

*Es gilt das gesprochene Wort!*

Struktur des Bundesgerichts und  
Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit

von Ständerat Prof. Dr. René Rhinow

Referat anlässlich der Herbsttagung der Vereinigung Rechtsstaat  
über  
„Das Bundesgericht im Umbruch“, vom 30. Oktober 1998 in Bern.

Einleitende Bemerkungen

---

Die beiden Schlagertemen der Reform des schweizerischen Rechtsschutzsystems sind zweifellos die Einführung – oder besser – die Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene und der Einbau oder die Ermöglichung von Zulassungsbeschränkungen beim Bundesgericht.

Damit möchte ich die anderen wichtigen Aspekte der Justizreform nicht in ihrer Bedeutung herabsetzen, wie etwa die Einschaltung von Vorinstanzen oder die Einführung der Einheitsbeschwerde.

Aber Verfassungsgerichtsbarkeit und Zulassungsbeschränkungen berühren offensichtlich helvetische Urbilder, geschichtlich gewachsene, kollektive Vorstellungen, vielleicht auch Mythen, die mit dem Glauben an die Vorherrschaft der direkten Demokratie einerseits und dem Vertrauen in das Bundesgericht als letzter Rechtsschutzanker zu tun haben.

Gerade die Verfassungsgerichtsbarkeit weckt immer noch grosse Ängste – wobei ich hier offen lasse, in welchem Ausmass diese Ängste echt oder – auch welchen Gründen auch immer – geschürt, ja vorgespiegelt werden.

In den Debatten der eidgenössischen Räte ist von gegnerischer Seite immer wieder hervorgehoben worden, es könne nicht angehen, den Richter über das Volk zu stellen, einigen Göttern im Lausanner Olymp eine Befugnis zu erteilen, vom Volk getroffene Entscheidungen zu missachten und aufzuheben.

Dies verstosse gegen das schweizerische Demokratieverständnis und bedeute einen gravierenden Demokratieverlust. Ständerat Carlo Schmid brachte diese Sicht der Dinge mit der Formulierung auf

den Punkt, mit der Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit werde die direkte Demokratie zu einer Farce; unter dem Vorbehalt eines Gerichtsentscheides an die Urne zu gehen sei für einen mündigen Schweizer Demokraten keine Perspektive.

Das Thema ist und bleibt also ebenso aktuell wie umstritten. Die Beratungen in den eidgenössischen Räten über die Verfassungsgerichtsbarkeit im Rahmen der Reformvorlage des Bundesrates haben bekanntlich zu einer Patt-Situation geführt: Der Ständerat hat dem Entwurf des Bundesrates zugestimmt, während er vom Nationalrat abgelehnt worden ist.

x x x

Ich möchte zuerst, in einem ersten Teil meiner Ausführungen, einen Blick auf das konkrete Modell der vom Bundesrat vorgeschlagenen Verfassungsgerichtsbarkeit werfen.

In einem zweiten Schritt werde ich auf einige Aspekte und Argumente eingehen, welche insbesondere das Verhältnis zwischen Gesetzgebung und Verfassungsgerichtsbarkeit betreffen. In diesem

Rahmen ist auch auf die Bedeutung der EMRK für unsere Thematik einzugehen.

Damit wird auch der Boden bereitet für abschliessende Überlegungen zur Struktur des Bundesgerichts und zu Fragen der organisatorischen Ausgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit.

## Das schweizerische Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit

---

Das schweizerische Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit (als Normenkontrolle) kann anhand von sieben Elementen dargestellt werden.

Erstens, und dies ist vielleicht der wichtigste Punkt, wird - im Gegensatz zu ausländischen Modellen - eine konkrete oder vorfrageweise Normenkontrolle eingeführt. Das Bundesgericht kann einen Vorstoss gegen verfassungsmässige Rechte oder Völkerrecht nur im Zusammenhang mit einem Anwendungsakt prüfen. Die sog. abstrakte Kontrolle von Bundesgesetzen oder allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen wird zu recht nicht vorgesehen.

Zweitens nennt der Verfassungsentwurf als Beschwerdegrund einerseits die Verletzung verfassungsmässiger Rechte, nicht aber der Verfassung allgemein, andererseits aber auch die Verletzung von Völkerrecht.

Um die Kognition des Gerichts einzuschränken, hatte die nationalrätliche Verfassungskommission ihrem Rat eine doppelte Einschränkung vorgeschlagen. Einmal sollte der Terminus der verfas-

sungsmässigen Rechte durch Grundrechte ersetzt, andererseits nur das direkt anwendbare Völkerrecht angeführt werden. Namentlich die Einschränkung auf Grundrechte wäre nicht unproblematisch gewesen, weil sich damit die Frage gestellt hätte, ob damit nur diejenigen Grundrechte angesprochen werden, die im entsprechenden neuen Verfassungsabschnitt unter dem Titel „Grundrechte“ figurieren, und ob damit andere Kategorien verfassungsmässiger Rechte, wie sie nach geltender Rechtslage anerkannt sind, ausgeschlossen wären. Da der Nationalrat aber die Erweiterung der Verfassungsjustiz insgesamt abgelehnt hat, drang auch dieser Antrag nicht durch.

Drittens kann das Bundesgericht auch bei Feststellung einer Verfassungs- oder Völkerrechtswidrigkeit von der Nichtanwendung des Bundesgesetzes absehen. Es verfügt über ein differenziertes Instrumentarium, um auf Verfassungswidrigkeiten reagieren zu können, ohne in jedem Fall die Nichtanwendbarkeit anordnen zu müssen.

Die nationalrätliche Kommission wollte das Bundesgericht verpflichten, auf die Aufhebung des angefochtenen Hoheitsaktes namentlich in drei Fällen zu verzichten, nämlich wenn der ausländische Staat

nicht Gegenrecht hält, wenn die Gutheissung der Beschwerde eine erhebliche Umgestaltung der Gesetzgebung zur Folge hat oder wenn der Bundesgesetzgeber die Verletzung von völkerrechtlichen Verträgen bewusst in Kauf nimmt.

Mit der – hoffentlich vorläufigen - Ablehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit im Nationalrat sind auch diese Vorschläge obsolet geworden. Sie erscheinen auch nicht überzeugend, ja sogar bedenklich.

Das Erfordernis des fehlenden Gegenrechts nimmt namentlich nicht Rücksicht auf multilaterale Verträge, und es würde meiner Ansicht nach einer Einladung zum Völkerrechtsbruch durch ausländische Partner gleichkommen. Und das läge sicher nicht im Interesse unseres Landes – eine Landes, das schon jeher und auch in Zukunft ganz besonders auf die Einhaltung von Völkerrecht angewiesen ist.

Die verfassungsmässige Verankerung der sogenannten Schubert-Praxis wäre umgekehrt wohl eine gewisse Einladung an das Parlament, Völkerrecht, vielleicht nicht gerade nach Belieben, aber doch ohne allzu schlechtes Gewissen zu verletzen. Es ist etwas anderes,

ob ein Verfassungsgericht im Sinne einer political-question-Theorie ausnahmsweise seine Kognition aus guten Gründen beschränken kann, oder ob die Bundesverfassung ausdrücklich den Gesetzgeber zur Völkerrechtsverletzung ermächtigt.

Viertens wird die Zuständigkeit, im Rahmen oder im Zusammenhang mit einem Anwendungsakt über die Verletzung verfassungsmässiger Rechte oder Völkerrecht zu entscheiden, beim Bundesgericht konzentriert. Andere Rechtsmittelinstanzen sind weiterhin an Bundesgesetze gebunden. Dies bedeutet eine Abweichung vom sonst grundsätzlich geltenden sog. „diffusen“ System in unserer Rechtspflege.

Fünftens wird ein sogenanntes Vorlageverfahren eingeführt. Bei Zweifeln über die Vereinbarkeit von Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen mit der Bundesverfassung (hier nicht nur bei Zweifeln mit verfassungsmässigen Rechten!) oder mit dem Völkerrecht kann das letztinstanzlich zuständige Gericht die strittige Rechtsfrage dem Bundesgericht zum Entscheid unterbreiten.

Sechstens können die Kantone die Verletzung ihre verfassungsmässig gewährleistete Zuständigkeiten durch den Bundesgesetzgeber rügen; eine wichtige Neuerung zum Schutz der kantonalen Autonomie. Diese Ausweitung hat gerade im Ständerat mit dazu beigetragen, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit im zweiten Umgang so deutlich angenommen worden ist.

Siebtens schliesslich soll mit dem Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit die heutige Struktur des Bundesgerichts – jedenfalls die Grobstruktur – beibehalten werden. Es wird also verzichtet auf die Schaffung eines besonderen neuen Verfassungsgerichtes. Darauf ist später zurückzukommen.

Konkrete Normenkontrolle, Beschränkung auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte und von Völkerrecht als Beschwerdeggrund, differenzierte Reaktionsmöglichkeiten auf eine festgestellte Verfassungs- oder Völkerrechtswidrigkeit, konzentrierte Verfassungsgerichtsbarkeit, Vorlageverfahren, Beschwerdebefugnis für die Kantone und Verzicht auf ein besonderes Verfassungsgericht – dies sind die wesentlichen Pfeiler dieses insgesamt überzeugenden, helvetisch massgeschneiderten und gerade deshalb auch demokratieverträglichen Modelles der Verfassungsgerichtsbarkeit.

## Überlegungen zum Verhältnis von Gesetzgeber und Verfassungsgericht

---

Ich leite nun über zum 2. Teil und versuche, einige Überlegungen zum Verhältnis von Gesetzgeber und Verfassungsgericht anzustellen. Darin eingeschlossen ist auch das Verhältnis von Volk und Richter allgemein und sind die Konsequenzen, die sich aus der Geltung der in der EMRK verankerten Grundrechte für die Schweiz ergeben.

Unser Gesetzgeber besteht bekanntlich aus dem Parlament und dem Volk. Auf den ersten Blick unterscheidet sich deshalb das Verhältnis von Gesetzgeber und Verfassungsgericht grundlegend von anderen Demokratien. Doch eben nur auf den ersten Blick.

Denn bei der Diskussion steht bald mehr das Verhältnis von Verfassungsgericht und Parlament im Vordergrund, bald aber dasjenige von Verfassungsgericht und Volk. Manchmal werden diese Fragen auch vermischt oder polemisch zugespitzt.

Wenn Verfassungsgericht und Volk einander gegenübergestellt werden, so scheint oft eine mythologisch überhöhte Vorstellung der

Volkssouveränität durch, in dem Volkssouveränität hierzulande nicht nur als Quelle der Legitimation jeglicher Staatsgewalt verstanden wird, sondern als Letztentscheidungsrecht des Volkes, was etwa umgangssprachlich Ausdruck findet in der Redewendung „Das Volk sei der Souverän“ oder „Das Volk habe in der Schweiz das letzte Wort“.

Dass dies in dieser Allgemeinheit nicht stimmt, in unserem vielfältigen, pluralistischen, international vernetzten, die Gewalten und Zuständigkeiten aufgliedernden Staat sachlich nicht stimmen kann, wissen wir. Aber die Vorstellung lebt unvermindert weiter.

Von der Praxis her gesehen bedeutsamer ist aber die Feststellung, dass bei Gesetzen mit fakultativem Referendum die weitaus überwiegende Anzahl der Gesetze vom *Parlament* verabschiedet werden, ohne wirkliche Beteiligung des Volkes.

Das Nichtergreifen eines Referendums durch interessierte Verbände, Organisationen oder Gruppierungen bedeutet zwar einen Verzicht auf die Wahrnehmung der Vetofunktion des Referendums, bedeutet vielleicht auch Einverständnis von intermediären Mächten

mit gewissen Aspekten des Erlasses, keineswegs aber reale und integrale Zustimmung des Volkes zum ganzen Inhalt des Gesetzes.

Wir wissen auch, dass in den relativ wenigen Fällen, in denen das Volk tatsächlich an der Urne entscheidet, in der praktischen, politischen Auseinandersetzung kaum um den Aspekt der Verfassungsmässigkeit einzelner Bestimmungen gerungen wird, also in der Regel gerade nicht um diejenigen Bestimmungen, die dann später, im Anwendungsfall, grundrechtlich heikel und – im nachhinein – überprüfungsbedürftig werden könnten.

Es dürfte demnach kaum je vorkommen, dass das Bundesgericht einer Gesetzesbestimmung die Anwendung versagen wird, die vom Volk bewusst und tatsächlich so, in ihrer konkreten Ausgestaltung, gewollt worden ist.

Doch ist offen einzuräumen, dass dieser Fall, so selten er wohl sein wird, eintreten könnte. Dies gilt namentlich für Gleichheitsfälle, die wohl eher als Freiheitsrechtskonflikte politisch aufgeladen sein mögen.

In diesem Fall soll sich das Gericht zurückhalten und namentlich dem politischen Gesetzgeber Vorrang und Freiheit belassen, wie er einen festgestellten Gleichheitsverstoss bereinigen will. Gerade hier erweist sich das vorhin kurz erwähnte, flexible Reaktionsinstrumentarium des Gerichts als richtig und wichtig.

Bei dieser Rechts- und Sachlage kann man im Ernst nicht davon sprechen, mit der Verfassungsgerichtsbarkeit werde der Richter über das Volk gesetzt – ganz abgesehen davon, dass der Verfassungsgesetzgeber (im Rahmen des [zwingenden] Völkerrechts) den Vorrang der Politik wieder herstellen kann.

Wenn jemand kontrolliert wird, dann ist es in praxis nicht das Volk, sondern im Grunde genommen das Parlament, das präventiv zu vermehrter Prüfung der Grundrechtskonformität angehalten wird.

In Klammern gleichsam möchte ich kurz noch auf einen weiteren Aspekt des Verhältnisses von Verfassungsgericht und Gesetzgeber eingehen:

Das Bundesgericht hat in seiner jüngeren Praxis die Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Bundesgesetzgeber bei all denjenigen Grundrechten bereits eingeführt, die in der EMRK verankert sind. Nun enthält die EMRK einige wichtige Grundrechte nicht: die Eigentumsgarantie und die Handels- und Gewerbefreiheit etwa, oder ein allgemeines selbständiges Rechtsgleichheitsgebot und Diskriminierungsverbot. Gerade hier und nur hier wird im Grunde genommen die Normenkontrolle wirklich neu eingeführt, nicht bei den auch in der EMRK verankerten verfassungsmässigen Rechten.

Ich kann deshalb nicht verstehen, dass sich politische Kreise, denen Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie ein besonderes Anliegen ist, dagegen zur Wehr setzen, dass der Schutz auch dieser Grundrechte gegenüber dem sonst allmächtigen Gesetzgeber Realität werden soll.

Und ich kann auch nicht verstehen, dass politische Kreisen, die sich im Rahmen der Aktualisierung der Bundesverfassung für einen Ausbau des Schutzes vor Diskriminierung eingesetzt haben (Alter, Lebensform, Behinderte), die vehement die Aufnahme des Streikrechts in die Verfassung verlangt haben, auf einen Rechtsschutz gegenüber dem Bundesgesetzgeber verzichten wollen und damit

gewillt sind, in diesem sensiblen Bereich den Schutz von Minderheitspositionen auf Bundesebene ganz dem Gesetzgeber, d.h. v.a. dem Parlament, zu überlassen.

## Strukturelle Aspekte

---

Damit komme ich zum letzten Teil meiner Ausführungen, zur Struktur des Bundesgerichts.

Hier geht es um zwei Aspekte, um die Frage eines besonderen Verfassungsgerichtes und um das Problem der internen Struktur des Bundesgerichts.

Wir kennen – wie erwähnt - kein eigentliches, eigenständiges Verfassungsgericht. Es gibt auch keine speziell für Verfassungsfragen zuständige Abteilung des Gerichtes. Das hat uns bislang mit unserer beschränkten, aber dennoch bedeutsamen Verfassungsgerichtsbarkeit, wenig Mühe bereitet.

Mit der Einführung der konkreten Normenkontrolle werden nun doch einige Probleme aufgeworfen, die noch nicht gelöst sind. Hier wäre einmal zu fragen, ob die anspruchsvolle Aufgabe der Verfassungsinterpretation, insbesondere im Bereich der Grundrechte, nicht auf einen besonderen Kreis von hierfür verantwortlichen Richtern und Richterinnen übertragen werden sollte. Ich zweifle jedenfalls daran, dass diese Funktion gleichsam nebenbei von allen Ab-

teilungen in ihrer herkömmlichen Besetzung mit Erfolg erfüllt werden kann.

Wichtiger aber ist die Frage nach der Legitimation. Ein Verfassungsgericht, das gleichsam inkorpiert ist in das Bundesgericht, weist keine besondere Legitimation auf. Man könnte auch sagen, die besondere Würde eines Verfassungsgerichts wird konsumiert oder geht auf in der allgemeinen Würde des Grossgebildes Bundesgericht.

Ein Vergleich mit anderen Staaten zeigt indessen, dass die besondere Aufgabe der Verfassungsjustiz in Grenzbereichen von Völker- und Landesrecht, Verfassungsrecht und Politik gerade deshalb nach einer besonderen institutionellen Lösung ruft, weil das Verhältnis von Justiz und Legislative zentral und in heiklen Grenzbereichen betroffen wird.

In der nationalrätlichen Verfassungskommission sind deshalb andere Modelle der institutionellen Ausgestaltung des Verfassungsgerichts einer Prüfung unterzogen worden, so in erster Linie eine Dezentralisierung des Bundesgerichts durch Schaffung von Bundes-

fachgerichten als oberste Rechtsmittelinstanzen, ähnlich wie wir sie in Deutschland kennen, wobei ein Bundesgericht mit höchstens sieben Mitgliedern als oberste Instanz Fälle von grundsätzlicher Bedeutung, die Überprüfung von Normen sowie Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen zu beurteilen hätte.

Dieses Modell ist jedoch von der Kommission ebensowenig übernommen worden wie ein anderes Modell, welches einer Aufteilung des Bundesgerichts in ein oberstes Gericht - mit gleicher Zuständigkeit wie im erwähnten Modell der Fachgerichte - und in mehrere regionale Bundesgerichte als letzte ordentliche Rechtsmittelinstanzen, vorgesehen hätte.

Ob ein eigentliches Höchstgericht geschaffen werden soll, kann durchaus diskutiert werden. Realisierungschancen haben solche Modelle in nächster Zeit sicher nicht.

Es sind deshalb näherliegende, systemkonformere Lösungen anzupfeilen.

Ich habe bereits darauf hingewiesen, dass die Bundesversammlung auch nach Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit nach den Vorstellungen des Bundesrates die Bundesrichter wählt, ohne darauf Einfluss nehmen zu können, in welchen Abteilungen und Rechtsbereichen die Gewählten zum Einsatz kommen. Das Bundesgericht entscheidet hierüber autonom. Der Gesetzgeber legt bloss die Gliederung des Gerichts in Abteilungen und Spruchkörper fest.

Es stellt sich nun die bereits aufgeworfene Frage, ob diese richterliche Autonomie nicht zu weit geht, wenn das Gericht auch eine Normenkontrolltätigkeit ausübt und damit Funktionen übernimmt, die in vergleichbaren Staaten von besonders legitimierten Gerichtshöfen wahrgenommen werden.

Das Problem weist zwei Seiten auf.

Einmal ist zu fragen, ob das Gericht die neue Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit quasi im „courant normal“ erfüllen soll, also wie bisher im Rahmen der einzelnen Abteilungen, je nach deren sachlicher Zuständigkeit, oder ob hierfür ein besonderes Verfahren

oder ein besonderer Spruchkörper innerhalb des Gerichts zu bilden sei.

Zudem ist auch hier das Problem der demokratischen Legitimation der mit der Verfassungsjustiz betrauten Richter zu thematisieren. Ist es zu verantworten, dass das Gericht weiterhin autonom darüber befindet, wer aus dem Kreis der 30 oder mehr Richter in dieser Funktion eingesetzt wird, ohne Rücksicht beispielsweise auf Vorbildung oder politischen Standort?

Die erste Fragestellung ist vom Bundesrat offenbar erkannt worden. Er schlägt im Entwurf für ein Bundesgesetz über das Bundesgericht, welches Ende 1997 und anfangs 1998 der Vernehmlassung unterbreitet wurde, eine besondere Lösung vor.

Wenn eine Mehrheit einer urteilenden Abteilung begründete Zweifel hat, ob eine anwendbare gesetzliche Bestimmung mit verfassungsmässigen Rechten, Völkerrecht oder kantonalen Zuständigkeiten vereinbar ist, so vereinigt sie sich zum Entscheid über den Streitfall mit einer öffentlichrechtlichen Abteilung. Beide Abteilungen tagen mit 5 Richtern unter dem Vorsitz des Bundesgerichtsprä-

sidenten, der aus der beigezogenen Abteilung auch einen zweiten Referenten bezeichnet. Der so gebildete, 11 köpfige Spruchkörper entscheidet über den ganzen Streitfall.

Diese Lösung hat zweifellos einiges für sich. Ihr vordergründiger Nachteil besteht darin, dass es zu dieser Vereinigung nur kommt, wenn die zuständige Abteilung in ihrer Mehrheit überhaupt begründete Zweifel hat.

Die rein praktische, lebensnahe Frage lautet, „wieviel es braucht“, damit eine Abteilung bereit ist, sich quasi „teilzuentmachten“ und in Zeiten einer grossen Arbeitslast dieses umständliche Verfahren einzuleiten.

Der hintergründige Nachteil liegt anderswo, nämlich bei der anderen Problemseite, der demokratischen Legitimation.

Ich möchte die These vertreten, dass die mit der allfälligen Nichtanwendung von Bundesgesetzen betrauten Richter in unserer Demokratie einer besonderen Legitimation bedürfen. Das Wahlorgan, das gleichzeitig betroffener Gesetzgeber ist, soll m.E. das Recht

haben und die Verantwortung wahrnehmen, Verfassungsrichter in einem gesonderten Wahlverfahren zu ernennen.

Dies ist machbar, führt aber wohl zu strukturellen Konsequenzen auf der Seite des Bundesgerichts. Beispielsweise könnte eine der öffentlichrechtlichen Abteilungen als Verfassungsgerichtsabteilung bezeichnet werden, ohne dass sie deswegen organisatorisch über den anderen Abteilungen stehen und auf diese Funktion beschränkt werden müsste. Doch könnte auf diese Weise die Bundesversammlung in einem besonderen Wahlgang die Mitglieder dieser Abteilung aus dem Kreis der bereits gewählten Bundesrichter oder neben den übrigen Bundesrichtern ernennen.

Das Bundesgericht hat – natürlich – keine Freude an einer solchen Änderung.

Wie immer in unserem Lande, wenn besondere Verantwortlichkeiten ausgeschieden und abgestuft werden sollen, erhebt sich der Einwand, es würden zwei Kategorien geschaffen, Bessere und andere, Höhere und Niedrigere, Herausgehobene und Gewöhnliche.

Oder es werden Zweifel darüber laut, ob sich denn ein solches Ziel überhaupt erreichen lässt.

Mir kommt in solchen Fällen immer der markante Satz des verstorbenen deutschen Staatsrechtslehrers Ipsen in den Sinn, der einmal gesagt hat, viele Juristen hätten zur Lösung eines Problems nichts beizutragen ausser ihre Bedenken.

Nein, im Ernst: Das Problem der Legitimation besteht, und es sollte gelöst werden.

Wenn wir bei der heutigen Struktur des einheitlichen Bundesgerichts mit seinen Abteilungen bleiben wollen – wofür sicher einmal die Tradition spricht –, dann müssen wir Lösungen innerhalb des Gerichtes suchen.

Gelingt dies nicht, wird unweigerlich der Ruf nach einem besonderen Verfassungsgericht erschallen. Dann aber wird die Abstufung radikal eingeführt. Dies sollten alle bedenken, die sich gegen Strukturanpassungen innerhalb des einheitlichen Bundesgerichts wenden.