

Die brasilianische Verfassungsgerichtsbarkeit – vorgestellt am Beispiel der Normenkontrolle*

von

Prof. Dr. Luís Afonso Heck

Bundesuniversität Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasilien

Inhalt

I. Vorbemerkung	592
II. Das oberste Bundesgericht	592
1. Zahl, Wahl und Ernennung der Richter beim obersten Bundesgericht	593
2. Zuständigkeit	593
III. Normenkontrolle	593
1. Konzentrierte Normenkontrolle	594
a) Gegenstand	595
b) Einige Fragen	595
c) Antragsberechtigter	598
d) Monopol der Normprüfung und -verwerfung	599
e) Rechtsvergleichende Aspekte	599
2. Diffuse Normenkontrolle	600
a) Antragsberechtigter	601
b) Monopol der Normprüfung und -verwerfung	601
c) Rechtsvergleichende Aspekte	601
IV. Bindung der Entscheidung	602
1. Bei der konzentrierten Normenkontrolle	602
2. Bei der diffusen Normenkontrolle	603
V. Nichtigkeit oder Vernichtung	603
VI. Schlussbetrachtung	604

* Diesem Text liegt ein Vortrag zugrunde, den der Verfasser im Dezember 2012 an der Universität Konstanz gehalten hat. Verf. bedankt sich bei Hartmut Maurer für die Einladung, bei Martin Ibler für sprachliche Hinweise und bei den Studenten für Anregungen und Fragen.

I. Vorbemerkung

Am 5. Oktober 1988 trat die brasilianische Bundesverfassung (BV) in Kraft. Nach dem Text der Verfassung ist Brasilien, so wie Deutschland¹, eine Bundesrepublik, Art. 1². Sie besteht aus der unauflösbaren Verbindung von Ländern, Gemeinden und dem Bundesbezirk (Brasília). Brasilien ist, wie Deutschland³, ein demokratischer Rechtsstaat, Art. 1 BV⁴.

Die Länder Brasiliens haben, wie der Bundesbezirk auch, eine eigene Rechtsprechung, vgl. Art. 92 VII BV. Dieser Artikel weist auch auf die Territorien hin. Zurzeit gibt es sie nicht mehr, denn Art. 14, 15 BV (Akt der vorübergehenden Verfassungsbestimmungen) hat sie gestrichen. Sie können aber durch territoriale Neugliederung wiederhergestellt werden, Art. 12 BV (Akt der vorübergehenden Verfassungsbestimmungen).

Hier soll der Aufbau der Verfassungsgerichtsbarkeit am Beispiel der Normenkontrolle verfolgt werden. Dazu wird vorab das oberste Bundesgericht dargestellt. Danach wird die Normenkontrolle mit einem rechtsvergleichenden Überblick vorgestellt. Und zum Schluss folgen einige Bemerkungen mit einem Vorschlag zur künftigen Ausgestaltung der Normenkontrolle in Brasilien.

II. Das oberste Bundesgericht

Das oberste Bundesgericht steht an der Spitze des verfassungsgerichtlichen Aufbaus. Es ist, in Anlehnung an die Einordnung der Normenkontrolle durch Maurer, unter die integrierte Normenkontrolle zu stellen⁵. Die Richter des obersten Bundesgerichts müssen nicht Berufsrichter sein. Sie werden auch nicht vom Nationalkongress, sondern vom Bundespräsidenten gewählt, obwohl der Anfang des Satzes des einzigen Paragraphen des Art. 1 BV genauso lautet wie der erste Satz des Art. 20 II GG: „Alle Staatsgewalt geht vom Volk aus“. Für das oberste Bundesgericht gilt auch nicht die „Fünftel-Regel“⁶.

Ihm kommt heute zwar eine wichtige Rolle im brasilianischen Verfassungsleben zu, aber diese Rolle und darüber hinaus sein Ansehen hängen von der Begründung seiner Entscheidungen ab sowie von der Überzeugungskraft seiner Argumente. Hier

¹ Art. 20 I GG.

² Titel: „Verfassung der Bundesrepublik Brasilien.“ Art. 1: „Die Bundesrepublik Brasilien ...“

³ Art. 20 I GG.

⁴ In Art. 1 steht: „... demokratischem Staat des Rechts.“ Die Formulierung ist nicht glücklich, denn ein Rechtsstaat kann demokratisch oder nicht demokratisch sein und ein demokratischer Staat impliziert den Rechtsstaat.

⁵ H. Maurer, *Jurisdição constitucional*, in: *Contributos para o direito do estado*, 2007, S. 246, Rn. 73. Übersetzung: L. A. Heck nach H. Maurer, *Staatsrecht I*, 4. Aufl. 2005, S. 695, Rn. 73.

⁶ Die sog. „Fünftel-Regel“ besagt, dass 1/5 der Plätze der Bundesregionalgerichte, der Justizgerichte der Länder, des Bundesbezirks und des Territoriums von Mitgliedern der Staatsanwaltschaft und Rechtsanwälten besetzt werden (Art. 94 BV). Man versucht damit vor allem die Erfahrung in diesen Bereichen im Gericht zur Geltung kommen zu lassen. Es soll damit zu einer besseren und vollständigeren Einsicht und zum Verständnis des Rechtsstreits beitragen. Das hat dann auch seine Wirkung auf das Urteil des Gerichts.

zeigt sich nicht nur die grundlegende Bedeutung von Bildung und Vorverständnis im gadamerischen Sinne⁷, sondern auch der innere Zusammenhang zwischen ihnen. Eine auf Vorverständnis des Gefüges einer Rechtsordnung zielende Bildung macht die Ausbildung aus, die wiederum Voraussetzung für eine rechtlich richtige Begründung ist. Nicht nur ein Ausgleich zwischen Theorie und Praxis, sondern auch eine tatsächliche Verbindung zwischen Lehre und Forschung an den juristischen Fakultäten wäre angebracht.

Im Folgenden sollen die Gestaltung und einige Zuständigkeiten des obersten Bundesgerichts (rechtsvergleichend) vorgestellt werden.

1. Zahl, Wahl und Ernennung der Richter beim obersten Bundesgericht

Die BV legt nicht nur die Zahl der Richter für das oberste Bundesgericht fest, sondern auch die Wahl⁸ und die Ernennung. Es wird von elf Richtern (als Minister ernannt) besetzt. Sie werden inmitten der Bürger ausgesucht, müssen älter als 35 und jünger als 65 Jahre sein, ein umfassendes rechtliches Wissen und einen ausgezeichneten Leumund haben (Art. 101 BV). Sie werden vom Bundespräsidenten nach der Zustimmung der Auswahl durch den Bundessenat ernannt. Die Zustimmung erfordert die absolute Mehrheit (Art. 101 BV). Die Zustimmung durch den Bundessenat erfolgt durch geheime Abstimmung. Eine öffentliche Befragung geht der Zustimmung voraus (Art. 52 III a BV). Die Befragung ist vergleichbar mit dem in den USA gebräuchlichen Verfahren zur Ernennung der Richter am Supreme Court.

2. Zuständigkeit

Die Zuständigkeiten des obersten Bundesgerichts sind in Art. 102 BV festgelegt. Nach Art. 102 BV obliegt dem obersten Bundesgericht hauptsächlich das Hüten bzw. die Wahrung der Verfassung. In diesem Sinne sollen im Folgenden nur die Zuständigkeiten im Blick auf die Normenkontrolle interessieren.

III. Normenkontrolle

Es lassen sich zwei Arten von Normenkontrollen im brasilianischen Verfassungsrecht unterscheiden. Die konzentrierte und die diffuse. Die BV von 1988 hat die Gestal-

⁷ Dazu H. G. Gadamer, *Wahrheit und Methode* 1. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 6. Aufl. 1990, S. 15 ff., 270 ff. Natürlich gilt die Bildungsfrage nicht nur für die Richter, sondern für alle Juristen, besser noch für alle Bürger. Es kann hier dahingestellt bleiben, inwieweit die Tatsache, dass in Brasilien die meisten Rechtsprofessoren Rechtsanwälte sind, d. h., in einer Kanzlei tätig sind, sich auf die Rechtskenntnisse und somit auf die Rechtsprechung der Gerichte auswirkt. Es lässt sich jedoch eines sagen: Damit handelt es sich weitgehend nicht um ein institutionell gepflegtes Wissen, sondern eher um ein individuelles, praktisches Wissen.

⁸ Die Zuständigkeit für diese Wahl ist gesetzlich nicht bestimmt.

tung der konzentrierten Normenkontrolle ausgedehnt, und zwar bezogen auf die Zahl der Antragsberechtigten und die der Einlegung.

Neben die konzentrierte Normenkontrolle kann man die abstrakte und die prinzipale stellen. Und neben die diffuse Normenkontrolle lassen sich die konkrete und die inzidente setzen. Sie lassen sich also kombinieren⁹. Beide, konzentrierte und diffuse Normenkontrolle, sind jedoch von den anderen durch das Merkmal der Zuständigkeit abzugrenzen, d. h., in der konzentrierten Normenkontrolle hat ein Gericht die Befugnis zur Prüfung und Verwerfung der zu kontrollierenden Rechtsnorm und in der diffusen Normenkontrolle ist diese Befugnis dem Richter anvertraut. Die folgenden Ausführungen sollen damit beweisen, dass die Verwendung dieses Begriffspaares berechtigt ist, denn es erweist sich als geeigneter, nicht nur um die Struktur der brasilianischen Normenkontrolle darzustellen, sondern auch, um die wichtigsten Fragen der gegenwärtigen brasilianischen Normenkontrolle sachlich zu behandeln.

1. Konzentrierte Normenkontrolle

Sie ist zum einen im Art. 102 I a BV normiert. Dieser beruht auf dem Verfassungsänderungsgesetz Nr. 3 vom 17.3.1993. Dem folgte das Gesetz Nr. 9.868 vom 10.11.1999, das die konzentrierte Normenkontrolle regelt¹⁰. Weitere Regelungen enthalten Art. 102 § 1 BV der auch durch das Verfassungsänderungsgesetz Nr. 3 vom 17.3.1993 eingeführt worden ist. Dem folgte das Gesetz Nr. 9.882 vom 3.12.1999 das diesen Paragraph normiert. Sie ist zum anderen auch in Art. 102 § 2 BV festgesetzt, der durch das Verfassungsänderungsgesetz Nr. 45 vom 8.12.2004 eingeführt worden ist. Ferner enthält Art. 103 BV, der auch durch das Verfassungsänderungsgesetz Nr. 45 vom 8.12.2004 geändert worden ist Regelungen für die konzentrierte Normenkontrolle.

⁹ Siehe dazu H. Maurer, (Fn. 6), S. 246, Rn. 74 und S. 695, Rn. 74.

¹⁰ Anders als in Deutschland, wo es ein Gesetz über das BVerfG gibt, gibt es in Brasilien kein Gesetz über das oberste Bundesgericht. Es gibt nur die Geschäftsordnung des obersten Bundesgerichts. Das ist ein Mangel, denn die Geschäftsordnung wird vom Gericht anders als ein Gesetz über das Gericht, das vom Gesetzgeber erzeugt würde, selbst festgelegt. Daraus ergibt sich die Gefahr, dass das Gericht sich mehr Befugnisse geben kann, als die Verfassung zugesteht. Die Geschichte der bindenden Kurzfassung und der transzendentalen Wirkung der Entscheidung des obersten Bundesgerichts aufgrund Art. 97 BV ist ein Beispiel dafür. Die bindende Kurzfassung beruht auf sich wiederholenden Entscheidungen über Verfassungsangelegenheiten. Sie besteht aus einem Satz, der daraus formuliert wird. Sie hat bindende Wirkung für alle anderen Organe der richterlichen Gewalt und für die öffentliche Verwaltung auf Bundes-, Landes- und Gemeindeebene (Art. 103-A BV, eingeführt durch das Verfassungsänderungsgesetz Nr. 45 vom 8.12.2004). Sie soll der Versöhnung der Richter und der „Befriedung“ der Rechtsprechung dienen.

Sie wurde 1963 unter der BV von 1946 durch Novellierung der damaligen Geschäftsordnung des obersten Bundesgerichts eingeführt. Sie sollte der Vereinheitlichung der Rechtsprechung dienen. Sie war formell nicht bindend, aber sollte doch dem Sinn nach materiell sein, denn sie durfte nicht mehr ausgelegt werden.

Die transzendente Wirkung soll als bindende Wirkung in der diffusen Normenkontrolle gelten. Transzendental will sagen: Es gilt auch für alle anderen künftigen Fälle; vgl. RE 197.917-SP und HC 82.959-SP.

Die konzentrierte Normenkontrolle kann beim obersten Bundesgericht eingelegt werden:

- durch die direkte Klage der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder eines bundesnormativen Akts¹¹ oder landesnormativen Akts (Art. 102 I a BV);
- durch die direkte Klage der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes oder eines bundesnormativen Akts (Art. 102 I a BV);
- durch die Behauptung der Nichterfüllung einer Grundvorschrift (Art. 102 § 1 BV);
- durch die Behauptung der Unterlassung einer Maßnahme, die einer Verfassungsnorm Wirksamkeit verleiht, (Art. 103 § 2 BV);
- durch Vorstellung des allgemeinen Prokurators der Republik (die sogenannte eingreifende Repräsentation) (Art. 36 III BV).

a) *Gegenstand*

Gegenstand der direkten Klage der Verfassungswidrigkeit können sein: Bundesgesetze und bundesnormative Akte, Landesgesetze und landesnormative Akte, Gesetze und normative Akte des Bundesbezirks, legislative Verordnungen und Beschlüsse auf Bundes- Landes- und Bundesbezirksebene.

Gegenstand der direkten Klage der Verfassungsmäßigkeit können sein: Bundesgesetze und bundesnormative Akte, bundeslegislative Verordnungen und Bundesbeschlüsse.

Die Behauptung der Nichterfüllung einer Grundvorschrift kann zum Gegenstand haben: Akte der öffentlichen Gewalt, Gesetze oder normative Akte des Bundes, der Länder oder der Gemeinden vor und nach Bundesverfassungsrecht.

Die Behauptung der Unterlassung einer Maßnahme, die einer Verfassungsnorm Wirksamkeit verleiht, kann eine Unterlassung des Gesetzgebers oder der Exekutive zum Gegenstand haben.

Gegenstand der Vorstellung des allgemeinen Prokurators der Republik ist die Sicherung der Einhaltung der in Art. 34 VII BV festgesetzten Verfassungsprinzipien.

b) *Einige Fragen*

(a) Die direkte Klage der Verfassungsmäßigkeit zeigt rechtlich ein schwieriges Problem: Sie verletzt den *favorem legis*. Es ist rechtspolitisch verfehlt, wenn der Bürger durch die Wahl dem Nationalkongress das Vertrauen gibt, und ihn damit politisch legitimiert, und dann das Ergebnis der gesetzgeberischen Tätigkeit, d. h., das formelle Gesetz, durch einige nicht einmal gewählte Antragsberechtigte (Generalstaatsanwalt, Art. 103 VI BV, Bundesrat der Anwaltskammer, Art. 103 VII BV, Gewerkschafts- und Arbeitgeberverbände, Art. 103 IX BV) abstrakt in Frage gestellt werden kann. Hier greift das oberste Bundesgericht sehr weit in den Bereich des Gesetzge-

¹¹ Unter einem normativen Akt ist jede Rechtsvorschrift zu verstehen, die hierarchisch unter dem Gesetz steht.

bers ein. Denn durch die direkte Klage der Verfassungsmäßigkeit wird die Verwirklichung der Verfassung durch den Gesetzgeber als Verletzung der Verfassung dargestellt. Denkt man jetzt noch an die Exekutive, die ja auch durch die Wahl der Bürger politisch legitimiert wird, und mit dem Veto die Verfassung schützen kann (Art. 84, V BV), indem sie den die Verfassung verletzenden Gesetzentwurf mit dem Veto ablehnt, dann greift die direkte Klage der Verfassungsmäßigkeit auch auf die verfassungsrechtlich festgelegte Funktion der Exekutive über. Darüber hinaus entzieht die direkte Klage der Verfassungsmäßigkeit die Normprüfungskompetenz des einzelnen Richters bei der diffusen Normenkontrolle mit zweifelhafter Zustimmung des obersten Bundesgerichts¹². Nicht zuletzt verhindert die direkte Klage der Verfassungsmäßigkeit die gerichtliche Feststellung des vom BVerfG erwähnten dynamischen Aspekts der normativen Lücke¹³.

All dies könnte durch eine präventive Normenkontrolle vermieden werden, denn das Gesetz könnte dann, bevor es veröffentlicht wird, durch das oberste Bundesgericht auf seine Verfassungsmäßigkeit überprüft werden.

(b) Die Nichterfüllung einer Grundvorschrift wirft die Frage auf, worum es denn geht, wenn man von „Grundvorschrift“ spricht. Die Rechtsprechung des obersten Bundesgerichts schwankt. In RTJ 199 (878) ist das Gericht der Auffassung, dass es „sehr schwierig ist die Grundvorschriften der Verfassung a priori anzugeben, die zu einer so schweren Verletzung fähig sind, dass sie ein Verfahren und ein Urteil mit der Behauptung der Nichterfüllung begründet“. Dann bezeichnet das Gericht auf Seite 880 die Gewaltenteilung, die föderative Form des Staates und die Grundrechte und -garantien als Grundvorschriften (mit Literaturangabe). In RTJ 206 (969 ff.) versteht das Gericht die Gemeindeautonomie als Grundvorschrift. Und in RTJ 213 (21 ff.) wird die Pressefreiheit in Verbindung mit den Grundrechten und -garantien als Grundvorschrift bezeichnet.

In der Literatur ist man sich auch nicht einig darüber. Es gibt sogar eine gewisse Verwirrung. Das zeigt, zum Beispiel, das Buch „Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da lei n. 9.882/99“, das nicht nur von mehreren Autoren stammt, sondern auch die Grundvorschrift thematisch behandelt¹⁴.

Der Bürger, der Träger der Grundrechte ist, hat keinen verfahrensrechtlichen Zugang¹⁵ zum obersten Bundesgericht, um seine Grundrechte gegenüber der Verlet-

¹² RTJ 220 (206).

¹³ Siehe dazu L. A. Heck, O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã, 2. Aufl. 2012, S. 209.

¹⁴ Hrsg. von A. R. Tavares und W. C. Rothenburg, 2001. So auf den S. 17 (A. de Moraes, Grundlegende Rechte und Gewährleistungen der Verfassung, fundamentale Grundlagen und Ziele der Republik), S. 49 ff. (A. R. Tavares, Verfassungswerte, ein Ganzes aus Prinzipien und Regeln), S. 78 ff. (C. S. R. Bastos, Verfassungswerte), S. 91 ff. (D. Sarmiento, Grundrechte, Ewigkeitsklauseln des Art. 60, § 4 BV, grundlegende Prinzipien der Republik, Art. 1–5 BV), S. 128 ff. (G. F. Mendes, Grundlegende Rechte und Gewährleistungen der Verfassung, Art. 5 BV, durch die Ewigkeitsklausel geschützte Prinzipien, Art. 60, § 4 BV, die sogenannten empfindlichen Prinzipien des Art. 34 BV), S. 211 ff. (W. C. Rothenburg, Grundlegende Prinzipien, Art. 1 BV, grundlegende Ziele der Republik, Art. 3 BV, leitende Prinzipien in den internationalen Beziehungen, Art. 4 BV).

¹⁵ In Brasilien gibt es keine Verfassungsbeschwerde. In Artikel 5 BV unter dem Titel „Grundrechte

zung durch die öffentliche Gewalt, d. h. gesetzgebende, vollziehende und rechtsprechende Gewalt, in umfassendem Sinne geltend zu machen. Anders verhält es sich mit der deutschen Verfassungsbeschwerde, die die öffentliche Gewalt in umfassendem Sinne umschließt (§ 90 I BVerfGG). Das Gesetz Nr. 9.882 vom 3.12.1999 hat zwar in Art. 2 II für „jede verletzte oder bedrohte Person durch Akte der öffentlichen Gewalt“ die Klageberechtigung für die Behauptung der Nichterfüllung einer Grundvorschrift gegeben. Aber nicht direkt beim obersten Bundesgericht, sondern nur durch Repräsentation kann die betreffende Person den Antrag zur Erhebung der Nichterfüllungsbehauptung einer Grundvorschrift beim allgemeinen Prokurator der Republik stellen. Dieser entscheidet dann über die Erhebung der Klage (Art. 2 § 1 Gesetz Nr. 9.882¹⁶). Gegen Art. 2 II des Gesetzes Nr. 9.882 ist ein Veto von der Exekutive eingelegt worden¹⁷. Damit entfällt diese Klageberechtigung. Dies erlaubt es, die Grundvorschrift mit Grundrechten und Grundrechtsgarantien zu identifizieren.

und Grundgarantien“ sind die folgenden Rechtsbehelfe vorgesehen: habeas corpus (LXVIII), Sicherungsverfügung (LXIX), Injunktionsverfügung (LXXI) und habeas data (LXXII). Das habeas corpus schützt die Bewegungsfreiheit (Artikel 5 LXVIII BV und Artikel 647 Strafprozeßordnung), die Sicherungsverfügung Rechte, die unumstritten sind, d. h. die Dokumentform muss als Beweis definitiv gelten (hier kann der Urkundenprozess erwähnt werden), und nicht durch habeas corpus oder habeas data geschützt sind (Artikel 5 LXIX BV und Artikel 1 Gesetz Nr. 12.016 vom 7.8.2009). Die Injunktionsverfügung schützt die Ausübung der Verfassungs- und Freiheitsrechte und der Vorrechte, die der Nationalität, (Volks-)Souveränität und Bürgerrechte innewohnen, wenn dazu die regelnde Norm fehlt (Artikel 5 LXXI BV), und der habeas data die Kenntnis und Korrektur von öffentlichen oder öffentlich zugänglichen Datenbanken (Artikel 5 LXXII BV und Artikel 7 I-III Gesetz N. 9.507 von 12.11.1997). Das oberste Bundesgericht kann mit diesen Rechtsbehelfen

als Erstinstanz angerufen werden:

a) Mit dem habeas corpus: soweit der Betroffene der Präsident der Republik, der Vizepräsident, ein Mitglied des Nationalkongresses, der Generalstaatsanwalt, ein Staatsminister, ein Kommandant der Streitkräfte, ein Mitglied eines oberen Gerichts, des Bundesrechnungshofes oder der Leiter einer ständigen Auslandsvertretung der Republik Brasilien ist (Artikel 102 I d BV);

soweit der Beeinträchtigte ein oberes Gericht ist oder soweit der Beeinträchtigte oder der Betroffene eine Behörde oder ein Beamter ist, deren Akte der Gerichtsbarkeit des obersten Bundesgerichts unterliegen oder es sich um ein Verbrechen handelt, das der Gerichtsbarkeit des obersten Bundesgerichts als einzige Instanz unterliegt (Artikel 102 I f BV).

b) Mit der Sicherungsverfügung: gegen Akte des Bundespräsidenten, des Direktoriums des Bundessenats und der Abgeordnetenversammlung, des Bundesrechnungshofs, des Generalstaatsanwalts und des obersten Bundesgerichts (Artikel 102 I d BV).

c) Mit der Injunktionsverfügung: soweit die regelnde Norm dem Bundespräsidenten, dem Nationalkongress, der Abgeordnetenversammlung, dem Bundessenat, dem Direktorium der Abgeordnetenversammlung oder des Bundessenats, dem Bundesrechnungshof, einer der oberen Gerichte oder dem obersten Bundesgericht obliegt (Artikel 102 I q BV).

d) Mit dem habeas data: gegen Akte des Bundespräsidenten, des Direktoriums des Bundessenats und der Abgeordnetenversammlung, des Bundesrechnungshofs, des Generalstaatsanwalts und des obersten Bundesgerichts (Artikel 102 I d BV).

Es kann sodann auch als letztinstanzliches Revisionsgericht angerufen werden für die abgelehnten habeas corpus, Sicherungsverfügungs-, Injunktionsverfügungs- und habeas data-Anträge (Artikel 102 II a BV).

¹⁶ Die Stellung des allgemeinen Prokurators der Republik ähnelt der des Anwalts der Verfassung von Kelsen. Siehe *H. Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), S. 75.

¹⁷ Das Veto stellt die Antragsberechtigten, die in Art. 103 I-IX BV vorgesehen sind, als Vertreter der Bürger dar. Erstens sind sie das rechtlich nicht, zweitens ist das eine falsche Vorstellung, denn zum

Art. 4 § 1 des Gesetzes Nr. 9.882 besagt noch, dass die Behauptung der Nichterfüllung der Grundvorschrift nicht zugelassen wird, wenn es ein anderes wirksames Mittel für die Beseitigung der Verletzung gibt. Dies ähnelt der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, wie sie vom deutschen BVerfG entwickelt worden ist.¹⁸

c) Antragsberechtigter

Die direkte Klage der Verfassungswidrigkeit sowie die direkte Klage der Verfassungsmäßigkeit können gemäß Art. 103 Absätze I-IX BV, Art. 2 Absätze I-IX, Art. 13 Absätze I-IV¹⁹ Gesetz Nr. 9.868 vom 10.11.1999 erhoben werden vom

- Bundespräsidenten (I)
- Direktorium des Bundessenats (II)
- Direktorium der Abgeordnetenversammlung (III)
- Direktorium der gesetzgeberischen Versammlung oder der gesetzgeberischen Kammer des Bundesbezirks (IV)
- Gouverneur des Landes oder des Bundesbezirks (V)
- allgemeinen Prokurator der Republik (VI)
- Bundesrat der Rechtsanwaltsordnung Brasiliens (VII)
- von einer politischen Partei mit Vertretung im Nationalkongress (VIII)
- vom Gewerkschaftsbund oder von einer Klassenkörperschaft²⁰ von nationalem Umfang (IX).

Diese in Art. 103 Absätze I-IX BV festgelegten Antragsberechtigten dürfen auch den Antrag mit der Behauptung der Nichterfüllung einer Grundvorschrift stellen.

Außerdem ist bei der Klage der Verfassungswidrigkeit der allgemeine Prokurator der Republik vorzeitig zu hören (Art. 103 § 1 BV) und wenn das oberste Bundesgericht in These die Verfassungswidrigkeit von einer gesetzlichen Norm oder einem normativen Akt beurteilt, dann wird der allgemeine Rechtsanwalt des Bundes geladen, um den angefochtenen Text oder Akt zu verteidigen (Art. 103 § 3 BV).

Rechtsstaat gehört auch die verfahrensrechtliche Unabhängigkeit der Bürger. Diese Vormundschaft klingt nach Paternalismus.

¹⁸ Siehe L. A. Heck, O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã, Revista de informação legislativa, 124 (1994), S. 124f. Mit dem Veto zu Art. 2 II Gesetz Nr. 9.882 vom 3.12.1999 ist der Sinn dieser Instanz-Subsidiarität jedoch verloren gegangen. Das, was nach dem Veto übriggeblieben ist, zeigt sich als eine Auswahl des Rechtswegs. Das oberste Bundesgericht spricht trotzdem noch von Subsidiarität. Gemeint ist damit jetzt eine Rechtsweg-Subsidiarität zum obersten Bundesgericht. Vgl. RTJ 189, 2 (396); RTJ 194, 2 (393); RTJ 199, 3 (888ff.); RTJ 207, 3 (1283); RTJ 210, 3 (1049); RTJ 211 (11); RTJ 213 (20); RTJ 215 (31); RTJ 216 (52); RTJ 218 (11).

¹⁹ Der Art. 13 Gesetz Nr. 9.868 vom 10.11.1999 hat ursprünglich nur die in Art. 103 I, II, III und VI genannten Antragsberechtigten vorgesehen. Das Verfassungsänderungsgesetz Nr. 45 vom 8.12.2004 hat die direkte Klage der Verfassungswidrigkeit und die direkte Klage der Verfassungsmäßigkeit bezüglich der Antragsberechtigten gleichgestellt.

²⁰ Berufsverbände akademischer und technischer Berufe.

d) *Monopol der Normprüfung und -verwerfung*

Bei der konzentrierten Normenkontrolle hat das oberste Bundesgericht das Monopol der Normprüfung und -verwerfung (Art. 102 § 2 BV; Art. 1 Gesetz Nr. 9.868 vom 10.11.1999).

e) *Rechtsvergleichende Aspekte*

Gegenüber dem deutschen Verfassungsrecht kann man folgendes feststellen:

(a) Die direkte Klage der Verfassungswidrigkeit entspricht der abstrakten Normenkontrolle (Art. 93 I Nr. 2 GG, § 13 Nr. 6 §§ 76 ff. BVerfGG).²¹

(b) Die Antragsberechtigung des § 76 BVerfGG deckt sich nur mit dem Nr. IV des Art. 103 BV. Es ist zu bemerken, dass die anderen Antragsberechtigten somit nur eine Antragsberechtigung der Art *actioni populari*, die sich im Art. 5 LXXIII BV als Grundrecht befindet, besitzen²². Nach diesem Grundrecht hat jeder Bürger die Befugnis zur Anstrengung der Popularklage mit dem Ziel der Annullierung von Handlungen zum Schaden des öffentlichen Vermögens oder des Vermögens von Körperschaften mit staatlicher Beteiligung, der Moral in der Verwaltung, der Umwelt und des geschichtlichen und kulturellen Erbes.

(c) Das Monopol der Normprüfung und -verwerfung des Art. 102 § 2 BV entspricht dem des BVerfG, § 78 BVerfGG.

(d) Es fehlt eine dem § 79 BVerfGG entsprechende Regelung. Das oberste Bundesgericht versucht, dieses Fehlen mit Ipsens Darstellungen zu überwinden, indem es zum Beispiel um die faktischen und normativen Geltung arbeitet.²³

(e) Nur der allgemeine Prokurator der Republik (Art. 103 § 1 BV) und der Bundesgeneralanwalt (Art. 103 § 3 BV) können sich bei der Klage der Verfassungswidrigkeit äußern; nicht dagegen können dies Bundestag, Bundesrat, Bundesregierung, Volksvertretung und Regierung der Länder (vgl. demgegenüber § 77 BVerfGG). Der Urheber des angefochtenen Akts kommt nicht ins Spiel. Damit kann auch das ober-

²¹ Das BVerfGG, sowie der Titel IX des GG, das Gesetz des Bundesverfassungsgerichts und der Buchstabe D des Bundesverfassungs-Gesetzes Österreichs sind ins Brasilianische übersetzt worden. Siehe L. A. Heck, *Jurisdição constitucional e legislação pertinente no direito comparado*, 2006. Zuvor schon L. A. Heck, (Fn. 15), S. 265 ff.

²² Siehe Veto des Art. 2 II Gesetz Nr. 9.882 vom 3.12.1999; ähnlich RTJ 215 (450).

²³ In der RTJ 190, 1 (222) wird das Buch „Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt“ (1980) ausdrücklich zitiert und auf Seite 157 verwiesen, wo es um faktische und normative Geltung geht und um die Wechselbeziehung zwischen beiden. Auch in der RTJ 193, 3 (875 f.), wo die Seite 266 f. angegeben wird. Dort ist die Rede von der Beseitigung und Abwicklung verfassungswidriger Rechtslagen auf der Normebene. Die Einzelaktebene und die Präklusionsformeln, die in RTJ 193, 3 (875) auch nach Ipsen erwähnt sind, finden sich jedoch nicht bei ihm. Nach Mendes werden die Präklusionsformeln vom brasilianischem Rechtssystem unter Berufung auf Zagrebelsky benutzt (G. F. Mendes, *Jurisdição constitucional. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 1996, S. 192 und die Fußnoten auf S. 21). Das ist etwas verwirrend, denn das Schreiben in RTJ 193, 3 (875 f., 866) ist von Mendes. Kritisch gegenüber der Vorstellung Ipsens: D. Heckmann, *Geltungskraft von Rechtsnormen*, 1997, S. 44 ff., 249 ff., 403 ff., 777 ff. Vgl. mit L. A. Heck, *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*, 2008, S. 53 ff. und ders. Vorwort, in: E. S. Piñeiro, *O controle de constitucionalidade. Direito americano, alemão e brasileiro*, 2012, S. 15 ff.

te Bundesgericht nicht den erforderlichen Überblick über die Sachlage gewinnen und seine Beurteilung kommt der Sachgerechtigkeit sicherlich nicht entgegen.

(f) Die direkte Klage der Verfassungsmäßigkeit gibt es im deutschen Bundesverfassungsrecht nicht.

(g) Auch die Behauptung der Nichterfüllung einer Grundvorschrift ist im deutschen Bundesverfassungsrecht nicht zu finden.

(h) Zuletzt ist die Behauptung der Unterlassung auch nicht im deutschen Bundesverfassungsrecht vorgesehen. Sie kann aber durch § 49 3, § 64 1 und § 92 BVerfGG, geltend gemacht werden.

2. Diffuse Normenkontrolle

Auch bei einer diffusen Normenkontrolle, bei der anlässlich eines anderweitigen Gerichtsprozesses auch die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes behauptet wird, kann das oberste Bundesgericht durch den außerordentlichen Rekurs angerufen werden. Nach Art. 102 III BV entscheidet das oberste Bundesgericht in Sachen, die in einziger oder letzter Instanz entschieden worden sind, wenn die Entscheidung:

- einer Vorschrift der Verfassung widerspricht;
- die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes oder Vertrages erklärt;
- ein Gesetz oder Akt der lokalen Regierung als gültig beurteilt, die gegenüber der Verfassung angefochten sind;
- ein lokales Gesetz als gültig beurteilt, das gegenüber dem Bundesgesetz angefochten ist.

Wenn das oberste Bundesgericht in endgültiger Entscheidung das Gesetz für verfassungswidrig erklärt, ganz oder teilweise, dann ist der Bundessenat für die Aufhebung des Vollzugs zuständig (Art. 52 X BV). Der Bundessenat, der aus Vertretern der Länder und des Bundesbezirks besteht (Art. 46 BV), widerruft das Gesetz nicht. Diese Zuständigkeit kann dem Bundessenat aber nicht einfach mit dem Hinweis auf den Verfassungswandel abgesprochen werden²⁴. Indem das oberste Bundesgericht dies

²⁴ Mendes beruft sich auf eine Äußerung von Bittencourt, die zur Zeit der BV 1946, dessen Art. 64 ähnlich wie der Art. 52 X der BV 1988 war, gemacht worden ist (*C. A. L. Bittencourt, O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 1949, S. 145f.), um den Verfassungswandel zu zeigen (*G. Mendes, O papel do senado federal no controle federal de constitucionalidade. Um caso clássico de mutação constitucional*, *Revista de Informação Legislativa*, 179 (2008), S. 257ff.). Diese Äußerung besagt, dass die Entscheidung des Bundessenats nur der Bekanntgabe dient, nicht aber für die personelle Erstreckung der Bindungswirkung nötig ist. Er vermengt damit die Wirkung der Entscheidung des obersten Bundesgerichts (Nichtigkeit, *ex tunc*) mit der Bindungswirkung dieser Entscheidung (*inter partes*), indem er die *erga omnes* Wirkung anerkennt. Die *erga omnes* Wirkung lässt sich jedoch nicht von der Nichtigkeit ableiten. Dementsprechend sagt Mendes trotzdem, dass die Entscheidung des Bundessenats keine substantielle mehr ist (d.h.: keine Aufhebung), sondern nur eine formelle (d.h.: nur eine Bekanntgabe). Damit möchte er den Verfassungswandel bestätigt sehen (S. 264, 269, 275). Es fällt auch noch auf, dass Mendes den Verfassungswandel meistens auf die „pragmatischen Gründe“ des obersten Bundesgerichts zurückführt (S. 274, 266), was einerseits ein gesetzliches Unterlassen bedeutet und andererseits eine mangelhafte Kenntnis der Rechtsvergleichung aufweist. Im Großen und Ganzen lassen sich damit eher fehlende Strukturen erkennen.

macht²⁵, hütet es nicht die Verfassung, sondern verletzt sie. Denn nach Art. 52 X BV hat der Bundessenat die „ausschließliche“ Zuständigkeit für die vollständige und teilweise Aussetzung des Vollzuges von Gesetzen, die aufgrund endgültiger Entscheidung des obersten Bundesgerichts für verfassungswidrig erklärt worden sind.

Der außerordentliche Rekurs dient dem objektiven Schutz der Verfassung und der Bundesgesetze. Damit dient er auch den subjektiven Rechten, die damit jeweils verbunden sind.

a) Antragsberechtigter

Der außerordentliche Rekurs ist ein Anfechtungsmittel. Er kann durch die Beteiligten am jeweiligen Verfahren (Zivil-, Straf-, Arbeits-, Wahlverfahren) geltend gemacht werden. Die Einzelheiten sind in den jeweiligen (einfach-rechtlichen) Gesetzen geregelt.

b) Monopol der Normprüfung und -verwerfung

Bei der diffusen Normenkontrolle hat das oberste Bundesgericht weder die Prüfungskompetenz noch die Verwerfungskompetenz. Beide liegen in den Händen der Bundesrichter. Dabei ist zu betonen, dass die Verwerfungskompetenz sich nicht auf das Gesetz bezieht, sondern auf die Wirkung des Gesetzes im Einzelfall. So kann ein Bundesrichter die Rüge der Verfassungswidrigkeit gegen das Gesetz X annehmen, der andere nicht. Daraus folgen eine Verfassungszersplitterung und Rechtsunsicherheit, die Unmöglichkeit, die Einheit der Verfassung und somit ihre Normativität herzustellen, und das Übergehen des Gesetzgebers durch den einzelnen Richter²⁶, denn für die Prozesspartei bedeutet die Verwerfung der Wirkung des Gesetzes im Einzelfall praktisch die Verwerfung des Gesetzes.

c) Rechtsvergleichende Aspekte

Nimmt man wieder das deutsche Bundesverfassungsrecht in Betracht, dann kann festgestellt werden:

- (a) In Brasilien gibt es die Richtervorlage (§ 80 BVerfGG) nicht.
- (b) Das oberste Bundesgericht hat kein Verwerfungsmonopol wie das Bundesverfassungsgericht.
- (c) Dieses Fehlen des Verwerfungsmonopols nimmt dem obersten Bundesgericht u. a. die Möglichkeit sinnvoller bindender Entfaltung der Verfassungsprinzipien,

²⁵ RTJ 200, 2 (839 ff.); RTJ 206, 2 (780 ff.); RTJ 208, 1 (170 ff.); vgl. mit RTJ 208, 2 (549); RTJ 209, 3 (1266); RTJ 217 (165); siehe auch RTJ 205, 2 (930). Siehe auch unten 3.2.

²⁶ Zu diesem *L.A. Heck*, O controle normativo no direito constitucional brasileiro, *Revista dos tribunais*, 800 (2002), S. 61.

d. h., des Rechtsstaats-, Sozialstaats-, Demokratie- und des Bundesstaatsprinzips, so wie dies das BVerfG gemacht hat.²⁷

(d) So wie das Bundesverfassungsgericht die Verfassung durch die konkrete Normenkontrolle hütet²⁸, so hütet auch das oberste Bundesgericht die Verfassung bei der diffusen Normenkontrolle; in beiden Fällen ist es eine inzidente Kontrolle. Damit ist die Rechtsprechung des obersten Bundesgerichts verfehlt, soweit sie der konzentrierten Normenkontrolle den Vorzug gegenüber der diffusen gibt.²⁹

(e) Dem brasilianischen Verfassungsrecht ist die Vorstellung der Trennung der Gewalten im Sinne einer Trennung der Verfassungsorgane³⁰ fremd³¹.

(f) Im außerordentlichen Rekurs muss der Berufungskläger die allgemeine Auswirkung der verfassungsrechtlichen Fragen, die im Fall erörtert werden, darstellen (Art. 102 § 3 BV)³². In Deutschland ist das die Aufgabe der Gerichte (§ 13 Nr. 11 BVerfGG). Es sei nebenbei bemerkt, dass die brasilianische allgemeine Auswirkung fast nur den großen Kanzleien von Nutzen ist. Dabei könnte Art. 5 XXXV BV, der den Zugang zur Justiz festlegt³³, verletzt sein. Art. 5 XXXV BV bestimmt, dass durch Gesetz keine Rechtsverletzung oder -gefährdung von der Überprüfung durch die rechtsprechende Gewalt ausgeschlossen werden darf.

IV. Bindung der Entscheidung

Für die Bindung der Entscheidungen des obersten Bundesgerichts ist bei der Normenkontrolle zu differenzieren. Das ergibt sich auch aus der Tatsache, dass das Gericht nicht das Verwerfungsmonopol besitzt.

1. Bei der konzentrierten Normenkontrolle

Hier haben die Entscheidungen des obersten Gerichts Bindungswirkung. Einmal *intra omnes* (gegen alle) und *erga omnes* (gegen die Organe der Rechtsprechung und die unmittelbare und mittelbare³⁴ öffentliche Verwaltung, im Bund, Land und auf Gemeindeebene) (Art. 102 § 2 BV; Art. 28 einziger Paragraph Gesetz Nr. 9.868 vom

²⁷ Dazu L. A. Heck, (Fn. 15), S.167 ff.

²⁸ K. Hesse, *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*, 1998, S. 498, Rn. 686. Quelle der Übersetzung: K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. 1995, S. 285, Rn. 686.

²⁹ RTJ 210, 1 (50 ff.); RTJ 218 (168 f.).

³⁰ Siehe H. Maurer, *Staatsrecht I*. 6. Aufl. 2010, S. 208, Rn. 12; 359, Rn. 1 ff.; 473, Rn. 1; S. 513, Rn. 1; S. 591, Rn. 1; S. 610, Rn. 1.

³¹ Diese Sichtweise fehlt. Damit ist der organisatorische Sinn der Gewaltenteilung auch nicht vorhanden. Sie wird eher inhaltlich angenommen, d. h. jede Gewalt agiert für sich, nicht mit den anderen.

³² Sie dazu RTJ 202, 1 (396); RTJ 205, 1 (60); 205, 1 (468); RTJ 206, 2 (922); RTJ 206, 3 (1148); RTJ 207, 1 (405); 207, 3 (1245); RTJ 208, 1 (372); RTJ 208, 2 (859); 208, 2 (871); RTJ 209, 1 (430); RTJ 209, 3 (1100); RTJ 212 (600); RTJ 220 (589), (602), (606).

³³ Etwas Ähnliches ist im Art. 19 IV GG vorgesehen.

³⁴ Diese Terminologie geht auf die Gesetzesverordnung Nr. 200 vom 25.2.1967, Art. 4 I und Art. 4 II mit Art. 5 I–IV, zurück.

10.11.1999). Die Entscheidung der Behauptung der Nichterfüllung einer Grundvorschrift (Art. 102 § 1 BV) bindet auch alle, einschließlich aller Organe der öffentlichen Gewalt (Art. 10 § 3 Gesetz Nr. 9.882 vom 3.12.1999). In rechtsvergleichender Sicht entspricht dieses dem § 31 II BVerfGG und jenes dem § 31 I BVerfGG.

Es ist nicht einsichtig, warum die gerichtliche Entscheidung über die Grundvorschrift den Gesetzgeber bindet und die über Verfassungswidrigkeit, -mäßigkeit und Unterlassung nicht. Stellt man dies dem sog. Verfassungswandel gegenüber, dann ist das noch verwirrender, denn einmal will das oberste Bundesgericht in Kompetenzen des Gesetzgebers eingreifen und zum anderen von der Bindungswirkung der Verfassungsnormen gesetzgeberisch frei lassen. Es obliegt dem Gesetzgeber, sich mit diesen wieder zu beschäftigen, um eine verfassungsrechtlich sinnvolle Lösung zu erreichen.

Es ist noch zu erwähnen, dass bei der Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Unterlassung der zuständigen Gewalt Kenntnis gegeben wird um die nötige Maßnahme zu treffen. Liegt die Unterlassung bei einem Verwaltungsorgan, dann hat es diese in dreißig Tage zu treffen (Art. 103 § 2 BV).

Mit der Vorstellung kann der allgemeine Prokurator der Republik eine Entscheidung des obersten Bundesgerichts herbeiführen. Falls der Verstoß gegen Verfassungsprinzipien in der Entscheidung bestätigt wird, dann dient diese Entscheidung als Grundlage einer Intervention des Bundes in das betreffende Land oder den betreffenden Bundesbezirk (Art. 36 III BV).

2. Bei der diffusen Normenkontrolle

Wenn das oberste Bundesgericht durch eine endgültige Entscheidung das Gesetz für verfassungswidrig erklärt³⁵, dann gilt das nur *inter partes*, d. h., nur für die Prozessparteien. Erst nach der Aufhebung des Vollzugs dieses Gesetzes oder eines Teils dieses Gesetzes durch den Bundessenat³⁶ kommt diesem *erga omnes* Wirkung zu. Das entnimmt man dem oben zitierten Art. 52 X BV. Wenn man genauer hinschaut, dann tut der einzelne Bundesrichter genau das, was der Bundessenat macht: Er hebt auch den Vollzug des Gesetzes auf, obwohl die Lehrbücher etwas verwirrend von der Erklärung der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes sprechen.

V. Nichtigkeit oder Vernichtung³⁷

Durch das Gesetz Nr. 9.868 vom 10.11.1999 Art. 27 und Gesetz Nr. 9.882 vom 3.12.1999 Art. 11 ist die Vernichtung eingeführt worden³⁸, später auch durch das Gesetz Nr. 11.417 vom 19.12.2006 Art. 3 XI § 4. Vernichtung heißt, dass die Ent-

³⁵ Der Tenor der Gerichtsentscheidung lässt sich so darstellen: „... erklärt das Gesetz (oder einen bestimmten Teil des Gesetzes) für verfassungswidrig.“

³⁶ Die Beschlüsse des Bundessenats, die dies bewirkten, finden sich bei E. S. Piñeiro, *O controle de constitucionalidade. Direito americano, alemão e brasileiro*, 2012, S. 255 ff.

³⁷ Eingehend dazu L. A. Heck, *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificação das leis*, 2008.

³⁸ Dazu H. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL, 5 (1929), S. 43 ff.

scheidung des Gerichts konstitutiv ist und in der Regel ex nunc wirkt. Sie unterscheidet sich von der Nichtigkeit dadurch, dass die Entscheidung des Gerichts über die Nichtigkeit deklaratorisch ist und immer ex tunc wirkt. Die Vernichtung gilt somit im Bereich der konzentrierten Normenkontrolle. Das oberste Bundesgericht versuchte sie auch bei der diffusen Normenkontrolle anzuwenden, wo die Nichtigkeit gilt, und beruft sich auf den *Corpus Juris Secundum* und die Vernichtung im Sinne Kelsens³⁹. Später nahm das oberste Bundesgericht diesen Gedanken erneut auf und stützt sich jetzt auf das US-amerikanische Normenkontrollsystem⁴⁰, und spricht von Entscheidungsmodulation⁴¹. Zu dieser Zeit war die Vernichtungstheorie, d. h., die Nichtrückwirkungstheorie, nach der die Entscheidung des Supreme Court ex nunc wirkt oder prospektiv ist, in den USA schon aufgegeben worden⁴². Der Unterschied zwischen Nichtigkeit und Vernichtung scheint dem obersten Bundesgericht nicht klar zu sein⁴³.

Wie Piñeiro⁴⁴ mit Recht betont, handelt es sich in den USA erstens nicht um die Modulation der Wirkung der Verfassungswidrigkeit, sondern um die Festsetzung des Präjudizes auf den konkreten Fall, sowie zweitens, nicht um das Verhältnis Gesetz-Verfassung, sondern um das Verhältnis Präzedenzfall-Verfassung. Darüber hinaus könnte aufgrund des Art. 27 (Gesetz Nr. 9.868 vom 10.11.1999) jeder Bundesrichter die sog. Modulation vornehmen. Es gibt keine rechtliche Grundlage, sie auf das oberste Bundesgericht zu beschränken⁴⁵.

VI. Schlussbetrachtung

Es kann nach dem Dargestellten, *de lege ferenda*, vorgeschlagen werden, dass ein konjugiertes Modell in Kauf genommen werden sollte. Und das wäre eine abstrakte und konkrete Normenkontrolle in Anlehnung an die Rechtslage in Deutschland. Unter konjugiert verstehe ich hier die Verbindung von der konzentrierten und diffusen Normenkontrolle in dem Sinne, dass dem obersten Bundesgericht das Verwerfungsmonopol anvertraut wird. Eine solche Verbindung würde dann der existierenden deutschen Normenkontrolle ähneln. Die Vorteile sind, dass man damit zum einen die Prüfungskontrolle bei den Richtern lässt und so die brasilianische Verfassungstradition der diffusen Normenkontrolle nicht einfach übergeht; zum anderen, dass die Konzentrierung der Verwerfung der Normen beim obersten Bundesgericht eine „verfahrensrechtliche Aufräumung“ mit sich bringen wird; und zuletzt wird beides auch eine Stellungnahme zu dem subjektiven verfahrensrechtlichen Schutz der Grundrechte beim obersten Bundesgericht durch ein geeignetes Rechts-

³⁹ RTJ 82, 3 (795). Das war im Jahr 1977 unter der Geltung der BV 1969.

⁴⁰ Siehe RTJ 197, 2 (708f.); RTJ 200, 2 (843ff.); RTJ 208, 1 (175).

⁴¹ RTJ 201, 2 (765); RTJ 203, 3 (1237ff.); 203, 3 (1334ff.); RTJ 217 (545ff.) und RTJ 205, 2 (901). Der (Entscheidungs-)Modulation liegt die Vernichtung zugrunde, d. h., die Entscheidung der Rechtsprechung hat konstitutiven Charakter und kann ex tunc oder ex nunc wirken.

⁴² Dazu P. J. Stephens, *A nova doutrina da retroatividade. Igualdade, confiança e stare decisis*, 2012.

⁴³ Vgl. RTJ 205, 2 (905); RTJ 216 (522ff.); RTJ 217 (53f., 60); 217 (238f.).

⁴⁴ E. S. Piñeiro, (Fn. 38), S. 229.

⁴⁵ Vgl. mit E. S. Piñeiro, (Fn. 38), S. 232.

mittel fordern. Das kommt auch dem obersten Bundesgericht entgegen, denn wenn es der Meinung ist, dass die Pflicht jedes Verfassungsgerichts die Sicherung der Wirksamkeit der Grundrechte und der Verfassungsordnung als Ganzes ist, und glaubt, dass dies seine wichtigste Rolle als Hüter der Verfassung ist⁴⁶, dann muss es dafür auch mit den geeigneten Verfahrensmitteln per Gesetz ausgestattet sein.

⁴⁶ RTJ 215 (451).