

**Überprüfung der Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen  
durch das Bundesgericht – Ja oder Nein?**

---

*Ständerat Prof. Dr. René Rhinow, Seltisberg/BL*

**Inhalt**

- I. Einleitung
  - II. Zur Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit
  - III. Veränderte Ausgangslage
  - IV. Der Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit – ein notwendiger Schritt
- Anmerkungen

## I. Einleitung

Nachdem Herr Kollege Aubert Methoden, Organisation und Verfahren der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene in gewohnt magistraler Weise vorgestellt hat, obliegt mir die anwaltliche Aufgabe, Ihnen die Gründe für eine richterliche Überprüfung von Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen darzulegen. Dabei kann es nicht darum gehen, ein bestimmtes Modell der Verfassungsjustiz zu entwickeln oder zu den von Kollegen Aubert aufgeworfenen Fragen Stellung zu nehmen. Mein Plädoyer beschränkt sich darauf, die Erforderlichkeit und Zweckmässigkeit einer Ausweitung der richterlichen Kontrolle zu beleuchten.

## II. Zur Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit

1. Erfahrungsgemäss steht eine Diskussion über den Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene<sup>1</sup> rasch in Gefahr, zum Streit über das richtige Demokratieverständnis zu verkümmern, etwa wenn das Horror-Bild eines vom Verfassungsrichter aufgehobenen Volksentscheides oder der Teufel in Form einer politisierten Justiz oder des Richterstaates schlechthin an die Wand gemalt wird<sup>2</sup>. Zu wählen sei, so die verkürzte Sicht, zwischen Demokratie oder Richterstaat, zwischen dem letzten Wort des Volkes oder des Richters. In dieser Optik gleicht die Reformfrage einem reinen Machtproblem und einem Nullsummenspiel: Was der Richter an Kompetenzen neu erhält, wird Parlament und Volk weggenommen. Erstaunlicherweise ausgeklammert bleiben in dieser Optik die rechtsschutzbedürftigen Bürger und Bürgerinnen, ja die Funktionen der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit allgemein. Lassen Sie mich deshalb zuerst einen kurzen Blick auf die Frage werfen, welcher Stellenwert eigentlich der Verfassungsgerichtsbarkeit heute in der Schweiz zukommt, wie sie sich in den Grundzügen entwickelt und welche Aufgaben sie im rechtlichen und politischen System übernommen hat<sup>3</sup>.

2. Der Verfassungsrichter, so lautet die geläufige These, habe die Rechtsnormen unterhalb der Verfassungsstufe auf ihre Konformität mit dem geltenden Verfassungsrecht hin zu überprüfen<sup>4</sup>. Diese Aussage ist richtig und doch greift sie zu kurz. Sie verkörpert eine mehr positivistisch-theoretische Denkweise und gibt die *Funktionen* der schweizerischen Verfassungsjustiz nicht wider. Unser Bundesgericht hat seine Aufgabe nicht primär mit dem abstrakten Schutz des Verfassungsvorranges definiert, sondern in einem umfassenderen Sinn verstanden. Seine Sorge galt und gilt – in der Formulierung Jörg Paul Müllers – der *Sicherung der Essentialien einer demokratischen, rechtsstaatlichen und bundesstaatlichen Ordnung*<sup>5</sup>. Das Gericht hat nicht einfach bestehendes Verfassungsrecht angewandt, sondern übernommen – aufgrund historischer wie positiv-rechtlicher Vorgaben und mit Duldung und Anerkennung der anderen Verfassungsorgane – bestimmte grundlegende Funktionen im Gefüge des liberal-freiheitlichen, föderalistischen und demokratischen Staatsaufbaus. Nur so ist etwa die rechtschöpferi-

sche Anerkennung ungeschriebenen Verfassungsrechts<sup>6</sup> und vor allem die weitläufige Umschreibung des Kreises der anrufbaren verfassungsmässigen Rechte<sup>7</sup> erklärbar.

3. So schützt das Gericht elementare Rechtspositionen, unabhängig davon, ob und wie konkret sie im formellen Verfassungsrecht des Bundes verankert sind. Im Vordergrund stehen zweifellos die *Grundrechte* und das *Willkürverbot*<sup>8</sup> als Grundpfeiler der Gerechtigkeit, als letzte, unverfügbare Bastionen menschlicher Würde, Freiheit, Gleichheit und Entfaltung. In dieser Bewahrung personaler Freiheit kommt auch das Anliegen des *Minderheitenschutzes*<sup>9</sup> zum Ausdruck – ein für die Schweiz geradezu existentielles Erfordernis, das seine Nagelprobe bei nicht referendumsfähigen Schichten oder Gruppierungen der Bevölkerung erfährt, etwa bei Schwachen, Jugendlichen, Gefangenen, politisch nicht Etablierten, kurz: bei Menschengruppen, deren Stimme und damit oft auch deren Grundrechtsinteressen in der politischen Mehrheitsbildung unterzugehen drohen.

Zweitens hat das Gericht elementare *Verfahrensgrundsätze* entwickelt, einmal zum Schutze der demokratischen Meinungs- und Willensbildung<sup>10</sup>, dann aber auch zur rechtsstaatlichen Ausgestaltung von Verfahren der streitigen und nicht-streitigen Rechtsanwendung<sup>11</sup>. Beispiele muss ich in diesem Kreis wohl nicht anführen; ich erwähne bloss die Meinungsfreiheit als Konstituens jeder demokratischen Auseinandersetzung einerseits, die vielfältigen Ausprägungen des Verbotes formeller Rechtsverweigerung, insbesondere des rechtlichen Gehörs, anderseits.

Drittens haben sich historisch auch *bundesstaatliche Garantien* als sehr bedeutsam erwiesen. Das Bundesgericht hat mit seiner Praxis wesentlich zur Integration des Bundesstaates beigetragen<sup>12</sup>. Erwähnt sei hier etwa die kühne Herleitung des Prinzips des Vorrangs des Bundesrechts vor dem kantonalen Recht. Es hat diesen Grundsatz dem eng gefassten Art. 2 der Übergangsbestimmungen der BV entnommen und erst noch zu einem verfassungsmässigen Recht ausgestaltet<sup>13</sup>. In umgekehrter Richtung schützt es die Kantone gegen Übergriffe der Bundesgewalt, etwa im Verfahren der staatsrechtlichen Klage (Art. 84 OG) – allerdings gerade nicht gegenüber dem eidgenössischen Gesetzgeber<sup>14</sup>.

Viertens ist die Verfassungsjustiz auch in den Dienst der *Demokratie* gestellt worden, namentlich über das Scharnier der Stimmrechtsbeschwerde (Art. 85 a OG). Das Gericht hat ein verfassungsmässiges Recht des Bürgers auf Teilnahme an Wahlen und Abstimmungen sowie auf eine freie, unverfälschte Willensbildung anerkannt und in schöpferischer Weise konkretisiert<sup>15</sup>. Als Stichworte seien etwa die korrekte Formulierung von Abstimmungsfragen oder die verbotene Einflussnahme von Behörden im Abstimmungskampf erwähnt. Anzuführen wäre hier auch die Rechtsprechung zur Delegation rechtsetzender Gewalt und zum Legalitätsprinzip<sup>16</sup>, die auch dem Schutz mittelbarer und unmittelbarer Demokratie dienen.

4. Der Verfassungsgerichtsbarkeit kommt darüber hinaus die Funktion zu, die staatlichen Hoheitsakte zu legitimieren<sup>17</sup>, sei es, dass diese allgemein oder im

konkreten Fall vom Verdacht der Verfassungswidrigkeit befreit werden, sei es, dass durch Gutheissung einer Beschwerde der Gesetzgeber veranlasst wird, verfassungskonformes Recht zu erlassen. So oder so erweist sich der Staat gegenüber den Bürgern und Bürgerinnen – und dank ihrer kritischen Mitwirkung – als fähig, rechtmässig zu handeln oder allfällige Fehler zu korrigieren. Richtig geübte, unabhängige, differenzierte und massvolle Kontrolle hat sich auch hier nicht als «Besserwisserei» oder Machtusurpation erwiesen, sondern als Stärkung des kontrollierten Organs, des demokratisch verfassten Gesetzgebers.

5. Als *Zwischenerkenntnis* möchte ich festhalten, dass das Bundesgericht die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht bloss als Schutz einer abstrakten Höherstufigkeit der Verfassung versteht und damit nicht nur der sog. Normenhierarchie Geltung verschaffen will. Schon jetzt kann deshalb dem Vorwurf entgegengetreten werden, der Ausbau der Verfassungsjustiz sei ein formalrechtliches Anliegen, die Idee einiger Theoretiker gar, die als Puristen und Formalisten der Lebenswirklichkeit entrückt seien. Es geht vielmehr um die staatspolitisch wichtige Frage, ob der richterliche Schutz dieser freiheitlich-rechtsstaatlichen, föderalistischen und demokratischen Essentialien auch gegenüber der legislativen Bundesgewalt zum Tragen kommen soll oder ob der Bundesgesetzgeber selbst ausreichende Garantien für deren Behütung zu bieten vermöge. Man kann die Frage auch umkehren: Ist heute noch zu rechtfertigen, dass gerade die Gesetze, gegenwärtig die bedeutsamsten Äusserungen hoheitlicher Gewalt, vom Wächteramt des Bundesgerichts ausgenommen werden?

Die Frage stellen heisst sie verneinen. Folgende *fünf Entwicklungen* legen einen Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit nahe: die jahrzehntelangen Erfahrungen mit der Verfassungsjustiz im In- und Ausland, die fehlende Eignung der Bundesversammlung zur abschliessenden Verfassungskontrolle, die bereits erfolgten Annäherungen durch die Praxis des Bundesgerichts, die Aufgabenverlagerung an den Bund sowie die Geltung der Europäischen Menschenrechtskonvention.

### III. Veränderte Ausgangslage

1. Einmal kennen wir heute die Leistungen und Erfolge, aber auch die Grenzen und Gefahren der Verfassungsgerichtsbarkeit. Wir sind uns einig, dass namentlich die Überprüfung von Rechtsakten auf ihre Grundrechtskonformität mehr bedeutet als einfache Auslegung der Verfassung im klassischen Sinn. Grundrechte bedürfen der schöpferischen *Konkretisierung* in der Zeit, die sich sowohl generell und abstrakt als auch im Rahmen des Einzelfalles, anhand der konkreten Konfliktsituationen, vollzieht und die hohe Anforderungen stellt. Diese Entfaltung der Freiheitsrechte ist legislative und justizielle Aufgabe<sup>18</sup>. Soweit es aber um die *Behütung der Kerngehalte* der vorhin skizzierten Grundelemente von Freiheit, Rechtsstaat, Föderalismus und Demokratie geht, um das schlechthin Unverfügbare, das es gerade auch gegenüber neuartigen Bedrohungslagen abzusichern gilt, ist der Gesetzgeber allein überfordert und bildet die unabhängige

richterliche Gewalt das letzte Korrektiv<sup>19</sup>. Es ist auch zu beachten, dass Bundesgesetze, obwohl verfassungskonform erlassen, später infolge Änderungen des formellen Verfassungsrecht, der Anerkennung ungeschriebener Verfassungsnormen oder eines Verfassungswandels im Widerspruch zur Bundesverfassung geraten könnten.

Unser Bundesgericht bemüht sich zudem, namentlich in seiner Kognitionspraxis, *abgestufte Formen der Zurückhaltung*<sup>20</sup>, der Beschränkung, zu entwickeln und auch zu üben. Die nicht einfach zu definierenden Grenzen zur legislativen Gewalt sind vom Gericht behutsam gezogen und nicht – zumindest nicht in relevanter Weise – überschritten worden. Das Bundesgericht hat auch die Probleme der differenzierten Folgen, wie sie sich z.B. bei festgestellten Verstössen des Rechtsetzers gegen das Gleichbehandlungsgebot stellen, recht gut zu lösen begonnen<sup>21</sup>. Auf Einzelheiten kann ich hier nicht eingehen. Doch geben diese Erfahrungen zu zwei berechtigten Erwartungen Anlass: Einmal kann der Ausbau der Verfassungsjustiz heute so *massgeschneidert* erfolgen, dass es möglich erscheint, deren vorstellbare Gefahren weitgehend zu bannen. So ist es etwa denkbar, das amerikanische Modell insofern modifiziert einzuführen, als nur das Bundesgericht und in den Kantonen die letztinstanzlichen Gerichte befugt sind. Bundesgesetze im Einzelfall nicht anzuwenden. Dem EJPD könnte das Beschwerderecht ans Bundesgericht gegen solche kantonale Urteile eingeräumt werden, um die Einheit des Bundesrechts sicherzustellen. Vorbilder kennen wir ja bereits, etwa im Sozialversicherungsrecht.

2. Zum zweiten wissen wir aufgrund praktischer Erfahrungen, dass das Bundesgericht einerseits und die Bundesversammlung andererseits eine *unterschiedliche Eignung zur Prüfung der Verfassungsmässigkeit* aufweisen<sup>22</sup>. Gewiss ist dem EJPD und dem Bundesrat, meistens auch dem Parlament zu attestieren, dass es diese Prüfung im Stadium der Rechtsetzung – also präventiv-abstrakt – seriös vornimmt. Trotzdem steht das Parlament in latenter Gefahr, gerade den Schutz von Grundrechtspositionen je nach politischer Wetterlage und berührten Interessen ungerechtfertigterweise hochzuspielen oder aber zu vernachlässigen. Bei der Gewährleistung politisch brisanter Bestimmungen kantonaler Verfassungen hat das Parlament manchmal Mühe, Rechtskontrolle und politische Demonstration auseinanderzuhalten. Und der Schutz kantonaler Autonomie ist beim handlungswilligen Bundesgesetzgeber sicher nicht in den besten Händen. Hinzu kommt, dass gerade die abstrakte Prüfung nicht in der Lage ist, alle erst im Anwendungsstadium zu Tage tretenden möglichen Grundrechtsverletzungen zu erkennen<sup>23</sup>. Der Gesetzgeber denkt weniger vom betroffenen Rechtssubjekt her; für ihn steht die zu lösende politische Aufgabe im Vordergrund. Es gereicht den Parlamentariern nicht zum Vorwurf, wenn ihnen das politische Handwerk näher steht als die juristische Methodik. Das Beratungsklima im Parlament und dessen Grösse, die Dominanz politischer Ausmachungen nach dem parlamentarischen Kräfteverhältnis und das Zweikammersystem lassen die Legislative folglich als weniger geeignet erscheinen, die Verfassungsmässigkeit der Gesetze gründlich, objektiv und vor allem *abschliessend* zu beurteilen. Die Führung eines eigentlichen, dialogischen Rechtsgesprächs ist gerade die Stärke eines Gerichts, weniger der Volksvertretung.

3. Hinzu kommtrittens, dass das Bundesgericht *Rechts- und Argumentationsfiguren* entwickelt hat, die bereits *in die Richtung einer richterlichen Überprüfung* der Bundesgesetze weisen<sup>24</sup>. Herr Aubert hat bereits darauf hingewiesen. Im Vordergrund steht zweifelsohne die *verfassungskonforme Auslegung*, welche gewisse Linderungen gebracht hat, aber eine *eigentliche Überprüfung* der Gesetze auf Verfassungsmässigkeit gerade nicht gestattet – es sei denn (und hier besteht eine gewisse Gefahr, nicht zuletzt wegen Art. 113 Abs. 3 BV), sie nehme auf verdeckte Weise normberichtigenden Charakter an. Es ist aber auch nicht zu übersehen, dass das Gericht schon *gesetzliche Lücken* anerkannt hat, wo im Grunde genommen Art. 113 Abs. 3 BV entgegengestanden wäre<sup>25</sup>. Ebenso ist in diesem Zusammenhang die Nichtanwendung eines Bundesgesetzes im Einzelfall zu erwähnen, weil die Gebote der Rechtsgleichheit und des Vertrauensschutzes verletzt worden sind. Auch die richterliche Überprüfung einer gleichen oder ähnlichen Bestimmung des Ordnungsrechts oder des kantonalen Rechts kann heute zu einer indirekten Aussage über die Verfassungswidrigkeit von Bundesgesetzen führen.

Als Gegner der Überprüfung von Bundesgesetzen könnte man den Standpunkt vertreten, gerade wegen all dieser Entwicklungen sei der Schritt zur Aufhebung des Prüfungsverbotes nicht mehr nötig. Ich drehe den Spiess um: Angesichts dieser Annäherungen an eine Verfassungsgerichtsbarkeit ist der Schritt zu deren wirklichen Einführung gar nicht mehr so gross, schon gar nicht revolutionär, vielmehr die gleichsam logische Fortsetzung des eingeschlagenen Weges.

4. Nach diesen drei mehr staatsrechtlich-methodischen Veränderungen sind noch zwei bedeutsame *staatspolitische Aspekte* zu relevieren. Der heutige Bundesstaat mit seiner Aufgabenfülle kann nicht mehr mit dem jungen Zentralstaat des letzten Jahrhunderts verglichen werden. Damals stand den Kantonen ein auf wenige Kompetenzen beschränkter Bund gegenüber, und es wurde gerade als Aufgabe des Bundes erachtet, die Freiheit der Bürger und Bürgerinnen gegenüber der kantonalen Staatsgewalt zu schützen<sup>26</sup>. Dass der Bund selbst zur Gefahr dieser Freiheit werden könnte, war noch kaum vorstellbar, wohl auch nicht die gewaltige Verlagerung der Kompetenzen auf den Bund. Art. 113 Abs. 3 BV gewinnt aufgrund dieser Entwicklung eine völlig andere Tragweite. Heute klammert er mit dem Bundesgesetzgeber gerade diejenige Instanz von der Überprüfung auf Verfassungsmässigkeit aus, welche sich vom Freiheitsgaranten zum potentiellen Freiheitsbedroher gewandelt hat.

5. Und schliesslich der zweite, *internationale Aspekt*: Mit dem Inkrafttreten der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) hat sich die Lage für die nationale Verfassungsjustiz grundlegend geändert. Die Bundesgesetze können zwar nicht auf Bundesverfassungskonformität, wohl aber auf *Übereinstimmung* mit der EMRK geprüft werden. Dies gilt jedenfalls für diejenigen Gesetze, die älter sind als die EMRK, muss aber – so die herrschende Lehre – auch für die jüngeren Bundesgesetze zutreffen<sup>27</sup>. Entsprechendes gilt im übrigen wohl auch für andere völkerrechtliche Regeln mit Menschenrechtsgehalt<sup>28</sup>. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts in dieser Frage ist indessen alles andere als gefestigt.

Sollte nicht der landesinterne Rechtsschutz so ausgestaltet werden, dass die Rüge der EMRK-Verletzung durch Bundesgesetze – etwa bei Zivil- und Strafnormen – in jedem Fall bereits beim schweizerischen Richter und nicht erst in Strassburg vorgebracht werden kann? Dem schweizerischen Recht ist jedenfalls der Gedanke völlig fremd, dass die nächstfolgende Rechtsmittelinstanz über eine grössere Kognitionsbefugnis verfügt als die Vorinstanz. Und können wir es uns leisten, hier Ungleichheiten anstehen zu lassen, die Bundesverfassung als Prüfungs-massstab anders zu behandeln als die EMRK, zumal die meisten Freiheitsrechts-gewährleistungen sowohl in der BV wie in der EMRK verankert sind, meistens mit einer identischen Tragweite?

6. Vor dem Hintergrund dieser fünf Entwicklungen müssen wir heute die Frage einer richterlichen Überprüfung von Bundesgesetzen beantworten.

- Es ist vor allem der *mächtige Bund*, gegen den ein *Schutzbedürfnis* entstanden ist und heute besteht;
- es ist die *europäische und völkerrechtliche Einbettung*, welche die Ausklammerung der Bundesgesetze von der Verfassungsgerichtsbarkeit immer fragwürdiger werden lässt;
- es sind die *Erfahrungen mit der Verfassungsgerichtsbarkeit* in der Schweiz und im Ausland, welche differenzierte, praktikable Lösungen gestatten;
- es ist die eindeutig bessere *Eignung der richterlichen Instanz zur Überprüfung*, gerade im Anwendungsfall, welche den Ausbau verlangt;
- und es sind die bereits erfolgten *prätorischen Annäherungen*, welche den definitiven und ganzen Schritt zur Verfassungsjustiz als erträglich und kontrollierbar erscheinen lassen.

#### IV. Der Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit – ein notwendiger Schritt

1. Die veränderte Ausgangslage führt m.E. dazu, den Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit im Bund eindeutig zu bejahen. Er sollte freilich gegenüber Bundesgesetzen nur in der Form der konkreten Überprüfung im Einzelfall erfolgen, nicht abstrakt im Anschluss an den Gesetzeserlass<sup>29</sup>. Eine Ausnahme könnte ich mir für die staatsrechtliche Klage vorstellen, mit welcher ein Kanton die fehlende Kompetenzgrundlage eines Bundesgesetzes geltend macht. Die Aufhebung des Überprüfungsverbot von Art. 113 Abs. 3 BV ist geboten aus freiheitlich-rechtsstaatlichen, demokratischen und föderalistischen Gründen.

2. *Rechtsstaatlich* ist die Ausweitung erforderlich, weil nur auf diese Weise die Menschenrechte gegenüber allfälligen, oft im Stadium der Rechtsetzung noch nicht erkannten oder aber verkannten Übergriffen des Gesetzgebers geschützt werden können. Die Frage lautet hier nicht, ob wir denn einen schlechten, freiheitsfeindlichen Gesetzgeber hätten, der täglich oder doch oft vom Pfad der Verfassungstugend abweichen würde. Das haben wir zweifellos nicht. Sondern richterlicher Grundrechts- und Minderheitenschutz wirkt primär präventiv<sup>30</sup> und wird im funktionierenden Rechtsstaat nur im seltenen Fall, in der Ausnahme,

dann allerdings zum unentbehrlichen Korrektiv der politischen Gewalt. Auch die Geltung der EMRK lässt – wie erwähnt – ein Prüfungsverbot und Anwendungsgebot bei Bundesgesetzen als nicht mehr haltbar erscheinen. Parlament und Richter sind in den Prozess der Grundrechtskonkretisierung eingeschaltet und dienen beide dem Schutz von Grundrechtsinteressen, wie etwa das neueste Beispiel des Datenschutzes zeigt. Doch ihre Aufgabe ist nicht dieselbe. Der Schutz von Kerngehalten menschlicher Freiheit bedarf auch des unabhängigen Richters. Insofern sind Bundesversammlung und Bundesgericht, im übrigen auch der Bundesrat, Hüter der Verfassung. Alle Verfassungsorgane haben diese Aufgabe in oft getrennten Verfahren, aber mit je spezifischer Eignung und in gemeinsamer Verantwortung wahrzunehmen<sup>31</sup>.

3. Zuweilen werden dem Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit *demokratische Anliegen*<sup>32</sup> entgegengehalten. Doch die Verfassungsgerichtsbarkeit dient auch dem Schutz demokratischer Rechte. Bei Verfassungsrevisionen findet eine obligatorische Volks- und Ständeabstimmung statt; bei der Gesetzgebung kennen wir nur das fakultative Referendum, das ja – statistisch gesehen – selten ergriffen wird. Verfassungsjustiz heisst also auch Schutz der vom Volk explizit angenommenen Verfassungsnorm vor deren Missachtung durch das Parlament. Es wäre fiktiv, dem fakultativen Referendum die Funktion einer Rechtskontrolle überbinden zu wollen<sup>33</sup>. Verfassungsjustiz kann aber auch heissen, dass die Ausgestaltung der politischen Rechte durch den Bundesgesetzgeber, dessen Delegationspraxis und die Behandlung von Volksbegehren durch die Bundesbehörden auf ihre Verfassungskonformität überprüft werden kann. Dieses letztere Problem steht freilich nicht in direktem Zusammenhang mit Art. 113 Abs. 3 BV. Die Einwände, die im Namen der Demokratie gegenüber der Verfassungsjustiz erhoben werden, werden zu Unrecht dramatisiert. Es dürfte selten vorkommen, dass eine Bestimmung eines Bundesgesetzes im Anwendungsfall angefochten wird, die ausdrücklich im Zentrum der politischen Auseinandersetzung stand und deshalb auch hauptsächlichlicher Anlass eines Referendums und der Volksabstimmung bildete, so dass man in diesem Punkt von einem klaren Volkswillen sprechen könnte. Diese These darf bedenkenlos aufgrund der Erfahrungen mit der Verfassungsjustiz auf kantonaler Ebene aufgestellt werden. Zudem ist zu beachten, dass der Richter ja nicht ein ganzes Bundesgesetz überprüft und allenfalls nicht anwendet, sondern eine einzelne Norm, einen Artikel oder Absatz. Insofern ist es missverständlich, von der möglichen Nichtanwendung von Bundesgesetzen zu sprechen, als ob es darum ginge, ganze Gesetze durch Richterspruch beiseitezuschieben. In den allermeisten Fällen wird also eine einzelne Bestimmung eines Gesetzes, über welches das Volk gar nicht abgestimmt hat und dessen Erlass womöglich Jahre oder Jahrzehnte zurückliegt, Gegenstand richterlicher Kontrolle sein.

4. Schliesslich drängt sich die Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit aus *föderalistischen* Gründen auf. Die Missachtung von Bundesverfassungsrecht bedeutet auch eine Verletzung des Ständemehrs<sup>34</sup>, wie es bei Verfassungsabstimmungen erforderlich ist. Heute kann zwar der Bund die Kantone vor das Bundes-

gericht zitieren, wenn sie in ihrer Gesetzgebung Bundesrecht missachten. Das Umgekehrte ist nicht zulässig. M. E. sollten sich die Kantone auch zur Wehr setzen können, wenn der Bundesgesetzgeber die in der Bundesverfassung ausgemessenen Bundeskompetenzen überschreitet und damit in die kantonale Autonomie eingreift. Insofern ist es nicht recht verständlich, dass Einwände gegen den Ausbau der Verfassungsjustiz oft aus der welschen Schweiz stammen.

\* \* \*

Eine optimierte Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene hilft mit, die Grundpfeiler von Freiheit, Rechtsstaat, Demokratie und Föderalismus zu festigen sowie das Vertrauen in unsere Behörden, die Gesetzgebung und die Rechtsordnung allgemein zu stärken. Sie leistet deshalb einen Beitrag zu etwas Grundlegendem, das in unserer Zeit prekär, ja brüchig zu werden droht: nämlich zur Aufrechterhaltung und Alimentierung der Legitimität unserer gesellschaftlichen und staatlichen Ordnung.

## Anmerkungen

- <sup>1</sup> Vgl. dazu aus dem neueren juristischen Schrifttum namentlich Fridolin Schiesser, Die akzessorische Prüfung, Diss. Zürich 1984, 240 ff.; Walter Haller, Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit?, ZSR 1978 I 501 ff.; Otto K. Kaufmann, Verfassungsgerichtsbarkeit 1875-1974-19..?, ZSR 1974 I 339 ff., 352 ff.; ferner den Bericht des Bundesrates über die Totalrevision der Bundesverfassung, BBl 1985 III 88; den Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bern 1977, 178 ff.; den Schlussbericht der Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bern 1973, 412 ff.
- <sup>2</sup> Kritisch dazu Haller (Anm. 1), 504 f.; vgl. auch Bericht der Expertenkommission (Anm. 1), 179 f.
- <sup>3</sup> Zu den Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz eingehend Walter Kälin, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie. Funktionen der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1987; Jörg Paul Müller, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39, Berlin/New York 1981, 53 ff.
- <sup>4</sup> Vgl. etwa die Definition des Begriffs «Verfassungsgerichtsbarkeit» bei Andreas Auer, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, Basel/Frankfurt a. M. 1984, 5 ff.
- <sup>5</sup> Jörg Paul Müller, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982, 21.
- <sup>6</sup> Vgl. Jörg Paul Müller, in Kommentar BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 10 ff. (mit weiteren Hinweisen).
- <sup>7</sup> Vgl. Walter Haller, in Kommentar BV, Art. 113, Rz. 89 ff. (mit weiteren Hinweisen).
- <sup>8</sup> Vgl. Kälin (Anm. 3), 35 ff.; J. P. Müller (Anm. 6), Rz. 28; Daniel Thürer, Das Willkürverbot nach Art. 4 BV, ZSR 1987 II 413 ff., insb. 475 ff.
- <sup>9</sup> Vgl. J. P. Müller (Anm. 6), Rz. 28 ff.; ders. (Anm. 5), 37 ff.; Kälin (Anm. 3), 56 f., 122 ff., 185 f.
- <sup>10</sup> Dazu Kälin (Anm. 3), 115 ff., J. P. Müller (Anm. 5), 31 ff.
- <sup>11</sup> Vgl. Georg Müller, in Kommentar BV, Art. 4, Rz. 85 ff. (mit weiteren Hinweisen); Peter Saladin, Das Verfassungsprinzip der Fairness, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Basel 1975, 41 ff.
- <sup>12</sup> Vgl. Kälin (Anm. 3), 179 f.; J. P. Müller (Anm. 5), 41 f.
- <sup>13</sup> Vgl. dazu Peter Saladin, in Kommentar BV, Art. 2 UeB, Rz. 5 ff., 58 ff.
- <sup>14</sup> Vgl. Haller (Anm. 7), Rz. 11 ff., 14; Fritz Fleiner/Zaccaria Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, 872 f.
- <sup>15</sup> Vgl. Haller (Anm. 7), Rz. 100 ff.; Kälin (Anm. 3), 115 ff.
- <sup>16</sup> Vgl. J. P. Müller (Anm. 6), Rz. 115 ff., 125 f. Thomas Cottier, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage, Diss. Bern, Diessenhofen 1983, 45 ff.
- <sup>17</sup> Vgl. Kälin (Anm. 3), 41 f.
- <sup>18</sup> Vgl. J. P. Müller (Anm. 6), Rz. 32 ff.; René A. Rhinow, Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und Freiheitspolitik, in Festschrift Hans Huber, Bern 1981, 427 ff., 433 ff.
- <sup>19</sup> Zur Lehre vom Kerngehalt der Grundrechte vgl. J. P. Müller (Anm. 6), Rz. 169 ff. (mit weiteren Hinweisen).
- <sup>20</sup> Vgl. dazu Walter Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1984, 202 ff.
- <sup>21</sup> Vgl. etwa BGE 110 Ia 7 ff. (Hegetschweiler); ZBl 1987 306 ff. (Urteil vom 10. 10. 1986).
- <sup>22</sup> Zur Frage der unterschiedlichen Eignung von Gesetzgeber und Verfassungsgericht vgl. Haller (Anm. 1), 509 f., 518; J. P. Müller (Anm. 3), 81 ff.; Bericht der Expertenkommission (Anm. 1), 178 f.; Schlussbericht (Anm. 1), 417, 418 f. Allgemein zum Kriterium der besseren Eignung im Zusammenhang mit der sachgerechten Zuordnung von staatlichen Aufgaben und Funktionen J. P. Müller (Anm. 5), 52 f., 56 ff.; ders., Grundrechtliche Anforderungen an Entscheidungsstrukturen, in: Festschrift Kurt Eichenberger, Basel/Frankfurt a. M. 1982, 169 ff., 173 ff.; Cottier (Anm. 16), 138 ff.; Kälin (Anm. 3), 61 ff.; zum folgenden vgl. auch Haller (Anm. 1), 509 f.