Entlastungsmaßnahmen zur Sicherung der Arbeitsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 2003, 149-154.

Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo, Grundgesetz. Kommentar, 11. Aufl., München 2011 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Jarass/Pieroth*, GG).

Jestaedt, Matthias, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, DVBl. 2001, 1309-1322.

Jost, Kim Matthias, Verfassungsprozessuale Probleme der Anhörungsrüge, in: *Rensen, Harmut/Brink, Stefan* (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern, Berlin 2009, S. 59-82.

Kau, Marcel, United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht. Die Bedeutung des United States Supreme Court für die Errichtung und Fortentwicklung des Bundesverfassungsgerichts,

- Berlin u.a. 2007.
- Kauffmann, Peter*, Die Abschaffung der Urteilsverfassungsbeschwerde, in: *Recht und Politik* 34 (1998), 29-39.
- Kelsen, Hans*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, *VVDStRL* 5 (1929), 30-88.
- Kelsen, Hans/Froehlich, Georg/Merkel, Adolf*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920. Kommentar, Wien 1922 (Nachdruck 2003).
- Kentner, Markus*, Das BVerfG als subsidiärer Superrevisor?, *NJW* 2005, 785-789.
- *ders.*, Vom „Hüter der Verfassung“ zum „Pannenhelfer der Nation“? Zur Kontrolldichte im Verfahren der Urteilsverfassungsbeschwerde, *DÖV* 2005, 269-280.
- Kim, Sung-Soo/Nishihara, Hiroshi*, Vom paternalistischen zum partnerschaftlichen Rechtsstaat. Entwicklungen im öffentlichen Recht Koreas und Japans an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Baden-Baden 2000.
- Kirchberg, Christian*, Willkürschutz statt Grundrechtsschutz? – Zum Bedeutungsverlust der Grundrechte im Verfahren der Verfassungsbeschwerde, *NJW* 1987, 1988-1997.
- Kirchhof, Paul*, Objektivität und Willkür, in: *Festschrift für Willi Geiger zum 80. Geburtstag*, Tübingen 1989, S. 82-109.
- *ders.*, Verfassungsverständnis, Rechtsprechungsaufgabe und Entlastung des Bundesverfassungsgerichts, in: *Bogs, Harald* (Hrsg.), *Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht*, Baden-Baden 1999, S. 71-79.
- *ders.*, Diskussionsbeitrag, in: *VVDStRL* 61 (2002), 161-163.
- Kitagawa, Zentaro*, Von der Japanisierung zur Entjapanisierung, in: *Coing, Helmut/Hirano, Ryuichi/Kitagawa, Zentaro* u.a. (Hrsg.), *Die Japanisierung des westlichen Rechts. Japanisch-deutsches Symposium in Tübingen vom 26. bis 28. Juli 1988*, Tübingen 1990, S. 441-445.
- Kiyomiya, Shirô*, Verfassungsgerichtsbarkeit in Japan, in: *Mosler, Hermann* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung*, Köln, Berlin 1962, S. 326-337.
- Klecatsky, Hans R.*, Brauchen wir heute noch eine sonderverwaltungsgerichtliche Verfassungsgerichtsbarkeit?, *ÖJZ* 1973, 113-121.
- Klein, Eckart*, Subsidiarität der Verfassungsgerichtsbarkeit und Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, in: *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Bd. 2, Berlin 1987, S. 1305-1323.
- Klein, Hans H.*, Überlegungen zu einer Entlastung des Bundesverfassungsgerichts, in: *Festgabe für Karin Graßhof*, Heidelberg 1998, S. 367-390.
- Kleiner, Jürgen*, *Korea – Auf steinigem Pfad*, Berlin 1992.
- Kloppenbergs, Lisa A.*, Avoiding Constitutional Questions, *Boston College Law Review* 35 (1994), 1003-1066 (zitiert: *Kloppenbergs*, 35 *B.C.L.Rev.* 1003).
- Knies, Wolfgang*, Diskussionsbeitrag, in: *Verhandlungen des 61. Deutschen Juristentages*, Band II/1, Karlsruhe 1996, S. O83-O88.
- Koch, Hans-Joachim*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichte. Eine Funktionsbestimmung auf begründungstheoretischer Basis, in: *Gedächtnisschrift für Bernd Jeand'Heur*, Berlin 1999, S.

135-170.

Kopp, Ferdinand O., Das Rechtliche Gehör in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 106 (1981), 604-632.

Kopp, Ferdinand O./Ramsauer, Ulrich, Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar, 11. Aufl., München 2010.

Kopp, Ferdinand/Schenke, Wolf-Rüdiger, Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar, 16. Aufl., München 2009.

Kopp, Ferdinand/Pressinger, Norgard, Entlastung des VfGH und Abgrenzung der Kompetenzen von VfGH und VwGH, JBl. 1978, 617-626.

Korinek, Karl/Martin, Andrea, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: *Starck, Christian/Weber, Albrecht* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Bd. I: Berichte, 2. Aufl., Baden-Baden 2007, S. 67-89.

Korioth, Stefan, Bundesverfassungsgericht und Rechtsprechung („Fachgerichte“), in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I: Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozeß, Tübingen 2001, S. 55-81.

Kramer, Ernst A., Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Bern u.a. 2005.

Krauß, Friedrich, Der Umfang der Prüfung von Zivilurteilen durch das Bundesverfassungsgericht, Köln u.a. 1987.

Kreffit, Herbert, Rechtskraft und Gerechtigkeit, Diss. Univ. Köln 1939.

Kriele, Martin, Theorie der Rechtsgewinnung. Entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, Berlin 1967.

Kröger, Klaus, Richterwahl, in: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. I, Tübingen 1976, S. 76-103.

Kromer, Michael, Objektive Willkür von Gerichtsentscheidungen, JuS 1984, 601-605.

Kübler, Friedrich, Die Autorität der Sachnähe. Beobachtungen zum Verhältnis von Richter und Gesetz am Beispiel des kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens, in: Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag, Berlin u.a. 1985, S. 3-14.

Küchenhoff, Erich, Diskussionsbeitrag, in: Verhandlungen des 61. Deutschen Juristentages, Band II/1, Karlsruhe 1996, S. O77-O79.

Kudo, Tatsuro, Richter in der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *Starck, Christian* (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt, Teil I. Deutsch-japanisches Kolloquium vom 20. bis 24. September 2002 in Tokio und Kioto, Baden-Baden 2004, S. 225-233.

Kühne, Jörg-Detlef, Die Reichsverfassung der Paulskirche. Vorbild und Verwirklichung im späteren deutschen Rechtsleben, Frankfurt a. M. 1985.

Kuriki, Hisao, Schlußworte, in: *Starck, Christian* (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt, Teil I. Deutsch-japanisches Kolloquium vom 20. bis 24. September 2002 in Tokio und Kioto, Baden-Baden 2004, S. 239-247.

Lamprecht, Rolf, Karlsruher Lotterie, NJW 2000, 3543-3546.

Lange, Hans-Richard, Begriff und Rechtscharakter der Verfassungsbeschwerden nach dem Gesetz über

- das Bundesverfassungsgericht, Diss. Univ. Münster 1955.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin u.a. 1995.
- Lauffer, Heinz*, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß. Studien zum Bundesverfassungsgericht der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1968.
- Lechner, Hans/Zuck, Rüdiger*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar, 6. Aufl., München 2011.
- Lee, Chien-liang*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit und Grundrechtsentwicklung in Taiwan (1949-1999) im Vergleich mit Deutschland, in: *Starck, Christian* (Hrsg.), Staat und Individuum im Kultur- und Rechtsvergleich. Deutsch-taiwanisches Kolloquium vom 8. bis 10. Juli 1999 an der Georg-August-Universität Göttingen, Baden-Baden 2000, S. 135-166.
- *ders.*, Verfassungsgerichtliche Befugnisse zur Begründung neuer prozessualer Rechtsfiguren – Eine kritische Analyse der bisherigen Verfassungsauslegungen durch die Hohen Richter in Taiwan, in: *Heun, Werner/Starck, Christian* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit im Rechtsvergleich. Drittes deutsch-taiwanisches Kolloquium vom 2.-3. Oktober 2006 an der Georg-August-Universität Göttingen, Baden-Baden 2008, S. 158-174.
- Legge, James*, The Four Books. Confucian Analects, the Great Learning, the Doctrine of the Mean, and the Works of Mencius with English Translation and Notes, Shanghai ca. 1993.
- Leibholz, Gerhard*, Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage, 2. Aufl., München, Berlin 1959.
- Lemayer, Karl von*, Rechtsschutz im öffentlichen Rechte, in: *Mischler, Ernst/Ulbrich, Joseph* (Hrsg.), Österreichisches Staatswörterbuch, Bd. IV, 2. Aufl., Wien 1909, S. 17-51.
- Lembke, Ulrike*, Einheit aus Erkenntnis?, Zur Unzulässigkeit der verfassungskonformen Gesetzesauslegung als Methode der Normenkompatibilisierung durch Interpretation, Berlin 2009.
- Lepsius, Oliver*, Verwaltungsrecht unter dem Common Law. Amerikanische Entwicklungen bis zum New Deal, Tübingen 1997.
- Limbach, Jutta*, Diskussionsbeitrag, in: *Bogs, Harald* (Hrsg.), Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht, Baden-Baden 1999, S. 132-134.
- *dies.*, Das Bundesverfassungsgericht, München 2001.
- Lincke, Dieter*, Die Bedeutung der „Eingriffsintensität“ für den Umfang der Nachprüfung gerichtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht. Ein Aspekt zur Abgrenzung einfachen Rechts von spezifischem Verfassungsrecht, EuGRZ 1986, 60-73.
- Lindeiner, Fabian von*, Willkür im Rechtsstaat? Die Willkürkontrolle bei der Verfassungsbeschwerde gegen Gerichtsentscheidungen, Berlin 2002.
- Lindholm, Tore*, Article 1, in: *Alfredsson, Gudmundur/Eide, Asbjørn* (Hrsg.), The Universal Declaration of Human Rights. A Common Standard of Achievement, Hague u.a. 1999, S. 41-73.
- Linke, Tobias*, Revolutionäres zur Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde?, NJW 2005, 2190-2192.
- Llorente, Francisco Rubio*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien, in: *Starck, Christian/Weber, Albrecht* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Bd. I: Berichte, 2. Aufl., Baden-Baden 2007, S. 165-198.

- Lösing, Norbert*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika, Baden-Baden 2001.
- Lübbe-Wolff, Gertrude*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen, Baden-Baden 1988.
- *dies.*, Substantiierung und Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde. Die Zulässigkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 2004, 669-682.
- Luchterhandt, Otto*, Generalbericht: Verfassungsgerichtsbarkeit in Osteuropa, in: *ders./Starck, Christian/Weber, Albrecht* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, Bd. I: Berichte, Baden-Baden 2007, S. 295-356.
- Lundmark, Thomas*, Juristische Technik und Methodik des Common Law, Münster 1998.
- Luther, Jörg*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Italien, in: *Starck, Christian/Weber, Albrecht* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Bd. I: Berichte, 2. Aufl., Baden-Baden 2007, S. 149-164.
- Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 6. Aufl., München 2010 (zitiert: Bearbeiter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG).
- Maetzel, Bogumil*, Bemerkungen zum Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe, MDR 1968, 797-801.
- Maruarar, Siahann*, Legal Basis for Appointment/Removal of Constitutional Court Judges in Indonesia, in: Konrad-Adenauer-Stiftung (Hrsg.), Constitutional Courts and Politics. Third Seminar of Asian Constitutional Court Judges 2005 in Ulan Bator, Mongolia, Singapur 2005, S. 157-166.
- Mauder, Johannes*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, seine Stellung im System der Grundrechte und seine Auswirkung auf die Abgrenzungsproblematik zwischen Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit, München 1986.
- Maunz, Theodor u.a.*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar (zitiert: Bearbeiter, in: *Maunz u.a.*, BVerfGG).
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar (Stand: Jan. 2011), (zitiert: Bearbeiter, in: *Maunz/Dürig*, GG).
- Maurer, Hartmut*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., München 2009.
- McWhinney, Edward*, Constitutional Review in the Commonwealth, in: *Mosler, Hermann* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung, Köln, Berlin 1962, S. 75-87.
- *ders.*, Diskussionsbeitrag, in: *Mosler, Hermann* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung, Köln, Berlin 1962, S. 820-822.
- Mehren, Arthur Taylor von/Gordley, James Russel*, The Civil Law System. An Introduction to the Comparative Study of Law, 2. Aufl., Boston u.a. 1977.
- Meierhans, Ulrich*, Probleme der absoluten Subsidiarität der staatsrechtlichen Beschwerde (Art. 85/2 OG und Art. 113/1 Ziff. 3 BV), Diss. Univ. Zürich 1963.
- Merryman, John Henry/Pérez-Perdomo, Rogelio*, The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America, 3. Aufl., Stanford (Calif.) 2007.
- Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte,

Bd. I: Entwicklung und Grundlagen, Heidelberg 2004

Bd. II: Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I, Heidelberg 2006

Bd. III: Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, Heidelberg 2009

Bd. VII/1: Grundrechte in Österreich, Heidelberg, Wien 2009

(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Merten/Papier*, HGR).

Meyer, Georg/Anschütz, Gerhard, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., München u.a. 1919.

Miebach, Martin, Zur Willkür- und Abwägungskontrolle des Bundesverfassungsgerichts bei der Verfassungsbeschwerde gegen Gerichtsurteile, München 1990.

Miranda, Jorge, Die Verfassungsgerichtliche Kontrolle in Portugal, in: *Horn, Hans-Rudolf/Weber, Albrecht* (Hrsg.), Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika, Spanien und Portugal, Baden-Baden 1989, S. 81-102.

Miyaji, Motoi, Besonderheiten des Grundrechtsschutzes durch den Japanischen Obersten Gerichtshof, in: *Starck, Christian* (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt, Teil II. Deutsch-japanisches Kolloquium vom 25. bis 30. August 2004 in Göttingen und Osnabrück, Baden-Baden 2006, S. 85-96.

Miyazawa, Toshiyoshi, Verfassungsrecht (Kempō), Köln, Berlin, Bonn, München 1986.

Mo, Jong-ryn, The Challenge of Accountability. Implication of the Censorate, in: *Bell, Daniel A./Hahm, Chaibong* (Hrsg.), Confucianism for the Modern World, Cambridge 2003, S. 54-68.

Mohl, Robert von, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Bd. I: Staatsrecht und Völkerrecht, Tübingen 1860.

Morschtschakowa, Tamara, Das Verfassungsgericht der Russländischen Föderation, in: *Luchterhandt, Otto/Starck, Christian/Weber, Albrecht* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, Bd. I: Berichte, Baden-Baden 2007, S. 129-151.

Möstl, Markus, Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflichten, DÖV 1998, 1029-1039.

Müller, Friedrich/Christensen, Ralph, Juristische Methodik, Band I, 9. Aufl., Berlin 2004.

Müller, Friedrich/Christensen, Ralph/Solokowski, Michael, Rechtstext und Textarbeit, Berlin 1997.

Müller, Oda, Die Verfassungsbeschwerde nach der Bayerischen Verfassung von 1818 (1818-1848), Frankfurt a. M. 2000.

Murswiek, Dietrich, Der Umfang der verfassungsgerichtlichen Kontrolle staatlicher Öffentlichkeitsarbeit – Zum „Grundsatz des judicial self-restraint“, DÖV 1982, 529-541.

Nawiasky, Hans, Bayerisches Verfassungsrecht, München, Berlin, Leipzig 1923.

Noll, Alfred J., Internationale Verfassungsgerichtsbarkeit. Fragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Großbritannien, der USA, Frankreich, Italien und Japan, Wien 1992.

Nonaka, Toshihiko, Der Begriff der „Rechtsprechung“ im Vergleich mit dem „Shiho“-Begriff in Japan, in: *Starck, Christian* (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt, Teil II. Deutsch-japanisches Kolloquium vom 25. bis 30. August 2004 in Göttingen und Osnabrück, Baden-Baden 2006, S. 187-200.

- Oberndorfer, Peter*, Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit. Ein Grundriß für Studium und Praxis, Linz 1983.
- Oeter, Stefan*, „Drittwirkung“ der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts. Ein Beitrag zu den funktionell-rechtlichen Dimensionen der Drittwirkungsdebatte, AöR 119 (1994), 529-563.
- Ossenbühl, Fritz*, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. I, Tübingen 1976, S. 458-518.
- *ders.*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit – Gedanken zur Wahrung der Verfahrensgrundrechte, in: Festschrift für Hans-Peter Ipsen zum 70. Geburtstag, Tübingen 1977, S. 129-141.
- O’Sullivan, Daniel*, Neue Entwicklungen bei der materiellen Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, DVBl. 2005, 880-886.
- Papier, Hans-Jürgen*, „Spezifisches Verfassungsrecht“ und „einfaches Recht“ als Argumentationsformel des Bundesverfassungsgerichts, in: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. I, Tübingen 1976, S. 432-457.
- *ders.*, Das Bundesverfassungsgericht als „Hüter der Grundrechte“, in: Festschrift für Peter Badura zum 70. Geburtstag, Tübingen 2004, S. 411-429.
- Paul, Gregor*, Menschenrechtsrelevante Traditionskritik in der Geschichte der Philosophie in China – Philosophische Überlegungen, in: *Schubert, Gunter* (Hrsg.), Menschenrechte in Ostasien. Zum Streit um die Universalität einer Idee II, Tübingen 1999, S. 75-108.
- Pawlowski, Hans-Martin*, Zur Willkürlichkeit von Richtersprüchen – Anmerkungen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wegen „willkürlicher Begründungen“ und wegen Verletzung von „Treu und Glauben“, in: Festschrift für Norbert Horn zum 70. Geburtstag, Berlin 2006, S. 1227-1242.
- Pawlowski, Sibylle*, Zum außerordentlichen Rechtsschutz gegen Urteile und Beschlüsse bei Verletzung des Rechts auf Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG durch die Zivilgerichtsbarkeit. Ein Beitrag zur Lehre von der „greifbaren Gesetzeswidrigkeit“, Berlin 1994.
- Peng, Feng-zhi*, Die allgemeine Bindungswirkung der Auslegungen der Hohen Richter, in: *Heun, Werner/Starck, Christian* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit im Rechtsvergleich. Drittes deutsch-taiwanesisches Kolloquium vom 2.-3. Oktober 2006 an der Georg-August-Universität Göttingen, Baden-Baden 2008, S. 175-202.
- Pestalozza, Christian*, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., München 1991.
- *ders.*, Die echte Verfassungsbeschwerde. Vortrag, gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 18. Oktober 2006, Berlin 2007.
- Pieper, Stefan Ulrich*, Verfassungsrichterwahlen. Die Besetzung der Richterbank des Bundesverfassungsgerichts und die Besetzung des Europäischen Gerichtshofes sowie des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und des Internationalen Gerichtshofes mit deutschen Kandidaten, Berlin 1998.
- Pieroth, Bodo/Aubel, Tobias*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grenzen richterlicher Entscheidungsfindung, JZ 2003, 504-510.
- Pilny, Karin L.*, Präjudizienrecht im anglo-amerikanischen und im deutschen Recht. Eine rechtsverglei-

chende und rechtsmethodologische Analyse unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts, Baden-Baden 1993.

Poscher, Ralf, Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, Tübingen 2003.

Posner, Richard A., Will the Federal Courts of Appeals Survive Until 1984? An Essay on Delegation and Specialization of the Judicial Function, *Southern California Law Review* 56 (1983), 761-791 (zitiert: *Posner*, 56 S.Cal.L.Rev. 761).

Posser, Herbert, Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, Berlin 1993.

Posser, Herbert/Wolff, Heinrich Amadeus (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar, München 2008 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Posser/Wolff*, VwGO).

Prümm, Hans Paul, Verfassung und Methodik. Beiträge zur verfassungskonformen Auslegung, Lückenergänzung und Gesetzeskorrektur unter besonderer Berücksichtigung des vierten Änderungsgesetzes zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Berlin 1977.

Ratz, Eckart, Grundrechte in der Strafjudikatur des OGH, *Ö JZ* 2006, 318-326.

Rehbinder, Manfred, Die Rezeption fremden Rechts in soziologischer Sicht, in: *ders./Sonn, Ju-chan* (Hrsg.), Zur Rezeption des deutschen Rechts in Korea, Baden-Baden 1990, S. 5-16.

Rennert, Klaus, Die Verfassungswidrigkeit „falscher“ Gerichtsentscheidungen, *NJW* 1991, 12-19.

Rensmann, Thilo, Wertordnung und Verfassung. Das Grundgesetz im Kontext grenzüberschreitender Konstitutionalisierung, Tübingen 2007.

Revez, Richard L., Specialized Courts and the Administrative Lawmaking System, *University of Pennsylvania Law Review* 138 (1990), 1111-1174 (zitiert: *Revez*, 138 U.Pa.L.Rev. 1111).

Rinck, Hans-Justus, Die Vorprüfung der Verfassungsbeschwerde. Ein Beitrag zur Interpretation des § 91a BVerfGG, *NJW* 1959, 169-173.

Ringhofer, Kurt, Über verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte und die Kompetenzgrenze zwischen Verfassungsgerichtshof und Verwaltungsgerichtshof, in: *Im Dienst an Staat und Recht. Internationale Festschrift Erwin Melichar zum 70. Geburtstag*, Wien 1983, S. 161-183.

Robbers, Gerhard, Gerechtigkeit als Rechtsprinzip. Über den Begriff der Gerechtigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Baden-Baden 1980.

- *ders.*, Sicherheit als Menschenrecht. Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion, Baden-Baden 1987.

- *ders.*, Der Gleichheitssatz, *DÖ V* 1988, 749-758.

- *ders.*, Für ein neues Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit – Möglichkeit und Inhalt von „Formeln“ zur Bestimmung von verfassungsgerichtlicher Kompetenzweite, *NJW* 1998, 935-941.

Roetz, Heiner, Die chinesische Ethik der Achsenzeit. Eine Rekonstruktion unter dem Aspekt des Durchbruchs zu postkonventionellem Denken, Frankfurt a.M. 1992.

- *ders.*, Die Bedeutung der Tradition und die Stellung des Konfuzianismus, in: *Paul, Gregor/Robertson-Wensauer, Caroline Y.* (Hrsg.), Traditionelle chinesische Kultur und Menschenrechtsfrage, 2. Aufl., Baden-Baden 1998, S. 37-55.

- *ders.*, Menschenpflicht und Menschenrecht. Überlegungen zum europäischen Naturrecht und der konfuzianischen Ethik, in: *Wegmann, Konrad/Ommerborn, Wolfgang/Roetz, Heiner* (Hrsg.), Menschenrechte. Rechte und Pflichten in Ost und West, Münster u.a. 2001, S. 1-21.
- Rosenfeld, Michel*, Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts, in: *Nolte, Georg* (Hrsg.), European and US constitutionalism, Strasbourg 2005, S. 165-199.
- Roth, Wolfgang*, Die Überprüfung fachgerichtlicher Urteile durch das Bundesverfassungsgericht und die Entscheidung über die Annahme einer Verfassungsbeschwerde, AöR 121 (1996), 544-577.
- Rozek, Jochen*, Grundfälle zur verwaltungsgerichtlichen Fortsetzungsklage, JuS 1995, 414-418.
- Sachs, Michael*, Verfassungsrecht II. Grundrechte, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 2003.
- *ders.*, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 2007.
- Samnøy, Åshild*, The Origins of the Universal Declaration of Human Rights, in: *Alfredsson, Gudmundur/Eide, Asbjørn* (Hrsg.), The Universal Declaration of Human Rights. A Common Standard of Achievement, Hague u.a. 1999, S. 3-22.
- Sasse, Werner*, Menschenrechte in Korea. Kultur- und ideengeschichtliche Anknüpfungspunkte, in: *Schubert, Gunter* (Hrsg.), Menschenrechte in Ostasien. Zum Streit um die Universalität einer Idee II, Tübingen 1999, S. 429- 441.
- Saurer, Johannes*, Die neueren Theorien zur Normkategorie der Verwaltungsvorschriften, Verwaltungsarchiv 97 (2006), 249-269.
- Schenke, Wolf-Rüdiger*, Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze, NJW 1986, 1451-1461.
- *ders.*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, Heidelberg 1987.
- *ders.*, Zulässigkeitsprobleme der Rechtssatzverfassungsbeschwerde – Unmittelbare Betroffenheit, Subsidiarität, Rechtswegerschöpfung, Verfassungsbeschwerdefrist, in: Festschrift für Udo Steiner zum 70. Geburtstag, Stuttgart u.a. 2009, S. 682-732.
- Scherzberg, Arno*, Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“. Das Ausmaß individueller Grundrechtsbetroffenheit als materiellrechtliche und kompetenzielle Determinante der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Fachgerichtsbarkeit im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde, Berlin 1989.
- *ders.*, Wertkonflikt vor dem Bundverfassungsgericht. Zur Bewältigung politisch-moralischer Streitfragen im Verfassungsprozeß, DVBl. 1999, 356-366.
- Scheuner, Ulrich*, Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert, in: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. I, Tübingen 1976, S. 1-62.
- Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan*, Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 8. Aufl., München 2010.
- Schleichert, Hubert/Roetz, Heiner*, Klassische chinesische Philosophie. Eine Einführung, 3. Aufl. Frankfurt a.M. 2009.
- Schlicher, Bernd*, Gedanken zum Ausbau des Grundrechtsschutzes in Österreich, in: Österreichische Juristenkommission (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Grundrechtsschutzes, S. 169-178.

- Schlink, Bernhard*, Zugangshürden im Verfassungsbeschwerdeverfahren, NJW 1984, 89-95.
- Schlüchter, Ellen*, Mittlerfunktion der Präjudizien. Eine rechtsvergleichende Studie, Berlin u.a. 1986.
- Schmalenbach, Kirsten*, Besonderheiten der Grundrechtsdurchsetzung in Österreich, in: *Maiera, Siegfried/Sommermann, Karl-Peter* (Hrsg.), Freiheit, Rechtsstaat und Sozialstaat in Europa. Forschungssymposium anlässlich der Emeritierung von Universitätsprofessor Dr. jur. Dr. rer. pol. Detlef Merten, Berlin 2007, S. 135-143.
- Schmidt, Jörg*, Der Einfluss des Bundesverfassungsgerichts auf das Verwaltungsprozessrecht, VerwArch 92 (2001), 443-474.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Verfahrensfehler als Verletzungen des Art. 103 Abs. 1 GG, DÖV 1987, 1029-1037.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Hopfauf, Axel, Grundgesetz. Kommentar, 12. Aufl., Köln 2011 (zitiert: Bearbeiter, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG).
- Schmitt Glaeser, Walter/Horn, Hans-Detlef*, Verwaltungsprozeßrecht. Kurzlehrbuch mit Systematik zur Fallbearbeitung, 15. Aufl., Stuttgart u.a. 2000.
- Schneider, Rudolf*, Rechtsschutz gegen verfassungswidriges Unterlassen des Gesetzgebers, AöR 89 (1964), S. 24-56.
- *ders.*, Die Unmittelbarkeit der Grundrechtsverletzung als Vorbedingung einer erfolgreichen Verfassungsbeschwerde, DVBl. 1969, 325-335.
- Schoch, Friedrich/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Pietzner, Rainer (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar (Stand: Nov. 2009), (zitiert: Bearbeiter, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO).
- Schreiber, Werner*, Die Reform der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich. Ein Beitrag zur Reformdiskussion unter Berücksichtigung des Rechtszustandes in Deutschland, Graz 1976.
- Schuler, Andrea Hans*, Die Verfassungsbeschwerde in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich, Zürich 1968.
- *ders.*, Die Verfassungsbeschwerde nach schweizerischem, deutschem und österreichischem Recht, JöR n.F. 19 (1970), 129-199.
- Schumann, Ekkehard*, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, Berlin 1963.
- *ders.*, Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozeß, Köln u.a. 1983.
- *ders.*, Verfassungsbeschwerde (Grundrechtsklage) zu den Landesverfassungsgerichten, in: *Starck, Christian/Stern, Klaus* (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Teilband II: Zuständigkeiten und Verfahren der Landesverfassungsgerichte, Baden-Baden 1983, S. 149-230.
- *ders.*, Die Wahrung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs. Dauerauftrag für das BVerfG?, NJW 1985, 1134-1140.
- Schuppert, Gunnar Folke*, Zur Nachprüfung gerichtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, AöR 103 (1978), 43-69.
- Schuppert, Gunnar Folke/Bumke, Christian*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit

- des „einfachen“ Rechts, Baden-Baden 2000.
- Schwabe, Jürgen*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte. Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr, München 1971.
- Schwartz, Herman*, The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe, Chicago u.a. 2000.
- Seelmann, Hoo Nam*, Ein Leib und eine Seele: Wie Kolonialpolitik legitimiert und propagiert wurde – das Beispiel Japans, in: Neue Zürcher Zeitung vom 5. Mai 2007.
- Seer, Roman/Thulfaut, Kai*, Die neue Anhörungsrüge als außerordentlicher Rechtsbehelf im Steuerprozess, BB 2005, 1085-1088.
- Seibert, Gerhard*, Die Verfassungsbeschwerde in der Spruch-Praxis des Bundesverfassungsgerichts, in: Festschrift für Martin Hirsch, Baden-Baden 1981, S. 491-517.
- Seidl, Otto*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte, in: Verhandlungen des 61. Deutschen Juristentages, Band II/1, Karlsruhe 1996, S. 09-026.
- Seiwerth, Jakob*, Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen, Berlin 1962.
- Selbmann, Frank*, Der Tatbestand des Genozids im Völkerstrafrecht, Leipzig 2003.
- Senger, Harro von*, Einführung in das chinesische Recht, München 1994.
- Seuffert, Walter*, Die Abgrenzung der Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts gegenüber der Gesetzgebung und der Rechtsprechung, NJW 1969, 1369-1373.
- Shaw, William, Social and Intellectual Aspects of Traditional Korean Law, 1392-1919, in: *Chun, Bong-duck/ Shaw, William/Choi, Dai-kwon*, Traditional Korean Legal Attitudes, Berkeley (Cal.) 1980, S. 15-53.
- Sima, Christian*, Österreichs Bundesverfassung und die Weimarer Reichsverfassung. Der Einfluss der Weimarer Reichsverfassung auf die österreichische Verfassung 1920 bis 1929, Frankfurt a.M. u.a. 1993.
- Simons, Walter*, Diskussionsbeitrag, in: Verhandlungen des Vierunddreißigsten Deutschen Juristentags, Bd. II, Köln 1926, S. 264-268.
- Šinkovec, Janez/Tratar, Boštjan*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Republik Slowenien, in: *Luchterhandt, Otto/Starck, Christian/Weber, Albrecht* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, Bd. I: Berichte, Baden-Baden 2007, S. 167-188.
- Skouris, Wassilios*, Teilnichtigkeit von Gesetzen, Berlin 1973.
- Smith, Tong-jin*, Demokratie und Demokratisierung in Ostasien. Die politische Konsolidierung in (post-)konfuzianischen Staaten, Hamburg 2003.
- Sodan, Helge/Ziekow, Jan* (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2006 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Sodan/Ziekow*, VwGO).
- Söllner, Alfred*, Zur Entlastung des BVerfG durch eine „Verfassungsanwaltschaft“, ZRP 1997, 273-276.
- Sólyom, Laszlo*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn, in: *Luchterhandt, Otto/Starck, Christian/Weber, Albrecht* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, Bd. I: Berichte, Baden-Baden 2007, S. 237-278.

- Sommermann, Karl-Peter*, Der richterliche Schutz der Grundrechte in Spanien, in: *Horn, Hans-Rudolf/Weber, Albrecht* (Hrsg.), Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika, Spanien und Portugal, Baden-Baden 1989, S. 23-52.
- Spanner, Hans*, Die verfassungskonforme Auslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 91 (1966), 503-536.
- *ders.*, Aufgaben und Stil der deutschen und der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *Ermacora, Felix/Klecatsky, Hans/Marcic, René* (Hrsg.), Hundert Jahre Verfassungsgerichtsbarkeit – Fünfzig Jahre Verfassungsgerichtshof in Österreich, Wien 1968, S. 143-164.
- Spielbüchler, Karl*, Verfassungsgerichtshof und Ersatzbescheid, in: Im Dienst an Staat und Recht. Internationale Festschrift Erwin Melichar zum 70. Geburtstag, Wien 1983, S. 221-239.
- Spieß, Gerhard*, Verfassungsbeschwerde am Ende? – Zu den Versuchen, der Flut von Verfassungsbeschwerden Herr zu werden, BayVBl. 1996, 294-301.
- Spranger, Tade Matthias*, Die Verfassungsbeschwerde im Korsett des Prozeßrechts, AöR 127 (2002), 27-71.
- Starck, Christian*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte, JZ 1996, 1033-1042.
- Steinberger, Helmut*, Models of constitutional jurisdiction, Strasbourg 1994.
- Steinwedel, Ulrich*, „Spezifisches Verfassungsrecht“ und „einfaches Recht“. Der Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen Gerichtsentscheidungen, Baden-Baden 1976.
- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael* (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl., München 2008 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG).
- Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland,
 Bd. II: Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung, München 1980.
 Bd. III/1: Grundlagen und Geschichte, nationaler und internationaler Grundrechtskonstitutionalismus, juristische Bedeutung der Grundrechte, Grundrechtsberechtigte, Grundrechtsverpflichtete, München 1988.
 Bd. III/2: Grundrechtstatbestand, Grundrechtsbeeinträchtigungen und Grundrechtsbegrenzungen, Grundrechtsverluste und Grundpflichten, Schutz der Grundrechte, Grundrechtskonkurrenzen, Grundrechtssystem, München 1994.
- Stietzel, Christian*, Die Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Eilentscheidungen, Frankfurt a.M. 1993.
- Stoppel, Wolfgang*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Albanien, in: *Luchterhandt, Otto/Starck, Christian/Weber, Albrecht* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, Bd. I: Berichte, Baden-Baden 2007, S. 11-42.
- Strauß, Walter*, Vorschläge zu Erörterungen über eine künftige Reichsverfassung; Oktober 1946, in: *Benz, Wolfgang* (Hrsg.), Bewegt von der Hoffnung aller Deutschen – zur Geschichte des Grundgesetzes; Entwürfe und Diskussion 1941-1949, München 1979, S. 216-219.
- *ders.*, Die Oberste Bundesgerichtsbarkeit, Heidelberg 1949.

- Strietzel, Christian*, Die Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Eilentscheidungen, Frankfurt u.a. 1993.
- Stumpffeld, Hans*, Konfuzius und der Konfuzianismus – Was sie waren, was sie wurden, und was sie heute sollen und können, in: *Krieger, Silke/Trauzettel, Rolf* (Hrsg.), Konfuzianismus und die Modernisierung Chinas, Mainz 1990, S. 29-40.
- Stürner, Rolf*, Die Einwirkungen der Verfassung auf das Zivilrecht und den Zivilprozeß, NJW 1979, 2334-2338.
- *ders.*, Die Kontrolle zivilprozessualer Verfahrensfehler durch das Bundesverfassungsgericht, JZ 1986, 526-534.
- Sunstein, Cass R.*, One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court, Cambridge (Mass.) u.a. 1999.
- Su, Yeong-chin*, Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Urteile?, in: *Heun, Werner/Starck, Christian* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit im Rechtsvergleich. Drittes deutsch-taiwanesisches Kolloquium vom 2.-3. Oktober 2006 an der Georg-August-Universität Göttingen, Baden-Baden 2008, S. 92-112.
- Tonami, Koji*, Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit und die Problematik der richterlichen Prüfungsbefugnis über die Verfassungsmäßigkeit in Japan, in: *Starck, Christian* (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt, Teil I. Deutsch-japanisches Kolloquium vom 20. bis 24. September 2002 in Tokio und Kioto, Baden-Baden 2004, S. 15-33.
- Trautwein, Thomas*, Bestellung und Ablehnung von Bundesverfassungsrichtern, München 1994.
- Triepel, Heinrich*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), 2-29.
- Tröndle, Herbert*, Das Bundesverfassungsgericht und sein Umgang mit dem „einfachen Recht“, in: Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996, Berlin 1996, S. 259-296.
- Tschipew, Theodor*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Bulgarien, in: *Luchterhandt, Otto/Starck, Christian/Weber, Albrecht* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, Bd. I: Berichte, Baden-Baden 2007, S. 43-56.
- Tumanov, Wladimir A.*, Diskussionsbeitrag, in: *Frowein, Jochen Abr./Marauhn, Thilo* (Hrsg.), Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, Berlin u.a. 1998, S. 557-559.
- Tushnet, Mark*, in: *Reimann, Mathias/Zimmermann, Reinhard* (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford, New York u.a. 2008, S. 1225-1257.
- Uerpman, Robert*, Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I: Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozeß, Tübingen 2001, S. 673-693.
- Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas/Dollinger, Franz-Wilhelm* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, 2. Aufl., Heidelberg 2005 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Umbach/Clemens/Dollinger*, BVerfGG).
- Utter, Robert F./Lundsgaard, David C.*, Judicial Review in the new Nations of central and eastern Europe. Some Thoughts from a comparative Perspective, Ohio State Law Journal 54 (1993), 559-606 (zitiert: *Utter/Lundsgaard*, 54 Ohio St.L.J. 559).
- Van Ess, Hans*, Der Konfuzianismus, München 2003.

- ders., Nachwort, in: *Wilhelm, Richard*, Gespräche (Lun-yü), München 2005, S. 119-201.
- Vitzthum, Wolfgang Graf*, Annahme nach Ermessen bei Verfassungsbeschwerden? Das writ of certiorari-Verfahren des US Supreme Court als ein systemfremdes Entlastungsmodell, *JöR n.F.* 53 (2005), 319-343.
- Vogel, Stephanie*, Der Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden am Beispiel der Kunstfreiheitsrechtsprechung, Frankfurt a.M. u.a. 2004.
- Vofßkuhle, Andreas*, Rechtsschutz gegen den Richter. Zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG, München 1993.
- ders., Erosionserscheinungen des zivilprozessualen Rechtsmittelsystems, *NJW* 1995, 1377-1384.
- ders., Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte – Kritische Bestandsaufnahme und Versuch einer Neubestimmung, *AöR* 125 (2000), 177-201.
- ders., Bruch mit einem Dogma: Die Verfassung garantiert Rechtsschutz gegen den Richter, *NJW* 2003, 2193-2200.
- Wahl, Rainer*, Der Vorrang der Verfassung, *Der Staat* 20 (1981), 485-516.
- ders., Die Verwaltungsvorschriften: Die ungesicherte dritte Kategorie des Rechts, in: *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, Köln u.a. 2003, S. 571-598.
- ders., Verfassungsstaatlichkeit im Konstitutionalismus und in der Weimarer Zeit, in: *ders.*, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, Frankfurt a.M. 2003, S. 320-340.
- ders., Lüth und die Folgen. Ein Urteil als Weichenstellung für die Rechtsentwicklung, in: *Henne, Thomas/Riedlinger, Arne* (Hrsg.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin 2005, S. 371-397.
- Wahl, Rainer/Wieland, Joachim*, Verfassungsrechtsprechung als knappes Gut. Der Zugang zum Bundesverfassungsgericht, *JZ* 1996, 1137-1192.
- Waldner, Wolfram*, Aktuelle Probleme des rechtlichen Gehörs im Zivilprozess, Diss. Univ. Erlangen 1983.
- ders., Kognitionsgrenze des Bundesverfassungsgerichts bei der Verfassungsbeschwerde gegen Zivilurteile, *ZZP* 98 (1985), 200-215.
- Walter, Robert*, Die Organisation des Verfassungsgerichtshofes in historischer Sicht, in: *Festschrift für Ernst Carl Hellbling zum 70. Geburtstag*, Salzburg 1971, S. 731-781.
- ders., Überlegungen zu einer Neubegrenzung der Zuständigkeit zwischen Verwaltungs- und Verfassungsgerichtshof, *ÖJZ* 1979, 225-231.
- ders., Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle in Österreich, in: *Vogel, Klaus* (Red.), *Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle. Eine Vergleichung der Rechtslage in Österreich und in Deutschland*, Kolloquium zum 70. Geburtstag von Hans Spanner, Wien, New York 1979, S. 1-23.
- ders., Die Entstehung des Bundes-Verfassungsgesetzes 1920 in der Konstituierenden Nationalversammlung, Wien 1984.
- Walter, Robert/Mayer, Heinz/Kucsko-Stadlmayer, Gabriele*, Grundriss des österreichischen Bundesver-

- fassungsrechts, 10. Aufl., Wien 2007.
- Wank, Rolf*, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung durch die Fachgerichte, JuS 1980, 545-553.
- *ders.*, Die Auslegung von Gesetzen, 3. Aufl., Köln u.a. 2005.
- Warmke, Reinhard*, Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, Berlin 1993.
- Weber, Albrecht*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien, JöR n.F. 34 (1985), 245-301.
- *ders.*, Typen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *Starck, Christian* (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt. Deutsch-japanisches Kolloquium vom 20. bis 24. September 2002 in Tokio und Kioto, Baden-Baden 2004, S. 35-48.
- *ders.*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, in: *Starck, Christian/Weber, Albrecht* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Bd. I: Berichte, 2. Aufl., Baden-Baden 2007, S. 37-66.
- *ders.*, Generalbericht. Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, in: *Starck, Christian/Weber, Albrecht* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Bd. I: Berichte, 2. Aufl., Baden-Baden 2007, S. 313-376.
- *ders.*, Die Individualverfassungsbeschwerde gegen gerichtliche Urteile, in: *Heun, Werner/Starck, Christian* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit im Rechtsvergleich. Drittes deutsch-taiwanesisches Kolloquium vom 2.-3. Oktober 2006 an der Georg-August-Universität Göttingen, Baden-Baden 2008, S. 77-91.
- Weiß, Norman*, Objektive Willkür. Zu einem Prüfungskriterium im Verfahren der Urteilsverfassungsbeschwerde, Frankfurt a.M. u.a. 2000.
- Weitzel, Jürgen*, Der grundrechtswidrige Zuschlag, JuS 1976, 722-725.
- Wellkamp, Ludger*, Querulanz vor dem Bundesverfassungsgericht, in: Soziologie des Rechts. Festschrift für Erhard Blankenburg zum 60. Geburtstag, Baden-Baden 1998, S. 569-575.
- Wendenburg, Helge*, Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik, Göttingen 1984.
- Weng, Yueh-sheng*, Die Stellung der Justiz im Verfassungsrecht der Republik China, Diss. Univ. Heidelberg 1965.
- Weyreuther, Felix*, Bundesverfassungsgericht und Verfassungsbeschwerde: Kompetenz und Kompetenzüberschreitung, DVBl. 1997, 925-931.
- Wieland, Joachim*, Die Annahme von Verfassungsbeschwerden, in: *Bogs, Harald* (Hrsg.), Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht, Baden-Baden 1999, S. 47-54.
- *ders.*, Der Zugang des Bürgers zum Bundesverfassungsgericht und zum U.S. Supreme Court, Der Staat 29 (1999), 333-353.
- Wieser, Bernd*, Vergleichendes Verfassungsrecht, Wien u.a. 2005.
- Wilhelm, Richard*, Li Gi. Das Buch der Riten, Sitten und Gebräuche, Düsseldorf 1981.
- *ders.*, Mong Dsi. Die Lehrgespräche des Meisters Meng K'o, Köln 1982.
- *ders.*, Gespräche (Lun-yü), München 2005.

- Williams, Victor*, A Constitutional Change and a Comparative Vision to Substantially Expand and Subject Matter Specialize the Federal Judiciary: A Preliminary Blueprint for Remodeling Our National Houses of Justice and Establishing a Separate System of Federal Criminal Courts, *William and Mary Law Review* 37 (1996), 535-671 (zitiert: *Williams*, 37 *Wm.&Mary L.Rev.* 535).
- Winter, Klaus*, Richterliche Willkür. Zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle von Gerichtsentscheidungen, in: *Festschrift für Franz Merz zum 65. Geburtstag*, Köln 1992, S. 611-626.
- Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf/Kluth, Winfried*, *Verwaltungsrecht I*, 12. Aufl., München 2007.
- Wolter, Henner*, Meinung – Tatsache – Einstufung – Deutung. Zur bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle fachgerichtlicher Entscheidungen am Maßstab des Artikels 5 GG, *Der Staat* 1997, 426-450.
- Württemberg, Thomas*, *Zeitgeist und Recht*, 2. Aufl., Tübingen 1991.
- *ders.*, Verfassungsrechtliche Streitigkeiten in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts, in: *Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit*. *Festschrift für Ernst Benda zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1995, S. 443-456.
 - *ders.*, Zur Legitimität des Verfassungsrichterrechts, in: *Guggenberger, Bernd/Württemberg, Thomas* (Hrsg.), *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit*, Baden-Baden 1998, S. 57-80.
 - *ders.*, Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln?, *VVDStRL* 58 (1999), 139-176.
 - *ders.*, Auslegung von Verfassungsrecht – realistisch betrachtet, in: *Verfassung – Philosophie – Kirche*. *Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag*, Berlin 2001, S. 223-241.
 - *ders.*, *Verwaltungsprozessrecht*, 2. Aufl., München 2006.
- Yang, Tzu-hui*, Verfassungsgerichtliche Verfahrensarten und Antragsbefugnis bei der Auslegung der taiwanischen Verfassung durch die Hohen Richter, in: *Heun, Werner/Starck, Christian* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit im Rechtsvergleich*. *Drittes deutsch-taiwanesisches Kolloquium vom 2.-3. Oktober 2006 an der Georg-August-Universität Göttingen*, Baden-Baden 2008, S. 131-146.
- Zacher, Hans F.*, Die Selektion der Verfassungsbeschwerden. Die Siebfunktion der Vorprüfung, des Erfordernisses der Rechtswegerschöpfung und des Kriteriums der unmittelbaren und gegenwärtigen Betroffenheit des Beschwerdeführers, in: *Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. I, Tübingen 1976, S. 396-431.
- Zentaro Kitagawa*, Von der Japanisierung zur Entjapanisierung, in: *Coing, Helmut/Hirano, Ryuichi/Kitagawa, Zentaro* u.a. (Hrsg.), *Die Japanisierung des westlichen Rechts*. *Japanisch-deutsches Symposium in Tübingen vom 26. bis 28. Juli 1988*, Tübingen 1990, S. 441-445.
- Zierlein, Karl-Georg*, Die Gewährleistung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) nach der Rechtsprechung und Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts, *DVBl.* 1989, 1169-1175.
- Zippelius, Reinhold*, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in: *Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. II, Tübingen 1976, S. 108-124.
- *ders.*, *Juristische Methodenlehre*, 7. Aufl., München 1999.

- Zippelius, Reinhold/Würtenberger, Thomas*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl., München 2008.
- Zoll, Karl-Hermann*, Entlastung des Bundesverfassungsgerichts durch Fachgerichte, in: Festgabe für Karin Graßhof, Heidelberg 1998, S. 391-406.
- Zotz, Volker*, Konfuzius für den Westen. Neue Sehnsucht nach alten Werten, Frankfurt a.M. 2007.
- Zuck, Rüdiger*, Das Verhältnis von Anhörungsrüge und Verfassungsbeschwerde. Dargestellt am Beispiel des § 152a VwGO, NVwZ 2005, 739-743.
- *ders.*, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 3. Aufl., München 2006.
- Zweigert, Konrad*, Die Verfassungsbeschwerde, JZ 1952, 321-328.
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein*, Einführung in die Rechtsvergleichung. Auf dem Gebiete der Privatrechts, 3. Aufl., Tübingen 1996.

Koreanische Autoren

(geordnet nach der koreanisch-alphabetischen Reihenfolge)

- 강일원 [Kang, Il-won]/유남석 [Yoo, Nam-seok]/최완주 [Choi, Wan-joo]*, 헌법소원 심판 [Zur Entscheidung über Verfassungsbeschwerden], in: 재판자료 [Nachschlagewerke für gerichtliche Entscheidungen] 92 (2001), 493-614.
- 계희열 [Kay, Hee-yol]*, Diskussionsbeitrag, in: 법무자료 [Nachschlagewerke für die Justiz] 95 (1988), S. 105-108.
- *ders.*, 헌법재판의 제도적 고찰 [Ein Überblick über die Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit], in: 인권과 정의 [Menschenrecht und Gerechtigkeit] 159 (Nov. 1989), 12-20.
- 곽태철 [Gwak, Tae-chul]*, 법원의 재판을 거친 행정처분의 헌법소원심판대상성 [Zur Beschwerdegegenstandsfähigkeit der durch das gerichtliche Urteil bestätigten Verwaltungsverfügung], in: 재판자료 [Nachschlagewerke für gerichtliche Entscheidungen] 75 (1997), 341-425.
- 권성 [Kwon, Seong]*, 사법제도개혁의 방향과 문제점 [Die Richtung bzw. Problematik der Reform des Justizsystems], in: 서울대학교 법학 [Seoul Law Journal] 35-1 (1994), 1-11.
- 권영성 [Kwon, Young-sung]*, 한국의 헌법재판제도 [Die koreanische Verfassungsgerichtsbarkeit], in: 서울대학교 법학 [Seoul Law Journal] 29-3/4 (Dez. 1988), 39-45.
- *ders.*, Diskussionsbeitrag, in: 대한변호사협회지 [Zeitschrift der Koreanischen Rechtsanwaltskammer] 149 (Jan. 1989), 15-17.
- *ders.*, 사회적 기본권의 헌법규범성고 [Betrachtung der verfassungsrechtlichen Normativität der sozialen Grundrechte]. 헌법소송적 실현을 위한 시론 [Ein Argumentationsversuch für ihre verfassungsgerichtliche Judizierung], in: 헌법논총 [Archiv des Verfassungsrechts] 2 (1991), 177-208.
- 권오승 [Kwon, O-seung]*, 사법도 서비스다 [Auch die Justiz ist ein Service], Seoul 2003.

- 권태환 [Kwon, Tai-hwan]/신용하 [Shin, Yong-ha], 조선왕조시대 인구추정에 관한 일시론 [Die Untersuchung über die Einschätzung der Bevölkerung der Chosun-Dynastie], in: 동아문화 [Die ostasiatische Kultur] 14 (1977), 289-330.
- 김남진 [Kim, Nam-jin], Diskussionsbeitrag, in: 법무자료 [Nachschlagewerke für die Justiz] 95 (1988), S. 115.
- ders., 행정상 사실행위와 행정쟁송 [Verwaltungsrealakte und Verwaltungsrechtsstreitigkeit], in: 고시연구 [Goshiyungu] 247 (Okt. 1994), 46-55.
- 김남진 [Kim, Nam-jin]/김연태 [Kim, Yeon-tae], 행정법 [Verwaltungsrecht] I, 13. Aufl., Seoul 2009.
- 김도창 [Kim, Doh-chang], 일반행정법론(상) [Allgemeines Verwaltungsrecht I], 4. Aufl., Seoul 1993.
- 김동희 [Kim, Dong-hee], 행정법 I [Verwaltungsrecht I], 17. Aufl., Seoul 2011.
- 김문현 [Kim, Moon-hyun], 헌법해석에 있어 헌법재판소와 법원과의 관계 [Die Beziehungen zwischen Verfassungsgericht und Fachgerichten in der Auslegung der Verfassung], in: 김철수 교수 화갑기념논문집 [Festschrift für Kim, Tschol-su zum 60. Geburtstag], Seoul 1993, S. 79-107.
- 김상철 [Kim, Sang-tschul], Diskussionsbeitrag, in: 서울대학교 법학 [Seoul Law Journal] 29-3/4 (Dez. 1988), 50-52.
- 김선 [Kim, Sun], Diskussionsbeitrag, in: 법무자료 [Nachschlagewerke für die Justiz] 95 (1988), S. 123-124.
- 김선태 [Kim, Seon-taek], Die Interpretation der Grundrechte nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland und nach der Verfassung der Republik Korea, Diss. Univ. Köln 1992.
- 김수용 [Kim, Su-yong], 해방 후 헌법논의와 1948년 헌법제정에 관한 연구 [Untersuchung über den Verfassungsdiskurs bzw. den Erlass der Verfassung von 1948], Diss. Univ. Seoul 2007.
- 김시철 [Kim, Si-cheol], 헌법적 쟁점에 관한 법원의 심리 및 판단 [Fachgerichtliche Judikatur über verfassungsrechtliche Fragen], in: 공법연구 [Public Law] 35-4 (Jun. 2007), 75-145.
- 김용섭 [Kim, Yong-sup], 행정상 사실행위의 법적 문제 [Rechtsprobleme von Realakten], in: 인권과정의 [Menschenrecht und Gerechtigkeit] 283 (Mär. 2000), 139-153.
- 김우수 [Kim, Woo-su], 개인의 위헌심판청구 및 이와 관련된 보충성 요건 [Der Individualantrag und dessen Voraussetzung der Subsidiarität]. 오스트리아의 헌법재판제도 [Die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit], in: 헌법논총 [Archiv des Verfassungsrechts] 17 (2006), 97-166.
- 김운용 [Kim, Un-yong], 위헌심사론 [Judicial Review], Seoul 1998.
- 김유환 [Kim, Yoo-hwan], 취소소송에 있어서의 권리보호의 필요 [Rechtsschutzbedürfnisse bei der Anfechtungsklage], in: 고시연구 [Goshiyungu], 260 (Nov. 1995), 60-76.
- 김일환 [Kim, Il-hwan], 행복추구권의 기본권 체계적 해석에 관한 고찰 [Überlegungen zur grundrechtssystematischen Interpretation des Rechts auf Glücksstreben], in: 고시연구 [Goshiyungu] 348 (Mär. 2003), 35-47.

- 김철수 [Kim, Tschol-su], 헌법소원제도 [Das Institut der Verfassungsbeschwerde], in: 고시계 [Goshigy] 268 (Jun. 1979), 56-64.
- ders., 미국헌법이 한국헌법에 미친 영향 서설 [Einleitung: Einfluss der amerikanischen Verfassung auf die koreanische], in: 한국공법학회 [Die koreanische staatsrechtswissenschaftliche Gesellschaft] (Hrsg.), 한국에서의 미국헌법의 영향과 교훈 [Der Einfluss der amerikanischen Verfassung in Korea], Seoul 1988, S. 9-79.
- ders., 헌법소원제도의 개선방안 [Verbesserungsvorschläge für die koreanische Verfassungsbeschwerde], in: 헌법재판연구 [Forschungen der Verfassungsgerichtsbarkeit] 1 (1990), 690-714.
- 김학성 [Kim, Hak-sung], 헌법소원에 관한 연구 [Eine Untersuchung über die Verfassungsbeschwerde], Diss. Univ. Seoul 1990.
- 김학성 [Kim, Hak-sung]/최희수 [Choi, Hee-su]/김주환 [Kim, Joo-hwan]/홍일선 [Hong, Il-sun], 기본권의 주체 [Grundrechtsträger], in: 헌법재판연구 [Forschungen der Verfassungsgerichtsbarkeit] 20 (2009).
- 김현철 [Kim, Hyun-chul], 헌법소원의 적법요건 [Sachentscheidungs voraussetzungen im Verfassungsbeschwerdeverfahren], in: 헌법논총 [Archiv des Verfassungsrechts] 9 (1998), 765-812.
- 김형남 [Kim, Hyung-nam], 통일한국의 헌법재판제도에 대한 전망 [Ein Ausblick auf die Verfassungsgerichtsbarkeit Koreas in der zukünftigen Epoche der Wiedervereinigung], in: 헌법학연구 [Constitutional Law] 14-2 (Jun. 2008), 507-529.
- 김효진 [Kim, Hyo-jeon], Hundert Jahre Verfassungsrecht in Korea und Deutschland. Ein Beitrag zur Rezeptionsgeschichte deutschen Rechts in Korea, JöR n.F. 35 (1986), 575-618.
- 문일봉 [Moon, Il-bong], 헌법소원심판에서의 변호사강제위반의 효과와 치유 [Die Wirkungen und die Heilung des Verstoßes gegen den Anwaltszwang im Verfassungsbeschwerdeverfahren], in: 인권과 정의 [Menschenrecht und Gerechtigkeit] 218 (Okt. 1994), 127-137.
- 문준영 [Moon, Joon-young], 대한제국기 형법대전 제정에 관한 연구 [Untersuchung des Zustandekommens des Großen Strafgesetzbuches im Daihan-Kaiserreichs], Magisterarbeit, Seoul 1997.
- 박경철 [Park, Gyung-chul], 우리 헌법질서에서 재판소원금지의 위헌성 [Verfassungswidrigkeit des Verbots der Urteilungsverfassungsbeschwerde nach Art. 68 Abs. 1 VerfGG], in: 공법연구 [Public Law] 30-3 (Feb. 2002), 155-182.
- ders., 국회의원선거권의 법적 성격과 국민의 국회구도결정권 [Die Bedeutung und der verfassungsrechtliche Charakter des Parlamentswahlrechts]. 현재 1998. 10. 29. 선고 96헌마186 결정과 관련하여 [unter Berücksichtigung der Entscheidung 96HunMa186 des Verfassungsgerichts], in: 토지공법연구 [Public Land Law Review] 37-2 (Aug. 2007), 359-386.
- 박균성 [Park, Kyun-sung], 행정법론 (상) [Die Lehre des Verwaltungsrechts I], 8. Aufl., Seoul 2009.
- 박병호 [Bak, Byoung-ho], 한국법제사고 [Die koreanische Rechtsgeschichte]. 근세의 법과 사회 [Das Recht und die Gesellschaft in der vormodernen Zeit], Seoul 1974.
- 박윤훈 [Park, Yun-heun], 최신행정법강의 (상) [Die Lehre des neuesten Verwaltungsrechts I], 29. Aufl., Seoul 2004.

- 박일환 [Park, Il-hwan], 법규범에 대한 헌법소원과 취소요건 [Rechtssatzverfassungsbeschwerde und deren Voraussetzungen], in: 인권과 정의 [Menschenrecht und Gerechtigkeit] 174 (Feb. 1991), 45-69.
- 박정훈 [Park, Jeong-hoon], 독일법상 취소소송의 권리보호필요성 [Rechtsschutzbedürfnisse bei der Anfechtungsklage im deutschen Recht], in: 판례실무연구 [Forschungen der Rechtsprechungspraxis] V (2001), 417-445.
- ders., 취소소송의 성질과 „처분“ 개념 [Der Charakter der Anfechtungsklage und der Begriff der „Verwaltungsverfügung“], in: 고시계 [Goshigye] 535 (Aug. 2001), 6-34.
- ders., 행정소송법 개혁의 과제 [Die Zielsetzungen bei der Reform der Verwaltungsprozessordnung], in: 서울대학교 법학 [Seoul Law Journal] 45-3 (Sep. 2004), 376-418.
- ders., 취소소송에서의 협의의 소익 [Klageinteresse im engen Sinne bei der Anfechtungsklage], in: 특별법연구 [Forschungen des besonderen Verwaltungsrechts] 8 (Sep. 2006), 82-102.
- 박종국 [Park, Jong-kook], 당사자소송과 소의 이익 [Parteistreitigkeit und Rechtsschutzbedürfnis], in: 사법행정 [Justizverwaltung] 373 (Jan. 1992), 31-43.
- 박찬운 [Park, Chan-un], 우리 사법 제1의 과제: „법조일원화“ [The Supreme Agenda of Korean Judiciary: Monism of Legal Profession], in: 한양법학 [Hanyang Law Journal] 15 (2004), 137-159.
- 박홍우 [Park, Hong-woo], 헌법재판제도의 유형 [Die Modelle der Verfassungsgerichtsbarkeit], in: 재판자료 [Nachschlagewerke für gerichtliche Entscheidungen] 92 (2001), 97-148.
- 배준상 [Bae, Jun-sang], 헌법소원 [Die Verfassungsbeschwerde]. 서독연방헌법재판소 판례를 중심으로 [Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in der Bundesrepublik Deutschland], in: 고시연구 [Goshiyungu] 58 (Jan. 1979), 77-84.
- 석종현 [Seok, Jong-hyun], Die Rezeption des deutschen Verwaltungsrechts in Korea, Berlin 1991.
- 신봉기 [Shin, Bong-ki], 원행정처분의 헌법소원심판 대상성 [Die Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen ursprüngliche Verwaltungsverfügungen], in: 고시연구 [Goshiyungu], 255 (Jun. 1995), 82-98.
- 신평 [Shin, Pyung], 한국 사법개혁작업의 평가 [Bewertung der koreanischen Justizreform], in: 세계헌법연구 [Forschungen zu den Verfassungen in der Welt] 14-3 (2008), 229-262.
- 안경환 [Ahn, Kyong-whan], The Influence of American Consitutionalism on South Korea, in: Southern Illinois University Law Journal 22 (Fall, 1997), 71-115 (zitiert: 안경환 [Ahn, Kyong-whan], 22 S.Ill.U.L.J. 71).
- 양창수 [Yang, Chang-soo], 우리나라 최초의 헌법재판 논의 [Die erste Debatte über verfassungsrechtliche Fragen in Korea] – 처의 행위능력 제한에 관한 1947년 대법원 판결에 대하여 [Über ein Urteil des KOGH vom 1947, das sich gegen die Einschränkung der Geschäftsfähigkeit der Ehefrau aussprach], in: 서울대학교 법학 [Seoul Law Journal] 40-2 (1999), 125-151.
- 유남석 [Yoo, Nam-seok], 재판에 대한 헌법소원 금지의 논리 및 정책적 이유 [Die rechtlichen bzw. politischen Gründe für den Ausschluss der Urteilsverfassungsbeschwerde], in: 재판자료

- [Nachschlagewerke für gerichtliche Entscheidungen] 75 (1997), 257-299.
- 유진오 [Yu, Jin-oh], 헌법해의 [Kommentar der Verfassung], Seoul 1949.
- ders., 헌법기초회고록 [Memoiren über die Ausarbeitung des Entwurfs der Verfassung], Seoul 1981.
- 이강국 [Lee, Kang-kuk], 헌법재판소법 제정에 관하여 [Über die Erarbeitung des KVerfGG], in: 법무자료 [Nachschlagewerke für die Justiz] 95 (1988), S. 47-54.
- ders., Diskussionsbeitrag, in: 법무자료 [Nachschlagewerke für die Justiz] 95 (1988), S. 101-102 u. 117-118.
- 이강혁 [Lee, Kang-hyuk], 헌법재판소의 헌법상 지위와 권한 [Der verfassungsrechtliche Status bzw. die Kompetenzen des Verfassungsgerichts], in: 법무자료 [Nachschlagewerke für die Justiz] 95 (1988), S. 7-29.
- 이국운 [Lee, Kuk-woon], 사법서비스 공급자위원회의 한계 [The Limit of the Legal Service Supplier's Committee]. 노무현 정부의 사법개혁에 대한 분석과 평가 [An Analysis and Evaluation of the Korean Judicial Reform in 2003-6], in: 공법학연구 [Staatsrechtslehre] 8-2 (Mai, 2007), 37-66.
- 이명구 [Rhee, Myoung-koo], 위법한 사실행위와 행정구제 [Rechtswidrige Realakte und verwaltungsprozessrechtliche Rechtswege], in: 고시연구[Goshiyungu] 110 (Mai, 1983), 155-158.
- 이상규 [Lee, Sang-kyu], Diskussionsbeitrag, in: 법무자료 [Nachschlagewerke für die Justiz] 95 (1988), S. 98-100 u. 134-135.
- ders., 헌법재판제도의 운영 [Ein Rückblick auf die Ausübung der Verfassungsgerichtsbarkeit], in: 인권과 정의 [Menschenrecht und Gerechtigkeit] 159 (Nov. 1989), 35-40.
- ders., 명령·규칙의 위헌심사권 [Die Kompetenz zur Überprüfung von Rechtsverordnungen auf ihre Verfassungsmäßigkeit], in: 저스티스 [Justice] 24-1 (Jun. 1991), 229-238.
- 이석연 [Lee, Seog-yeon], 명령·규칙에 대한 헌법재판소의 위헌여부심사권 [Die Kompetenz des KVerfG zur Nachprüfung von Rechtsverordnungen auf ihre Verfassungsmäßigkeit], in: 저스티스 [Justice] 23-2 (Dez. 1990), 193-208.
- ders., 헌법소송의 이론과 실제 [Theorie und Praxis im Verfassungsprozess], Seoul 1992.
- 이성무 [Yi, Söngmu], The Influence of Neo-Confucianism on Education and the Civil Service Examination System in Fourteenth- and Fifteenth-Century Korea, in: de Bary, William Theodore/Haboush, JaHyun Kim (Hrsg.), The Rise of Neo-Confucianism in Korea, New York 1985, S. 125-160.
- 이승우 [Lee, Seung-woo], 법무사법시행규칙에 대한 현재의 위헌결정과 대법원측 견해의 검토 [Eine Rezension über die verfassungsgerichtliche Verfassungswidrigerklärung der Rechtsverordnung über justizielle Schreiber und die Stellungnahme des KOGH], in: 인권과 정의 [Menschenrecht und Gerechtigkeit] 174 (Feb. 1991), 70-87.
- 이시윤 [Lee, Si-yun], 헌법소원심판에 관한 고찰 [Die Untersuchung der Entscheidung über Verfassungsbeschwerden], in: 황적인 박사 화갑기념논문집 [Festschrift für Hwang, Jug-in zum 60. Geburtstag], Seoul 1990, S. 667-682.

- 이영록 [Lee, Young-lok], 제1공화국 헌법위원회제도의 형성 [Die Ausgestaltung des Verfassungskomitees der Ersten Republik], in: 헌법학연구 [Constitutional Law] 11-2 (Jun. 2005), 307-336.
- 이옥한 [Lee, Uk-han], Das Verfassungsgericht der Republik Korea. Überlegungen zu Problemen koreanischer Verfassungsgerichtsbarkeit unter Berücksichtigung der deutschen Rechtslage, Diss. Univ. Bayreuth 1991.
- 이은정 [Lee, Eun-jeung], Konfuzius interkulturell gelesen, Nordhausen 2008.
- 이인복 [Yi, In-bok], 우리나라 헌법재판제도의 연혁과 전개 [Die Entwicklungsgeschichte der koreanischen Verfassungsgerichtsbarkeit], in: 재판자료 [Nachschlagewerke für gerichtliche Entscheidungen] 92 (2001), 277-327.
- 이태진 [Yi, Tae-jin], 1904-1910년 한국국권 침탈 조약들의 절차상 불법성 [Über die prozessuale Rechtswidrigkeit der zwischen 1904 und 1910 die koreanische Souveränität verletzenden Verträge], in: ders./백충현 [Baek, Choong-hyun] u.a. (Hrsg.), 한국병합의 불법성 연구 [Untersuchungen über die Rechtswidrigkeit der Annexion Koreas], Seoul 2003, S. 4-61.
- 이해진 [Lee, Hae-chin], 헌법재판소의 책임 [Die Verantwortung des Verfassungsgerichts], in: 대한변호사협회지 [Zeitschrift der Koreanischen Rechtsanwaltskammer] 149 (Jan. 1989), 8-9.
- ders., Diskussionsbeitrag, in: 대한변호사협회지 [Zeitschrift der Koreanischen Rechtsanwaltskammer] 149 (Jan. 1989), 10-30.
- 이홍훈 [Lee, Hong-hun], Diskussionsbeitrag, in: 법무자료 [Nachschlagewerke für die Justiz] 95 (1988), S. 108-113.
- 임상혁 [Ihm, Sahng-hyeog], 조선전기 민사소송과 소송이론의 전개 [Die Entwicklungslage des Zivilprozesses sowie der Prozesslehre zur früheren Zeit der Chosun], Diss. Univ. Seoul 2000.
- 임지봉 [Lim, Ji-bong], 행복추구조항의 기본권성 [Der Charakter der Klausel des Glücksstrebens als subjektives Grundrecht], in: 저스티스 [Justice] 71 (Feb. 2003), 5-25.
- 장석조 [Chang, Seok-cho], Diskussionsbeitrag, in: 법무자료 [Nachschlagewerke für die Justiz] 95 (1988), S. 132-133.
- 장승화 [Chang, Seung-wha], The Role of Law in Economic Development and Adjustment Process: The Case of Korea, in: International Lawyer 34 (Spring, 2000), 267-287 (zitiert: 장승화 [Chang, Seung-wha], 34 Int'l Law. 267).
- 전봉덕 [Chun, Bong-duck], Legal Principles and Values of the Late Yi Dynasty, in: Chun, Bong-duck/ Shaw, William/Choi, Dai-kwon, Traditional Korean Legal Attitudes, Berkeley (Cal.) 1980, S. 1-14.
- ders., Wesen und Struktur des koreanischen Rechts. Einführung in die koreanische Rechtsgeschichte vor 1990, in: Festschrift für Andre Eckardt zum 75. Geburtstag, Baden-Baden 1960, S. 121-141.
- 전종익 [Chon, Jong-ik], 근대주권개념의 수용과 전개 [Introduction and Development of the Modern Idea of Sovereignty]. 1876년부터 1900년까지 개화지식인의 개혁론을 중심으로 [With the focus on enlightened intellectuals' arguments from 1876 to 1900], Diss. Univ. Seoul 2006.
- 전효숙 [Jeon, Hyo-Sook], Legal Basis for the Election and Dismissal of Constitutional Justices in Korea, in: Konrad-Adenauer-Stiftung (Hrsg.), Constitutional Courts and Politics. Third Semi-

- nar of Asian Constitutional Court Judges 2005 in Ulan Bator, Mongolia, Singapur 2005, S. 149-156.
- 정공식 [Jung, Geung-sik], 조선시대의 권력분립과 법치주의 [An Essay on Separation of Powers and Rule of Law in the Chosun-Dynasty], in: 서울대학교 법학 [Seoul Law Journal] 42-4 (Dez. 2001), 27-65.
- 정미화 [Chung, Mi-hwa], 사법제도개혁입법의 중요성에 관하여 [Über die Wichtigkeit der Gesetzgebungen für die Reform des Justizsystems], in: 법조 [Bup-jo] 595 (Apr. 2006), 19-53.
- 정연주 [Jung, Yon-ju], 헌법재판소 직무상의 문제 [Zur Frage nach der Zuständigkeit des Verfassungsgerichts], in: 헌법학연구 [Constitutional Law] 11-2 (Jun. 2005), 49-74.
- ders., 헌법재판소법 제68조 제1항에 대한 한정위헌결정의 문제점 [Die Probleme der beschränkten Verfassungswidrigerklärung betreffend § 68 Abs. 1 KVerfGG], in: 고시계 [Goshigye] 492 (Feb. 1998), 113-128.
- 정용상 [Chung, Yong-sang], 로스쿨 총정원의 증원 [Zur Anhebung des Numerus Clausus an den Law Schools], in: 고시계 [Goshigye] 630 (Aug. 2009), 80-86.
- 정종섭 [Chong, Jong-sup], 헌법소송과 행정소송 [Der Verfassungsrechtsprozess und der Verwaltungsrechtsprozess]. 현행 명령·규칙에 대한 위헌심판절차의 문제점과 그 해결방안 [Die Probleme des bestehenden Überprüfungsverfahrens von Rechtsverordnungen auf ihre Verfassungsmäßigkeit und deren Lösungen], in: 헌법논총 [Archiv des Verfassungsrechts] 3 (1992), 333-377.
- ders., 감사의 불기소처분에 대한 헌법소원제도 [Das Rechtsinstitut der Verfassungsbeschwerde gegen staatsanwaltliche Einstellungsverfügungen], in: 인권과 정의 [Menschenrecht und Gerechtigkeit] 237 (Mai 1996), 8-22.
- ders., 재판의 정당성과 효율성 향상을 위한 사법시스템의 구축 [Die Konstruktion des Justizsystems für die Legitimität bzw. Effizienz der gerichtlichen Entscheidungen], in: 법과 사회 [Recht und Gesellschaft] 18 (2000), 17-48.
- ders., 헌법소송법 [Constitutional Litigation], 6. Aufl., Seoul 2010.
- 정종욱 [Tjong, Zong-uk], Beziehungen zwischen dem deutschen und koreanischen Strafrecht, in: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Berlin 1974, S. 277-288.
- 정태호 [Chung, Tae-ho], Bedeutung des § 90 BVerfGG für die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen Gesetze. Versuch des normorientierten Aufbaus der Systematik der Zulässigkeitskontrolle der Rechtssatzverfassungsbeschwerde, Diss. Univ. Regensburg 1993.
- ders., 원처분의 헌법소원대상성에 관한 소고 [Zur Beschwerdegegenstandsfähigkeit der Ursprungsverfügung], in: 헌법논총 [Archiv des Verfassungsrechts] 6 (1995), 249-303.
- ders., 원리로서의 사회적기본권 [Soziales Grundrecht als Prinzip]. R. Alexy 의 원리모델을 중심으로 [Nach dem Prinzipienmodell von R. Alexy], in: 정경식 박사 화갑기념논문집 [Festschrift für Chung, Kyung-sik zum 60. Geburtstag], Seoul 1997, S. 238-265.
- ders., 의원내각제로의 개헌과 헌법재판소와 대법원의 구성방식 및 권한의 조정 [Eine künftige, auf die Umwandlung in ein parlamentarisches Regierungssystem zielende Verfassungsände-

- rung und Verbesserungsvorschläge zur Zusammensetzung des KVerfG bzw. des KOGH und die Kompetenzverteilung zwischen ihnen], in: 고시연구 [*Goshiyungu*] 287 (Jan. 1998), 84-101.
- ders., 원리모델에 의한 사회적 기본권 침해여부의 판단기준 및 심사구조 [Das Kriterium bzw. Prüfungsschema nach dem Prinzipienmodell bei der Entscheidung über die Verletzung der sozialen Grundrechte], in: 헌법학연구 [*Constitutional Law*] 13-3 II (Sep. 2007), 539-580.
- 조규창 [*Cho, Kyu-chang*], Koreanisches Zivilrecht und deutsches bürgerliches Recht, in: *Rehbinder, Manfred/Sonn, Ju-chan* (Hrsg.), Zur Rezeption des deutschen Rechts in Korea, Baden-Baden 1990, S. 59-73.
- 조병윤 [*Cho, Byung-yun*], 독일의 헌법재판제도 [Die deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit], in: 공법연구 [*Public Law*] 9 (Sep. 1981), 65-104.
- ders., Aufgabe und Zukunft der Justizreform für die Bürger, in: 공법연구 [*Public Law*] 23-1 (Jun. 1995), 303-319.
- 최광렬 [*Choe, Kwang-ryool*], 헌법재판소법의 입법방향 [Die Schwerpunkte des Erlasses des KVerfGG], in: 법무자료 [Nachschlagewerke für die Justiz] 95 (1988), S. 30-46.
- ders., Diskussionsbeitrag, in: 법무자료 [Nachschlagewerke für die Justiz] 95 (1988), S. 114-115 u. 124-125.
- 최대권 [*Choi, Dai-kwon*], Development of Law and Legal Institutions in Korea, in: *Chun, Bong-duck/ Shaw, William/Choi, Dai-kwon*, Traditional Korean Legal Attitudes, Berkeley (Cal.) 1980, S. 54-101.
- 최병조 [*Choe, Byoung-jo*], Der Kampf ums Recht im traditionellen Korea. Die konfuzianische Ideologie und die Wirklichkeit, in: *Behrends, Okko* (Hrsg.), Jherings Rechtsdenken. Theorie und Pragmatik im Dienste evolutionärer Rechtsethik, Göttingen 1996, S. 32-60.
- 최봉석 [*Choi, Bong-seok*], 취소소송의 소익에 관한 이론과 판례의 검토 [Ein Überblick über die Lehre bzw. Rechtsprechung zu Rechtsschutzbedürfnissen bei der Anfechtungsklage], in: 토지공법연구 [*Public Land Law Review*] 11 (Feb. 2001), 85-106.
- 최완주 [*Choi, Wan-joo*], 헌법소원에 관한 각국의 제도 비교 [Rechtsvergleich zur Verfassungsbeschwerde], in: 재판자료 [Nachschlagewerke für gerichtliche Entscheidungen] 75 (1997), 123-225.
- ders., 원처분의 헌법소원대상성에 관한 고찰 [Untersuchung der Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen ursprüngliche Verwaltungsverfügungen], in: 재판자료 [Nachschlagewerke für gerichtliche Entscheidungen] 75 (1997), 427-488.
- ders., 헌법재판제도의 재구성: 사법분열 방지를 위한 방안을 중심으로 [Rekonstruktion der Verfassungsgerichtsbarkeit: u.a. zur Vermeidung der Zersplitterung der Rechtsprechung], in: 법조 [*Bup-jo*] 55-3 (Mär. 2006), 19-60.
- 최종고 [*Choi, Chong-ko*], Über die Rezeption westlichen Rechts in Korea, in: *Rehbinder, Manfred/Sonn, Ju-chan* (Hrsg.), Zur Rezeption des deutschen Rechts in Korea, Baden-Baden 1990, S. 29-58.
- 최준선 [*Choi, June-sun*], Denkweise und Rechtsbewußtsein der Koreaner in der traditionellen Gesell-

schaft, in: Festschrift für Hans G. Leser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1998, S. 450-471.

한상권 [Han, Sang-kwon], 조선후기 사회문제와 소원제도의 발달 [Die sozialen Probleme in der späteren Zeit der Chosun-Dynastie und die Entwicklung des Petitionsinstituts], Diss. Univ. Seoul 1993.

- ders., 조선시대 소송과 외지부 [Prozess in der Chosun-Dynastie und Ösibu] – 1560년 경주부 결송입안 분석 [Analyse der Prozessakten beim Gericht Gyeongju von 1560], in: 역사와 현실 [Historie und Wirklichkeit] 69 (Sep. 2008), 255-292.

한상호 [Han, Sang-ho], Gesetzgebung zur Justizreform und ihre Aussicht, in: 공법연구 [Public Law] 23-1 (Jun. 1995), 257-265.

한수웅 [Han, Soo-woong], 입법부작위에 대한 헌법소원 [Verfassungsbeschwerde gegen gesetzgeberisches Unterlassen], in: 이명구 박사 화갑기념논문집 [Festschrift für Lee, Myung-gu zum 60. Geburtstag], Band I, Seoul 1996, S. 686-724.

- ders., 헌법소송을 통한 사회적 기본권 실현의 한계 [Grenze der verfassungsgerichtlichen Durchsetzung der sozialen Grundrechte]. 법적 권리설로부터의 결별 [Abschied von der Lehre der subjektiven Sozialgrundrechte], in: 인권과 정의 [Menschenrecht und Gerechtigkeit] 245 (Jan. 1997), 70-90.

- ders., 헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌여부 [Über die Verfassungsmäßigkeit des § 68 Abs. 1 KVerfGG], in: 헌법논총 [Archiv des Verfassungsrechts] 10 (1999), 283-338.

- ders., 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙의 의미와 적용범위 [Die Bedeutung bzw. der Anwendungsbereich des Übermaßverbotsprinzips im Sinne des Art. 37 Abs. 2 KV], in: 저스티스 [Justice] 95 (Dez. 2006), 5-28.

함인선 [Ham, In-seon], 행정소송법 개정에 있어서의 원고적격의 확대문제 [Über die Erweiterung der Klagebefugnis durch das Änderungsgesetz zur KVwPO], in: 공법연구 [Public Law] 33-5 (Jun. 2005), 509-544.

함재학 [Hahm, Chai-hark], Confucian Constitutionalism, Diss. Harvard Law School, Cambridge (Mass.) 2000.

허영 [Huh, Young], 헌법재판소법 제정에 관한 관견 [Eine Bemerkung zur Erarbeitung des KVerfGG], in: 법률신문 [The Lawtimes] vom 25. 1. 1988, S. 9.

- ders., 헌법소원제도의 이론과 우리 제도의 문제점 [Die Grundlegung des Instituts der Verfassungsbeschwerde und die Probleme unseres Instituts], in: 고시연구 [Goshiyungu] 181 (Apr. 1989), 51-62.

- ders., Die Grundzüge der neuen koreanischen Verfassung von 1987, JöR 38 (1989), 555-587.

- ders., 헌법재판소와 법원의 권한갈등을 어떻게 풀 것인가? [Wie sollte der Kompetenzkonflikt zwischen Verfassungsgericht und Fachgericht gelöst werden?], in: 공법연구 [Public Law] 24-1 (Jun. 1996), 31-49.

- ders., 헌법소송법론 [Verfassungsprozessrecht], 6. Aufl., Seoul 2011.

허완중 [Heo, Wan-jung], Umfang und Grenzen der gesetzgeberischen Bindung durch verfassungsgerichtliche Entscheidung. Versuch einer Lösung südkoreanischer verfassungsgerichtlicher Prob-

leme, Frankfurt a.M. 2008.

- 홍광식 [Hong, Kwang-sik], 명령·규칙에 대한 위헌심사권 [Die Kompetenz zur Überprüfung von Rechtsverordnungen auf ihre Verfassungsmäßigkeit], in: 재판자료 [Nachschlagewerke für gerichtliche Entscheidungen] 76 (1997), 301-347.
- 홍정선 [Hong, Jeong-sun], 행정행위개념과 행정소송법상 처분개념 [Der Begriff des Verwaltungsakts und der Begriff der Verwaltungsverfügung in der KVwPO], in: 고시계 [Goshigye] 537 (Nov. 2001), 21-32.
- 홍준형 [Hong, Joon-hyung], Die Klage zur Durchsetzung von Vornahmepflichten der Verwaltung: zugleich ein Beitrag zur Rechtsvergleichung zwischen deutschem und koreanischem Verwaltungsprozessrecht, Berlin 1992.
- ders., 공법상 당사자소송 [Öffentlich-rechtliche Parteistreitigkeit], in: 고시계 [Goshigye] 435 (April, 1993), 67-86.
- ders., 행정상 사실행위와 당사자소송 [Verwaltungsrealakte und Parteistreitigkeit], in: 고시계 [Goshigye] 446 (April, 1994), 28-46.
- ders., 효력기간이 경과된 제재적 처분에 대한 취소소송과 소의 이익 [Die Anfechtungsklage gegen zeitlich befristete Sanktionsmaßnahmen und das Rechtsschutzbedürfnis beim Zeitablauf], in: 행정법연구 [Verwaltungsrechtsforschung] 1 (Juni. 1997), 276-289.
- ders., 행정구제법 [Verwaltungsstreitigkeitsrecht], 4. Aufl., Seoul 2001.
- 황도수 [Hwang, Do-ssu], 원처분에 대한 헌법소원 [Die Verfassungsbeschwerde gegen ursprüngliche Verwaltungsverfügungen], in: 헌법논총 [Archiv des Verfassungsrechts] 6 (1995), 191-248.
- 황우여 [Hwang, Woo-yea], Diskussionsbeitrag, in: 서울대학교 법학 [Seoul Law Journal] 29-3/4 (Dez. 1988), 55-57.

Veröffentlichte Quellen

- Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, München o. J. [circa 1949] (zitiert: HCh, Bericht über den Verfassungskonvent).
- Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Entlastung des Bundesverfassungsgerichts: Bericht der Kommission, Bonn 1998 (zitiert: Bericht der Kommission zur Entlastung des BVerfG)
- Commission on Revision of the Federal Court Appellate System, Structure and Internal Procedure: Recommendations for Change, in: Federal Rules Decisions 67 (June, 1975), 195-409 (zitiert: Commission on Revision of the Federal Court Appellate System, 67 F.R.D. 195).
- Das Grundgesetz. Dokumentation seiner Entstehung, Bd. XXIII,
- Teilbd. 1: Vor Art. 92, Art. 92-93, bearb. v. *Schuckart, Rainer*, Frankfurt a.M. 1999 (zitiert: GG, Dokumentation XXIII/1).
- Teilbd. 2: Art. 94-96, bearb. v. *Kramer, Jutta/Schuckart, Rainer*, Frankfurt a.M. 2003 (zitiert: GG, Dokumentation XXIII/2).
- Der Parlamentarische Rat 1948-1949. Akten und Protokolle, Bd. II: Der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee, bearb. v. *Bucher, Peter*, o. O. 1981 (zitiert: PR, Akten und Protokolle II).
- Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit: Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, bearb. v. *Schiffers, Reinhard*, Düsseldorf 1984 (zitiert: Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit).
- Protokoll über die 82. Sitzung des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht des Deutschen Bundestages, in: Parlamentsarchiv des Deutschen Bundestages. Materialien zum Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, Band 3 (zitiert: Prot. 82. Sitzung, ParlA III).
- Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland (Drucksache Nr. 850, 854), Anlage zum stenographischen Bericht der 9. Sitzung des Parlamentarischen Rates am 6. Mai 1949, Bonn 1949 (zitiert: PR, Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes).
- Verhandlungen des Hauptausschusses/Parlamentarischer Rat, Bonn 1948/49.
- 한국법학교수회와 전국법과대학장협의회의 1994. 2. 7.자 결의문 [Gemeinsame Resolution vom 7. Feb. 1994 des koreanischen Vereins der Professoren an rechtswissenschaftlichen Fakultäten und der nationalen Konferenz der Dekane der rechtswissenschaftlichen Fakultäten]. 국민에 대한 법률서비스의 확충을 위한 사법개혁방안 [Vorschlag zur Justizreform zur Erweiterung der juristischen Dienstleistungen gegenüber den Staatsbürgern], in: *고시계* [*Goshigye*] 446 (April, 1994), 206-217 (zitiert: 1994. 2. 7.자 법학교수 결의문 [Resolution der Professoren an rechtswissenschaftlichen Fakultäten vom 7. Feb. 1994]).
- 헌법재판소 [Das Koreanische Verfassungsgericht] (Hrsg.), *The First Ten Years of the Korean Constitutional Court*, Seoul 2001.
- 헌법재판소 [Das Koreanische Verfassungsgericht] (Hrsg.), *헌법재판소법 제정 역사* [Die skizzenhafte Geschichte des Erlasses des KVerfGG], Seoul 2006.

법원 행정처 [Das Gerichtsverwaltungsamt] (Hrsg.), 사법연감 [Jahresstatistik der koreanischen Justiz] 2010, Seoul 2010 (zitiert: 사법연감 [Jahresstatistik der koreanischen Justiz] 2010).

Internet-Quellen (Stand: 30. Jun. 2011)

Statistik des BVerfG:

<http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2008/A-III-1.html>

<http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2010/A-I-1.html>

<http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2010/A-I-2.html>

<http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2010/A-IV-1.html>

<http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2010/A-IV-4.html>

Kammerentscheidungen des BVerfG:

http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20021230_2bvr178602.html

http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20070329_2bvr012007.html

http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20080609_2bvr094708.html

http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20080826_2bvr151608.html

Merkblatt über die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht:

http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/vb_merkblatt.html

Statistik des Bundesamtes für Justiz:

http://www.bundesjustizamt.de/cIn_108/nn_1635220/DE/Themen/Justizstatistik/Geschaeftsbelastungen/downloads/Geschaeftsentwicklung__Gerichte__Staatsanwaltschaften,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/Geschaeftsentwicklung__Gerichte__Staatsanwaltschaften.pdf

http://www.bundesjustizamt.de/cIn_108/nn_1635272/DE/Themen/Justizstatistik/Personal/downloads/Gesamtstatistik__Anzahl__Richter__Staatsanwalte__Vertreter__des__oeffentlichen__Interesses__2008,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/Gesamtstatistik__Anzahl__Richter__Staatsanwalte__Vertreter__des__oeffentlichen__Interesses__2008.pdf

Webseite des Österreich-Konvents:

http://www.konvent.gv.at/K/Willkommen_Portal.shtml

Österreich-Konvent, Tonbandschrift der 16. Sitzung (10. 12. 2004):

http://www.konvent.gv.at/K/DE/KSITZ/KSITZ_00016/pmh.shtml

Seelmann, Hoo Nam, Ein Leib und eine Seele. Wie Kolonialpolitik legitimiert und propagiert wurde – das Beispiel Japans, in: Neue Zürcher Zeitung vom 5. Mai 2007:

<http://www.nzz.ch/2007/05/05/li/articleEB906.html>

Statistik des KVerfG:

http://www.ccourt.go.kr/home/main/bpm/stat_c1_sub02.jsp

http://www.ccourt.go.kr/home/main/bpm/stat_c1_sub03.jsp

Jahresstatistik der koreanischen Justiz:

[http://file.scourt.go.kr//AttachDownload?path=001&seqnum=5&gubun=10&file=1130301088989_133128.pdf&downFile=2002년 2절사건추이\(누년비교\).pdf](http://file.scourt.go.kr//AttachDownload?path=001&seqnum=5&gubun=10&file=1130301088989_133128.pdf&downFile=2002년 2절사건추이(누년비교).pdf)

[http://file.scourt.go.kr//AttachDownload?path=001&seqnum=39&gubun=10&file=1248336732962_171212.pdf&downFile=2.사건의추이\(누년비교\).pdf](http://file.scourt.go.kr//AttachDownload?path=001&seqnum=39&gubun=10&file=1248336732962_171212.pdf&downFile=2.사건의추이(누년비교).pdf)

http://file.scourt.go.kr//AttachDownload?path=001&seqnum=49&gubun=10&file=1273539421660_095701.pdf&downFile=사건의개황_1.pdf

Statistik des juristischen Staatsexamens:

http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do?strNbodCd=noti0083&strWrtNo=23&strAnsNo=A&strNbodCd=noti0083&strFilePath=bar/&strRtnURL=BAR_40300000&strOrgGbnCd=103000&strThisPage=5&strNbodCdGbn=

Artikel in 법률신문 [Lawtimes] vom 4. März 2009:

<http://www.lawtimes.co.kr/LawNews/News/NewsContents.aspx?kind=AM&serial=45753>

Artikel in 국회방송 [National Assembly Television] vom 14. Mai 2009:

http://www.assembly.go.kr/renew07/brd/news/news_vw.jsp?newsId=9761



9 788996 919209
ISBN 978-89-969192-0-9