Zum Schutz von Freiheit, Demokratie und Föderalismus: Ein Plädoyer für einen massvollen Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit

Prof. Dr. René Rhinow

Obwohl die Schweiz seit langer Zeit eine Verfassungsgerichtsbarkeit kennt, sind nach Art. 190 BV die Bundesgesetze für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwenden Behörden «massgebend». Auch Bundesgesetze, die gegen die Bundesverfassung verstossen, müssen demnach – mit gewissen Ausnahmen – angewendet werden. Im Beitrag wird ein moderater Ausbau der Verfassungsjustiz vorgeschlagen, damit die Grundwerte der Verfassung, namentlich die Grundrechte, die politischen Rechte und die kantonale Autonomie, auch gegenüber dem Bundesgesetzgeber besser geschützt werden können.

Inhaltsübersicht

1. Einleitende Bemerkungen: Worum geht es?
   a. Ausbau, nicht Einführung
   b. Kein Vorrang verfassungswidriger Bundesgesetze
   c. Grundfragen des Staatsverständnisses
   d. Beschränkte Reichweite
   e. Die drei Grundfragen eines Ausbaus der Verfassungsgerichtsbarkeit
2. Schutz von Grundwerten oder des integralen Vorrangs der Verfassung?
   a. Die Grundfrage nach der Zielsetzung
   b. Rechtsschutz gegenüber dem Staat
   c. Ein durchgängiger Grundrechtsschutz
   d. Schutz der politischen Rechte
   e. Schutz der kantonalen Autonomie
   f. Schutz des Rechtsschutzes
3. Rechtsschutz abstrakt oder konkret?
4. Schutz vor allen rechtsanwenden Instanzen oder nur vor Bundesgericht?
5. Vom behaupteten Spannungsverhältnis zur Demokratie
   a. Demokratie und Rechtsstaat bedingen sich gegenseitig
   b. Kontrolliert wird das Parlament
   c. Volk und Parlament sind keine Justizorgane
   d. Probleme erst in der Anwendung
6. Differenzierte Lösungen für praktische Vorrangfragen
   a. Konkretisiertes Verfassungsrecht
   b. Richterliche Zurückhaltung
7. Schlussbemerkungen

1. Einleitende Bemerkungen: Worum geht es? ^

[Rz 1] Zurzeit steht – einmal mehr – aufgrund hängiger parlamentarischer Vorstösse im Nationalrat die Frage eines Ausbaus der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene zur Debatte.[1] Die folgenden Überlegungen konzentrieren sich auf die Zielsetzung einer solchen Erweiterung der Gerichtsbarkeit, auf die sich stellenden drei Grundfragen sowie auf das in den politischen Auseinandersetzungen regelmässig im Vordergrund stehende Verhältnis zur Demokratie.[2]

a. Ausbau, nicht Einführung ^

[Rz 2] Erstens ist in Erinnerung zu rufen, dass es sich um einen *Ausbau,* nicht um eine *Einführung* der Verfassungsgerichtsbarkeit handelt. Wir kennen in der Schweiz bereits seit langem eine ausgebaute Verfassungsjustiz: einmal gegenüber den Kantonen, und zwar gegenüber allen Rechtsakten der Kantone[3] mit Einschluss der Gesetze; dann aber auch gegenüber den meisten Rechtsakten des Bundes, auch gegenüber Verordnungen der Bundesversammlung, des Bundesrates (selbst wenn sie von der Bundesversammlung genehmigt wurden) und der Departemente[4]; dies im

Rahmen der zur Verfügung stehenden Rechtsmittel, namentlich der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und der subsidiären Verfassungsbeschwerde. Das Bundesgericht hat im Rahmen der Verfassungsgerichtsbarkeit in der 2. Hälfte des letzten Jahrhunderts eine schöpferische und weitherum anerkannte Tätigkeit entwickelt. Als Stichworte können erwähnt werden: die Anerkennung von ungeschriebenen Grundrechten und des Grundsatzes des Vorrangs des Bundesrechts vor kantonalem Recht, die Entfaltung des Willkürverbots als elementares Gerechtigkeitsgebot und von grundlegenden Verfahrensgrundsätzen sowie schliesslich der Rechtsschutz des Bürgers bei seinen politischen Teilnahmerechten. Diese Spruchpraxis hat vor gut 10 Jahren Eingang gefunden in die neue Bundesverfassung; heute handelt es sich um selbstverständliche und unangefochtene, verfassungsrechtlich verankerte Gewährleistungen des individuellen Rechtsschutzes. Das Bundesgericht hat zudem in einer wegleitenden Spruchpraxis auch anerkannt, dass die Grundrechte der Europäischen Menschenrechtskonvention und der UNO-Pakte den Bundesgesetzen vorgehen; damit ist die Verfassungsjustiz durch die Gerichtspraxis in einem bedeutungsvollen Umfang ausgeweitet worden, soweit Deckungsgleichheit mit den Grundrechten der Bundesverfassung gegeben ist.[5]

b. Kein Vorrang verfassungswidriger Bundesgesetze ^

[Rz 3] Zweitens geht es mit einem Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit um die Relativierung eines zentralen Verfassungssatzes: Gemäss Art. 190 BV sind Bundesgesetze (und Völkerrecht) für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden *massgeblich*.[6] Dies bedeutet, dass Bundesgesetze auch dann befolgt werden müssen, wenn sie der Bundesverfassung widersprechen – was zwar nicht oft, aber doch immer wieder und in letzter Zeit öfters vorkommt. Praktisch bedeutet dies, dass das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden Verstösse in Bundesgesetzen gegen die Bundesverfassung zwar feststellen können. Doch wenn sich ein angefochtener Rechtsanwendungsakt auf eine solche verfassungswidrige Bestimmung abstützt, so darf es dieser die Anwendung nicht versagen. Mit der Erweiterung der Verfassungsjustiz soll es möglich werden, dem Vorrang der Verfassung vor den Bundesgesetzen integral oder in wichtigen Bereichen Geltung zu verschaffen. Die Rechtsschutz suchenden Bürger und Bürgerinnen sowie die ihre Autonomie wahrenden Kantone sollen auch dann zu ihren verfassungsmässig geschützten Rechten kommen, wenn ein Bundesgesetz entgegensteht.

c. Grundfragen des Staatsverständnisses ^

[Rz 4] Drittens ist zu beachten, dass die Frage eines Ausbaus der Verfassungsjustiz ein eminent politisches Geschäft darstellt; es geht nicht nur um eine «juristische Bereinigung» der Rechtspflege. Das Anliegen wird überlagert, ja durchtränkt von Grundfragen des Schweizerischen Staatsverständnisses, von mythologischen, tief verankerten und überlieferten Vorstellungen und Grundhaltungen. Das macht eine sachliche Auseinandersetzung um Ziel, Sinn, Umfang und Grenzen eines solchen Schrittes nicht einfach, im Gegenteil. Als anschauliche Lektüre zur Einstimmung auf die politische Debatte können die Beratungen in den eidgenössischen Räten im Rahmen der Justizreform 1998 im National- und Ständerat empfohlen werden.[7] Die Auseinandersetzungen spitzen sich regelmässig auf zwei populistisch verkürzte Schwarzweiss-Bilder zu: Soll die Demokratie oder der Richterstaat Vorrang haben? Wer hat das letzte Wort: das Volk oder der Richter als Garant der Verfassung?

d. Beschränkte Reichweite ^

[Rz 5] Viertens ist anzufügen, dass die Frage der Verfassungsgerichtsbarkeit andere heute anstehende und bedrängende Probleme, die mit der Wahrung von schweizerischen Grundwerten wie Demokratie und Rechtsstaat verbunden sind, nicht oder nur am Rande berührt. Zu denken ist etwa an den diskutierten Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht[8] oder an einen allfälligen Vorrang von Grundwerten der Verfassung vor anderen, sog. gewöhnlichen Verfassungsbestimmungen. Eine verbesserte Verfassungsjustiz verfolgt das Ziel, bestehendes Verfassungsrecht oder Teile davon vor verfassungswidrigem Gesetzesrecht zu schützen, nicht aber per se Rangprobleme mit internationalem Recht oder innerhalb der Bundesverfassung zu lösen. Auch die Frage einer präventiven Kontrolle[9] von infrakonstitutionellem Recht oder von Volksinitiativen auf ihre Völkerrechtskonformität und Verfassungsmässigkeit (sowie ihre Umsetzbarkeit) hin hat nichts mit der eigentlichen Verfassungsjustiz zu tun, da diese ex post, also nach dem Erlass von Rechtssätzen oder Rechtsanwendungsakten agiert und durch prozessförmige Rechtsschutzverfahren gekennzeichnet ist.

e. Die drei Grundfragen eines Ausbaus der Verfassungsgerichtsbarkeit ^

[Rz 6] Beim Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit stellen sich vor allem drei Grundfragen[10], welche den Verfassungsgesetzgeber beschäftigen müssen:

- Sollen die Verletzung aller Verfassungsnormen gerügt werden können oder nur besonders wichtiger Normen, welche Grundwerte der Verfassung zum Ausdruck bringen (integrale oder beschränkte Verfassungsjustiz)?
- Sollen Bundesgesetze abstrakt, das heisst nach ihrer Inkraftsetzung als solche angefochten werden können oder erst dann, wenn sie im Einzelfall angewendet werden (abstrakte oder konkrete Normenkontrolle)?
- Sollen schliesslich alle rechtsanwendenden Behörden unseres Landes Bundesgesetze auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüfen können oder ist diese Kompetenz dem Bundesgericht vorzubehalten (diffuses oder konzentriertes System)?

2. Schutz von Grundwerten oder des integralen Vorrangs der Verfassung? ^

a. Die Grundfrage nach der Zielsetzung ^

[Rz 7] Als erstes stellt sich die Frage, welches Anliegen mit der Verfassungsgerichtsbarkeit verfolgt wird. Geht es primär darum, dem *Vorrang der Bundesverfassung* vor den Bundesgesetzen und der Verfassungs- und Rechtmässigkeit allen Staatshandelns zum Durchbruch zu verhelfen, so ist eine integrale Verfassungsgerichtsbarkeit einzuführen. Dann muss die Verletzung aller Verfassungsbestimmungen durch Bundesgesetze gerügt werden können. Juristen neigen dazu, diesem Argument grosses Gewicht beizumessen. Es gibt zweifellos gute Gründe für diese Ansicht. So steht die Verfassung im Stufenbau der Rechtsordnung über dem Gesetz. Alle Normen unterhalb der Verfassungsstufe haben sich an die Verfassung zu halten. Verfassungsnormen werden von Volk und Ständen gutgeheissen, während Bundesgesetze ohne obligatorische Volksbeteiligung beschlossen werden. Das fakultative Referendum wird zudem nur selten ergriffen, sodass die grosse Mehrzahl der Bundesgesetze ausschliesslich von der Bundesversammlung verabschiedet wird.[11]

[Rz 8] Besteht das Ziel der Ausweitung der Verfassungsgerichtsbarkeit indessen primär in der

Verbesserung des Rechtsschutzes von Individuen und der Wahrung der kantonalen Autonomie, so sind die Beschwerdegründe enger zu fassen. Dann erstreckt sich die Verfassungsjustiz gegenüber Bundesgesetzen auf diejenigen Verfassungsbestimmungen, welche Grundrechte der Bürger und Bürgerinnen enthalten sowie die Kompetenzen von Bund und Kantonen ausmessen. Richterlichen Schutz verdienen dann vor allem die Grundgehalte der Verfassung, wie sie *Jörg Paul Müller* als «Essentialien von Bundesstaat, Demokratie und Rechtsstaat» gekennzeichnet hat.[12] Nicht Verfassungsnormen als solche, als (national) oberste Rechtsnormen, sollen angerufen werden können, wenn der Grund der Verletzung in einem Bundesgesetz zu finden ist, sondern nur diejenigen Bestimmungen, welche zentrale Grundwerte zum Ausdruck bringen, wie namentlich die Grundrechte der Menschen mit Einschluss der politischen Rechte und die föderale Zuständigkeitsordnung.

[Rz 9] Damit kann die erweiterte Verfassungsjustiz an eine alte schweizerische Tradition anknüpfen, an den Schutz der verfassungsmässigen Rechte.[13] So wurde der Beschwerdegrund seit 1878 bei der Staatsrechtlichen Beschwerde umschrieben, und es findet sich diese Kategorie auch in der Bundesverfassung 1999[14] und im Bundesgerichtsgesetz als Beschwerdegrund bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde[15]. Die Kategorie der verfassungsmässigen Rechte in der langen, gefestigten und unangefochtenen Praxis des Bundesgerichts umfasst nicht nur die eigentlichen Grundrechte, sondern auch andere verfassungsrechtliche Verbürgungen, welche die Individuen gegen staatliche Übergriffe absichern wollen und ihnen deshalb einen entsprechenden Anspruch gegen den Staat einräumen.[16] Die Unterscheidung von verfassungsmässigen Rechten und anderen Verfassungsbestimmungen ist bedeutungsvoll. Denn die Bundesverfassung enthält viele Normen, die keine verfassungsmässigen Rechte beinhalten. Zu denken ist etwa an Zielbestimmungen, rechtsstaatliche Grundsätze (Art. 5 BV), Aufgabennormen, Verfassungs- und Gesetzgebungsaufträge sowie Organisations- und Zuständigkeitsbestimmungen der Behörden, namentlich der Bundesversammlung und des Bundesrates, usw.

[Rz 10] Nach meinem Dafürhalten sprechen gewichtige Gründe dafür, die Überprüfungsbefugnis auf die verfassungsmässigen Rechte zu beschränken. Denn es muss mit der Erweiterung der Verfassungsjustiz in erster Linie darum gehen, den individuellen und föderalen Rechtschutz gegenüber Bundesgesetzen zu verbessern. Hinzu kommt, dass die politischen Chancen einer integralen Verfassungsgerichtsbarkeit eher kritisch zu beurteilen sind, wenn die Überprüfungsbefugnis in grösserem Umfang ausgeweitet würde. Es ist zu bedenken, dass die Bundesverfassung letztlich immer auch ein «Fechtboden» der Politik ist und somit Normen enthält, die wegen deren politischem Charakter in der Zuständigkeit der Justiz schlecht aufgehoben wären. Nicht alles Verfassungsrecht ist in diesem Sinn gleichermassen «rechtsschutzwürdig».[17]

b. Rechtsschutz gegenüber dem Staat ^

[Rz 11] Mit dem Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit soll nach der hier vertretenen Auffassung in erster Linie der Rechtsschutz der Menschen (Bürgerinnen und Bürger) dort ausgebaut werden, wo sie in elementaren Rechten und Positionen betroffen sind. Es geht also um ein elementares Freiheitsanliegen. Rechtsschutz in diesem Zusammenhang bedeutet Schutz vor dem Staat und seinen Handlungen. Der zu kontrollierende Staat erscheint hier in Form des Bundesgesetzgebers. Plastisch formuliert: Auch das höchste politische Organ auf Bundesebene, die Bundesversammlung, soll nicht abschliessend, wenn auch unter dem Vorbehalt des fakultativen Referendums, über die in der Bundesverfassung verankerten Grundwerte wie Würde und Freiheit der Menschen entscheiden

können. Es stellt ein grundlegendes rechtsstaatliches Gebot dar, dass sich Einzelne gegen staatliche Übergriffe zur Wehr setzen können, und dies durch Instrumente des Rechtsschutzes vor einem unabhängigen Gericht. Unbestrittenermassen tritt der Staat dem Bürger und der Bürgerin vor allem in Gestalt der Verwaltung entgegen, von der Steuerverwaltung bis zur Polizei. Dort ist der Rechtsschutz unbestritten, in Bund und Kantonen. Doch die Verwaltung stützt sich auf Gesetze, vollzieht diese, wendet sie im Einzelfall an. Wenn der Eingriff in die Freiheit nun bereits im Gesetz angelegt ist – soll dann der Rechtsschutz nicht mehr gegeben sein? Machen die Freiheitsrechte vor den Toren des Gesetzgebers Halt?

[Rz 12] Dass dies nicht der Fall sein kann, war seit jeher und ist auch heute unbestritten bei kantonalen Gesetzen. Erfolgt also eine Verfassungsverletzung durch oder in Anwendung kantonaler Gesetze, so ist Rechtsschutz gegeben. Nur bei Bundesgesetzen trifft dies im Allgemeinen nicht zu – ein überholter Zustand. Denn dass sich der Rechtsschutz früher gegen die Kantone richtete, war darauf zurückzuführen, dass vor allem die starken Kantone dem Bürger mit ihrer Eingriffsverwaltung gegenübertraten, etwa im Steuer-, Bau-, Erziehungs- und Polizeiwesen. Eine Bundesverwaltung gab es erst in Ansätzen, sodass sich ein analoger Rechtsschutz gegenüber dem Bundesgesetzgeber nicht aufdrängte. Dies hat sich gewaltig geändert: Die Politik auf Bundesebene und damit auch die Bundesgesetzgebung haben im Verlaufe der letzten 100 Jahre rasant zugenommen. Wird an der Idee des Rechtsschutzes gegen die Staatsgewalt festgehalten, so drängt sich die Verlängerung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Richtung Bundesgesetzgebung auf.[18] Warum soll im Bund nicht das Gleiche gelten wie auf kantonaler Ebene, wenn doch eingriffsträchtige Gesetze heute vor allem auch auf Bundesebene bestehen? Ist es nicht bedenklich, dass mit jeder Verlagerung von Befugnissen auf die Bundesebene auch gleichzeitig der Rechtsschutz der Bürgerinnen und Bürger einschneidend verkürzt worden ist?

c. Ein durchgängiger Grundrechtsschutz ^

[Rz 13] Es gehört zu den Eigenheiten des schweizerischen Grundrechtsschutzes, dass aufgrund einer berechtigten Praxis des Bundesgerichts das Bindungsgebot bei Bundesgesetzen, wie es in Art. 190 BV enthalten ist, gegenüber denjenigen völkerrechtlichen Normen nicht gilt, die dem Schutz der Menschenrechte dienen. Dies betrifft insbesondere Menschenrechte, die in der EMRK oder im UNO-Pakt II verankert sind.[19] Dies bedeutet in praxi, dass die Verletzung verfassungsmässiger Individualrechte durch Bundesgesetze nur dann beim Bundesgericht geltend gemacht werden kann, wenn es sich um völkerrechtlich verankerte *Grundrechte* handelt, nicht aber dann, wenn das Grundrecht ausschliesslich in der Bundesverfassung gewährleistet wird. So besteht in der Schweiz ein gespaltener Grundrechtsschutz. Dies ist unhaltbar. Denn der Rechtsschutz der Grundrechtsträger gegenüber dem Bundesgesetzgeber darf nicht davon abhängen, ob er sich nur auf die Bundesverfassung oder auch auf ein in der EMRK oder einem Uno Pakt verbrieftes Recht zu stützen vermag oder nicht.

[Rz 14] Wichtige Grundrechtsbestimmungen sind aber nur in der Bundesverfassung, nicht aber in der EMRK verankert, sodass dieser Unterscheidung ein grosses Gewicht zukommt. Dies trifft etwa zu für die Eigentumsgarantie, die Wirtschaftsfreiheit, die Rechtsgleichheit, das Willkürverbot, die Wahrung von Treu und Glauben, die Garantie der informationellen Selbstbestimmung, die Hilfe in Notlagen, die Garantie der politischen Rechte sowie für den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. In all diesen Fällen ist das Gericht heute an die Bundesgesetze gebunden. Eigentlich ist es erstaunlich, dass der

fehlende Rechtsschutz gerade bei der Eigentumsgarantie und der Wirtschaftsfreiheit bislang klaglos hingenommen wird.[20] Denn hier ist die Versuchung des Bundesgesetzgebers gross, politische Ziele, etwa in der Wirtschafts-, Energie- oder Raumordnungspolitik, zu verfolgen, ohne sich um die verfassungsmässigen Schranken zu kümmern. Dass sich die Wirtschaftsverbände nicht schon lange für einen Ausbau des Rechtsschutzes gerade in diesen Bereichen einsetzen, ist nicht recht erklärlich.

d. Schutz der politischen Rechte ^

[Rz 15] Auf einen Anwendungsfall ist besonders einzugehen: die Garantie der politischen Rechte, wie sie in Art. 34 BV enthalten ist. Dieses Grundrecht auf Teilnahme an Wahlen und Abstimmungen ist für unsere halbdirekte Demokratie von grosser Bedeutung. Es gewährleistet, dass kein Wahl- oder Abstimmungsresultat anerkannt wird, das nicht den freien Willen der Stimmberechtigten zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt.[21] Das Bundesgericht hat aus diesem Grundsatz für den kantonalen Bereich verschiedene Teilgehalte abgeleitet, etwa die Wahlrechtsgleichheit, die korrekte Vorbereitung und Durchführung des Urnengangs durch die Behörden sowie den Schutz der freien Meinungsbildung vor Abstimmungen. Dass ausgerechnet hier der Rechtsschutz im Rahmen eidgenössischer Wahlen und Abstimmungen *dem Bundesgesetzgeber ausgeliefert* wird, erscheint stossend. Die Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit soll in diesem Bereich sicherstellen, dass die Bürger und Bürgerinnen in ihren demokratischen Teilnahmerechten geschützt werden, auch wenn sie gegenüber dem Bundesgesetzgeber durchgesetzt werden müssen. Insofern erweist sich das Anliegen der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht nur als liberales Anliegen sondern auch als demokratisches Gebot! Dass demokratische Partizipationsrechte und liberale Grundrechte eng miteinander verbunden sind, entspricht der schweizerischen Verfassungstradition, wie sie auch im Standort von Art. 34 BV im 1. Kapitel unter dem Titel Grundrechte zu Ausdruck kommt.

e. Schutz der kantonalen Autonomie ^

[Rz 16] Es wird bei der Diskussion über den Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit oft übersehen, dass die Bundesgesetze auch dann bindend sind, wenn vom Bundesgericht (im Klageprozess) Kompetenzkonflikte zwischen Bund und Kantonen zu entscheiden sind (Art. 120 Abs. 1 Bst. a BGG). Mit anderen Worten gibt es *keinen Rechtsschutz der Kantone* gegen Übergriffe des Bundesgesetzgebers in ihren Zuständigkeitsbereich. Demgegenüber kann der Bund Verstösse des kantonalen Gesetzgebers gegen Bundesrecht beim Bundesgericht überprüfen lassen – was im Übrigen auch im Rahmen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und der subsidiären Verfassungsbeschwerde zulässig ist. Es besteht also ein föderalistisches Ungleichgewicht zu Lasten der Kantone, und dies trotz Art. 47 Abs. 1 BV, wonach der Bund die Eigenständigkeit der Kantone zu wahren hat.[22] Der Bundesgesetzgeber hat es somit in der Hand, die gliedstaatliche Autonomie entgegen der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen einzuschränken, ohne dass sich die Kantone dagegen zur Wehr zu setzen vermöchten. Bestrebungen, dies zu ändern, strandeten erstmals im Rahmen der Justizreform, weil der Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit insgesamt gescheitert ist, und später auch im Zuge der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA).[23] Die Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit soll deshalb diese föderalistisch bedenkliche Lücke füllen.[24]

f. Schutz des Rechtsschutzes ^

[Rz 17] Zwei besondere Probleme ergeben sich im Bereich des Rechtsschutzes selbst. Ein erstes betrifft die verfassungsrechtlich zulässigen Ausnahmen von der allgemeinen Rechtsweggarantie. Nach Art. 29a Satz 2 BV können Bund und Kantone je für ihren Zuständigkeitsbereich den Anspruch auf richterliche Beurteilung durch Gesetz «in Ausnahmefällen» ausschliessen. Die Lehre ist sich darin einig, dass diese Ermächtigung restriktiv auszulegen ist. Doch darüber entscheidet in gewissen Grenzen – für die Bundesebene – letztinstanzlich der Bundesgesetzgeber. Dieser hat es also in der Hand, über den effektiven Umfang der Rechtsweggarantie zu entscheiden. Damit wird in letzter Konsequenz auch der Schutz verfassungsmässiger Rechte des Individuums in die Hand des Bundesgesetzgebers gelegt.[25]

[Rz 18] Ebenfalls in der Hand des Bundesgesetzgebers liegen nach der Vereinheitlichung des Zivil- und Strafprozessrechts die entsprechenden Prozessordnungen des Bundes (ZPO und StPO). Während früher das Bundesgericht die kantonalen Prozessgesetze auf ihre Übereinstimmung mit den Garantien der Bundesverfassung überprüfen konnte (etwa im Bereich des rechtlichen Gehörs), ist dieses nun aufgrund von Art. 190 BV an die eidgenössischen Prozessordnungen gebunden. Eine rechtsschöpferische Weiterentwicklung von Rechtsschutzgarantien, wie sie früher vom Bundesgericht für das kantonale Verfahrensrecht vorgenommen wurde, ist dem Gericht nun verwehrt. Sollte der Gesetzgeber künftig Abweichungen von Verfahrensgarantien der BV beschliessen, sind sie für das Gericht massgeblich.[26] Auch hier kommt die Verlagerung auf den Bund – zumindest potentiell – einer empfindlichen Einbusse des Rechtsschutzes gleich, und dies im Herzen des Rechtsschutzes selbst.

3. Rechtsschutz abstrakt oder konkret? ^

[Rz 19] In einer rechtslogischen Betrachtungsweise könnte argumentiert werden, Bundesgesetze müssten schon vor ihrer Umsetzung angefochten werden können, wie dies gegenüber kantonalen Gesetzen heute schon der Fall ist. Warum zuwarten, bis sie gegenüber Betroffenen angewendet werden, wenn deren Verfassungswidrigkeit offensichtlich erscheint oder doch stark vermutet werden kann? Dieser sog. abstrakten Normenkontrolle durch ein Gericht stehen aber auf Bundesebene gewichtige Gründe entgegen.[27] So stellt die offenkundige Verfassungsverletzung in einem Bundesgesetz eine absolute Ausnahme dar. Bundesrat und Bundesversammlung darf attestiert werden, dass sie im Regelfall um eine verfassungsmässige Rechtsetzung bemüht sind. Normalerweise entsteht das Problem der Verfassungskonformität erst im Anwendungsfall, also dann, wenn das Gesetz durch Erlass einer Verfügung umgesetzt wird. Dies kann Jahre später erfolgen, in einer durch die Entwicklung der Rechtsanschauungen oder der Wirklichkeit veränderten Anwendungssituation. Es kommt hinzu, dass auch die EMRK grundsätzlich nur eine konkrete Normenkontrolle vorsieht. Ein Entscheid des Bundesgerichts im abstrakten Normkontrollverfahren könnte also erst bei der konkreten Anwendung und somit in einem (eventuell bedeutend) späteren Zeitpunkt nach Strassburg weitergezogen werden, was eine erhebliche Rechtsunsicherheit zur Folge hätte.

[Rz 20] Mit der konkreten Normenkontrolle werden aber auch zwei «Gefahren» vermieden, die oft gegenüber der Verfassungsgerichtsbarkeit geltend gemacht werden: einmal werde das Gericht zum verlängerten Arm der Politik, weil sich eine unterlegene Minderheit im Parlament gegen Mehrheitsbeschlüsse zur Wehr setzen könnte, und zum anderen werde das Gericht ermächtigt, demokratisch beschlossene Gesetze wieder aufzuheben. Ist die Überprüfung der

Verfassungskonformität von Bundesgesetzen nur im Anwendungsfall gestattet, so können beide «Gefahrensituationen» nicht eintreffen. Das Gericht darf das Gesetz als solches nicht aufheben, sondern nur dessen Anwendung im Einzelfall untersagen. Es ist folglich in einem derartigen Fall am demokratischen Gesetzgeber, daraus die erforderlichen Schlüsse zu ziehen. Dem individuellen Rechtsschutz ist damit Genüge getan, auch wenn das Gesetz formell in Kraft bleibt, bis die betreffende Norm auf demokratischen Weg durch eine verfassungsmässige Bestimmung ersetzt worden ist.

[Rz 21] Zudem ist zu beachten, dass kaum ganze Gesetze gegen die Bundesverfassung verstossen, sondern nur einzelne Bestimmungen. Deren abstrakte Aufhebung kann Probleme verursachen, wenn diese Normen nicht losgelöst von den sie umgebenden Bestimmungen des Gesetzes aufgehoben werden können, ohne eine schwer füllbare Rechtslücke zu provozieren.

4. Schutz vor allen rechtsanwenden Instanzen oder nur vor Bundesgericht? ^

[Rz 22] Die dritte Grundfrage betrifft die zur Nichtanwendung von Bundesgesetzen im Einzelfall zuständige Instanz. Nach unserem «diffusen Justizsystem» sind alle Gerichte ermächtigt, hängige Fälle auf ihre Übereinstimmung mit dem Bundesrecht hin zu beurteilen. Dies trifft grundsätzlich auch auf die Bundesverfassung zu. Es liegt deshalb prima vista nahe, dass dies auch bei der Überprüfung von Bundesgesetzen auf ihre Verfassungsübereinstimmung gelten sollte.[28] Doch sprechen gewichtige Gründe dafür, dass diese Kompetenz ausschliesslich dem Bundesgericht zugewiesen wird – jedenfalls wenn es um rechtsanwendende Behörden der Kantone geht.[29]

[Rz 23] Einmal ist der Bundesgesetzgeber oberste Gewalt im Bunde (unter Vorbehalt der Rechte des Volkes). Es ist mit seiner staatspolitischen Stellung schwer in Einklang zu bringen, dass seine Gesetze von jedem Gericht (auch einer unteren Stufe) die Anwendung versagt werden kann. Erst recht gilt dies für andere rechtsanwendende Behörden. Oft wird übersehen, dass Art. 190 BV Bundesgesetze auch gegenüber kantonalen Regierungen «immunisiert». Würde die Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen im herkömmlichen diffusen System eingeführt, so könnten demnach Bezirksgerichte und Regierungen vorfrageweise Bestimmungen in Bundesgesetzen «übergehen», weil sie sie als verfassungswidrig erachten.

[Rz 24] Zweitens ist realistischerweise davon auszugehen, dass Auslegung und Handhabung der Bundesverfassung, namentlich der Grundrechte im Lichte der internationalen Praxis, nicht zum Alltagsgeschäft von kantonalen Gerichten und schon gar nicht von Regierungen (und ihren Rechtsdiensten) gehört. Drittens macht es Sinn, die Verfassungspraxis in die Hand eines obersten Gerichtes zu legen, um Transparenz, Kohäsion und Einheitlichkeit der Rechtsordnung zu gewährleisten. Im diffusen System besteht die Gefahr, dass bei der Prüfung der Verfassungsmässigkeit unterschiedliche Instanzen zu unterschiedlichen Antworten kommen und sich so eine uneinheitliche Praxis verfestigt – und aus dem diffusen ein konfuses System wird.[30] Schliesslich darf nicht übersehen werden, dass die Anwendung der verfassungswidrigen Bestimmung eines Bundesgesetzes durch eine untere Gerichts- oder Verwaltungsinstanz unter Umständen rechtskräftig wird, weil keine Beschwerde erhoben wird, sodass sich das Bundesgericht gar nicht dazu äussern kann. Dies trifft ganz besonders dann zu, wenn die gesetzliche Missachtung der Bundesverfassung zu einer Begünstigung des Rechtsadressaten führt, sodass dieser an einer

Anfechtung gar nicht interessiert (oder legitimiert) ist.

[Rz 25] Die Konzentration dieser Befugnis beim Bundesgericht stellt zweifellos ein Novum für unsere Justiz dar; doch in anderen Ländern ist dieses System bestens bekannt und bewährt. Erforderlich wäre, ein sog. *Vorlageverfahren* einzurichten. Danach hätte das untere Gericht (oder die Regierung) die Frage der Verfassungsmässigkeit eines Bundesgesetzes dem Bundesgericht in einem separaten Verfahren zu unterbreiten, bevor es den Fall weiterbearbeitet. Dass ein solches, wohl selten eingeschlagenes Verfahren «relativ kompliziert» sein soll, ist nicht ersichtlich.[31] Beim Bundesgericht selbst könnte die Schaffung einer besonderen «Verfassungsabteilung» erwogen werden, doch erscheint dies nicht als zwingend, weil diese Vorlageverfahren kaum häufig vorkommen dürften. Allein der Umstand, dass ein Verfahren neu ist, kann nicht dagegen sprechen, wenn gute Gründe seine Einführung nahelegen.

5. Vom behaupteten Spannungsverhältnis zur Demokratie ^

a. Demokratie und Rechtsstaat bedingen sich gegenseitig ^

[Rz 26] Nun ist es ein Kennzeichen unseres Gemeinwesens als halbdirekte Demokratie, dass das Volk nicht nur seine Repräsentanten in Volksvertretungen und teilweise in Regierungen wählt, sondern an Sachabstimmungen und so auch am Erlass von Bundesgesetzen partizipiert. Das Volk ist am staatlichen Willensbildungsprozess beteiligt, und so ergibt es sich, dass der Bürger sowohl an der Gesetzgebung mitwirken kann als auch von dieser potentiell betroffen ist. Er will als Bürger teilhaben, sich aber als Betroffener gegen die Verletzung seiner Rechte zur Wehr setzen können. Die Grundrechte jedes Einzelnen stehen hingegen nicht nur «neben» seinen Partizipationsrechten, sondern beide bedingen sich gegenseitig. Ohne rechtsstaatliche Garantien wie Menschenrechte, Gewaltenteilung, Gesetzmässigkeitsprinzip und ausgebauter Rechtsschutz keine Demokratie, ohne Demokratie aber auch kein Rechtsstaat. Deshalb ist unsere Demokratie von Verfassung wegen zwingend eine rechtsstaatliche Demokratie. Beide Elemente dürfen nicht gegeneinander ausgespielt werden, wie es heute von rechtspopulistischer Seite versucht wird.[32]

[Rz 27] Oft wird in diesem Zusammenhang von einem Spannungsverhältnis zwischen Demokratie und Rechtsstaat gesprochen. Doch im Grunde genommen handelt es sich nicht um ein Spannungsverhältnis, sondern um auszumessende, Freiheitsrechte wie demokratische Mitwirkungsrechte optimierende sowie die Zuständigkeiten von Parlament, Volk und Justiz je nach ihren verfassungsrechtlichen Funktionen und ihrer Eignung zu justierende Beziehungen. Dabei erweist sich das Denken in den Kategorien eines allgemeinen Vorrangs des einen vor dem anderen Organ oder eines «letzten Wortes» als problematisch, ja gefährlich, weil in Subordinationen verhaftet, die der Idee unserer gewaltengliedrigen Demokratie fremd – und zudem auch wirklichkeitsfremd sind. Gewiss gibt es einen demokratischen *Vorrang der Politik*, der dem Gesetzgeber zusteht. Das ist unbestritten. Doch dieser gilt nicht unbeschränkt. Die Verfassung selbst ist Ausdruck und Grundlage unserer Demokratie, mit ihren Grundrechten und Partizipationsrechten. Verfassungsmässige Rechte und bundesstaatliche Kompetenzbestimmungen begrenzen die politische «Macht» der Legislative, unabhängig davon, ob es sich um das Parlament oder das teilnehmende Volk handelt. Diese haben im Verfassungsstaat nicht partout und à tout prix das «letzte Wort», sie unterstehen der Verfassung (und damit Volk und Standen). Insofern täuschen sich all jene, die einer unbegrenzten Allmacht des Volkes (im Rahmen der Gesetzgebung) das Wort reden und erst noch darin den Kern des

Schweizerischen Demokratieverständnisses erblicken.

[Rz 28] Es ist also verfehlt, *einen Gegensatz von Freiheits- und Rechtsschutz einerseits und Demokratie anderseits* zu konstruieren. Parlament und Volk haben sich in ihrer Politikgestaltung an vorgegebene, verfassungsmässige Grundrechte zu halten. Eine schrankenlose Allmacht des Volkes gibt es nicht. Der mündige Bürger will Partizipation und Freiheitsschutz; er will seine Rechte nicht «der Politik ausliefern».

[Rz 29] Es gehört zu den Errungenschaften des modernen Verfassungsstaates, dass der *Schutz der Grundrechte nicht dem Gesetzgeber allein überlassen* wird. Dieser trägt zwar (ebenfalls) eine grosse Verantwortung für deren Schutz und Entfaltung; er ist aber auch an sie gebunden. Es liegt ja gerade im Wesen der Grundrechte, dass sie auch Schutz gegen Mehrheiten zu verbürgen vermögen. Denn aller geschichtlichen Erfahrung nach sind es oft Minderheiten, denen der Wind eines politischen Mainstream ins Gesicht bläst und die ganz besonders auf Schutz angewiesen sind. Diese Schutzaufgabe zu übernehmen ist Aufgabe des neutralen und unabhängigen Gerichts. Wenn man die unglückliche Metapher des «letzten Wortes» verwenden will, so liegt dieses hier beim Richter. Das ist in der Schweiz grundsätzlich auch anerkannt – niemand bezweifelt dies, wenn er sich als Betroffener auf seine Religionsfreiheit, seine Meinungsäusserungsfreiheit, seine Eigentumsgarantie oder die Wirtschaftsfreiheit beruft.

[Rz 30] Zuweilen ist auch die Rede von der «Macht» des Richters – auch eine eher polemische Diktion. (Entscheidungs-) Macht kommt dem Richter insofern zu, als er Bürger und Kantone gegen die Macht des Staates, hier gegen den Bundesgesetzgeber, zu schützen und ihnen zu ihrem Recht zu helfen vermag. Es ist mit aller Deutlichkeit zu unterstreichen, dass diese Macht verfassungsrechtlich abgestützt und demokratisch legitimiert wird. Aber Gerichte werden nur tätig, wenn sie angerufen werden. Und sie stellen nach der Bundesverfassung keine «Gewalt» dar, da ihnen keine Zwangsmittel zur Verfügung stehen. Auch diesbezüglich ist das Bild einer «Machtverschiebung» verfehlt.

b. Kontrolliert wird das Parlament ^

[Rz 31] Von Gegnern der Verfassungsgerichtsbarkeit wird zuweilen ein Gegensatz zwischen Volk und Justiz konstruiert. Es sei dem Bürger nicht zuzumuten, seine Volksrechte unter dem Vorbehalt eines Gerichtsurteils auszuüben, ist etwa zu hören. Freilich wurde in den Kantonen bislang kein Unbehagen spürbar, dass dieser «Vorbehalt» bei kantonalen Gesetzen seit langem Realität ist. Doch ist es auch grundsätzlich verfehlt, von einem Vorrang «des Volkes» zu sprechen. Denn in aller Regel wird ein Bundesgesetz von der *Bundesversammlung* verabschiedet, ohne dass das Referendum ergriffen wird; nur bei 7% aller referendumspflichtigen Erlasse findet eine Volksabstimmung statt. Bei der Verfassungsgerichtsbarkeit geht es also in der Regel gar nicht um das angerufene Volk, sondern primär um das Verhältnis von Parlament und Justiz. Das «Volksargument» sticht nicht, und es ist wohl kein Zufall, dass es vor allem parlamentarische Kreise sind, die sich gegen die Verfassungsgerichtsbarkeit zur Wehr setzen. Gewiss gilt das Nichtergreifen eines fakultativen Referendums als «stillschweigende» Zustimmung des Volkes. Doch kann daraus nicht abgeleitet werden, das Volk habe in voller Kenntnis des ganzen Gesetzesinhaltes jeder einzelnen Bestimmung zugestimmt. Erst recht kann man aus diesem Stillschweigen nicht ableiten, das Volk habe auf diese Weise eine allfällige Verletzung von Verfassungsbestimmungen gutgeheissen. Dies gilt umso mehr,

wenn ein Verfassungsverstoss im Gesetzgebungsverfahren noch gar nicht erkannt werden konnte, sondern erst im konkreten Anwendungsfall sichtbar wurde.

c. Volk und Parlament sind keine Justizorgane ^

[Rz 32] Wenn das partizipierende Volk aber tatsächlich über ein Gesetz abstimmt, so kennt es in aller Regel – aber auch höchstens – dessen *politischen Inhalt in den Grundzügen*. Es entscheidet über die in der Öffentlichkeit umstrittenen Postulate resp. Neuerungen. Aber es nimmt keine Analyse der Verfassungsmässigkeit aller Bestimmungen des Gesetzes vor. Wie sollte es auch – das ist nicht seine Funktion. Nun könnte es zwar vorkommen, dass just eine politisch umstrittene Frage in Gefahr steht, verfassungsmässige Rechte zu verletzen (wie etwa im Ausländer- oder Asylrecht), ja sogar, dass Parlament und Volk in Kenntnis der Verfassungswidrigkeit – bewusst – von der Verfassung abweichen. Doch abgesehen davon, dass dies äusserst selten vorkommen dürfte, und dass damit im Grunde genommen Volk und Stände als Verfassungsorgan desavouiert werden, sind für solche Fälle besondere Lösungen zu erwägen, um den Konflikt zu entschärfen.[33]

[Rz 33] Aber auch das *Parlament* ist nicht das geeignete Organ, die Übereinstimmung von Erlassen mit der Bundesverfassung oder Menschenrechtspakten nach den gebotenen methodischen Regeln und in Kenntnis der Rechtspraxis nationaler und internationaler Justizorgane abschliessend zu überprüfen. Zwar legt Art. 190 BV wegen der fehlenden justiziellen Verfassungskontrolle die Verantwortung für die Verfassungsmässigkeit der Gesetzgebung in die Hand der Bundesversammlung.[34] Doch diese «macht in erster Linie Politik»; sie fällt im Entscheide im Gesetzgebungsverfahren primär nach politischen Gesichtspunkten und übt eine politische Kontrolle aus, dies ist ihre legitime Stammfunktion. Auch wenn Verfassungsfragen zuweilen gründlich behandelt werden, so bleibt das Parlament «im Spannungsfeld zwischen Sache, Recht und Politik»[35]. Verfassungsaspekte werden zuweilen vom Vorrang des Politischen verdrängt oder von der Parteipolitik instrumentalisiert.

d. Probleme erst in der Anwendung ^

[Rz 34] Es kommt hinzu, dass die Problematik einer Verletzung von verfassungsmässigen Rechten in aller Regel überhaupt erst in der *Anwendung* auftritt, weil der Gesetzgeber im Zeitpunkt des Erlasses der Norm noch gar nicht alle Anwendungssituationen in die Zeit hinein zu überblicken vermag. Dies dürfte der Hauptanwendungsfall einer potentiellen Verfassungsverletzung bilden. Der Normkonflikt im Anwendungsfall kann schliesslich auch aufgrund einer *später veränderten Verfassungslage oder von neu verbindlichem Völkerrecht* auftreten. Wenn Volk und Stände die Bundesverfassung geändert haben (zB. durch den Ausbau der Freiheitsrechte), dann sollte diese Entscheidung Vorrang vor dem älteren Bundesgesetz haben, das ev. sogar ohne Volksbeteiligung zustande gekommen ist.[36] In dieser Situation wird besonders deutlich, dass Bundesversammlung und Bundesgericht beide «Hüter der Verfassung» sind, in je verschiedenen Phasen und Verfahren und mit je spezifischer Eignung, aber in gemeinsamer Verantwortung.[37]

6. Differenzierte Lösungen für praktische Vorrangfragen ^

a. Konkretisiertes Verfassungsrecht ^

[Rz 35] Nun ist zuzugeben, dass die heiklen Fälle dann auftauchen, wenn dem Verfassungsrichter in der *Konkretisierung der verfassungsmässigen Grundwerte ein erheblicher Spielraum offen* steht. Der klare Wortlaut der BV wird vom Gesetzgeber kaum missachtet, wohl aber u.U. die Verfassungsnorm in der Auslegung und -andhabung des Gerichts – des Bundesgerichts, des EGMR und der Lehre. Das Gericht kann diese notwendige und zu seiner Funktion gehörende Konkretisierung oft erst vornehmen, wenn es im Streitfall dazu aufgerufen wird. Grundrechte können zudem nach Massgabe von Art. 36 BV durch den (Bundes-) Gesetzgeber beschränkt werden. So wird das Gericht in aller Regel im Anwendungsfall zu beurteilen haben, ob die anzuwendende Gesetzesbestimmung die Voraussetzungen des erforderlichen öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit und der Wahrung des Kerngehaltes sowie allfälliger weiterer Schranken (z.B. den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit) erfüllt. Nun gehört zwar diese Aufgabe zum Repertoire des Gerichts, doch erweist sie sich hier als Einfallstor des Politischen in die Grundrechtspraxis. Dieser Punkt ist in der politischen Diskussion zweifellos der Heikelste. Die Bestimmung des öffentlichen Interesses obliegt – auf der Grundlage der BV – primär (aber nicht ausschliesslich) der Politik im Rahmen der Gesetzgebung, nicht dem Gericht. Auch bei der Verhältnismässigkeit ist m.E. oft ein Vorrang des Gesetzgebers zu bejahen, nicht jedoch beim Schutz des freiheitsrechtlichen Kerngehaltes nach Art. 36 Abs. 4 BV.

b. Richterliche Zurückhaltung ^

[Rz 36] Vor allem bei gewissen Grundrechten – wie etwa der Wirtschaftsfreiheit, der Eigentumsgarantie und der Rechtsgleichheit – können sich so «political questions» stellen, bei welchen das Bundesgericht eine (u.U. grosse) Zurückhaltung pflegen muss. Die Gegner pflegen auf solche Beispiele aufmerksam zu machen, um von der Verfassungsgerichtsbarkeit abzuschrecken und den Teufel des politischen Richters an die Wand zu malen. Es stellt sich somit die berechtigte Frage, wie dieser *Vorrang des Politischen* zum Ausdruck gebracht werden kann, einmal um der Sache willen, aber auch, um diesbezügliche Ängste abzubauen. Der Bundesrat hatte in seinem Entwurf zur Justizreform 99 vorgeschlagen, das Bundesgericht könne entscheiden, inwieweit das Bundesgesetz anzuwenden ist. Dieser Weg scheint mir der angemessene zu sein. Das Gericht muss die Möglichkeit besitzen, eine konflikt- und situationsspezifische Anordnung zu treffen. Die Verfassungsgerichtsbarkeit stösst hier an funktionelle Grenzen gegenüber dem Gesetzgeber. Das Gericht hat eine Abwägung vorzunehmen, namentlich zwischen den zu schützenden Grundrechtsinteressen einerseits und der zu wahrenden Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers anderseits. Oft wird es sich in heiklen Fällen auf ein Appellurteil beschränken und den Gesetzgeber auffordern, eine verfassungsmässige Lösung zu beschliessen, ohne ihm vorzuschreiben, wie diese auszusehen hat. Interessanterweise liegt dieser Weg u.U. gar nicht so weit weg von der heutigen Verpflichtung des Bundesgerichts (die aber leider nicht konstante Praxis geworden ist), gestützt auf Art. 190 BV eine allfällige Verfassungswidrigkeit festzustellen, allenfalls verbunden mit einem Hinweis an den Gesetzgeber zur Korrektur, das Gesetz aber trotzdem anzuwenden.[38] In der ständerätlichen Debatte zur Justizreform 1999 hatte Bundesrat Koller sogar ausgeführt, mit dieser flexiblen Lösung sei es auch denkbar, die sog. Schubert-Praxis[39] weiterzuführen und das bewusste Abweichen des Gesetzgebers von einer völkerrechtlichen Regelung zu beachten.

[Rz 37] Die bundesgerichtliche *Praxis zu kantonalen Gesetzen* belegt, dass der kantonalen Politik oft und zu Recht ein Vorrang eingeräumt wurde, so bei der Frage des unterschiedlichen Rentenalters von Mann und Frau, bei rechtsungleichen Feuerwehrersatzabgaben sowie beim Verhältnis der Besteuerung von Ehegatten und Konkubinatspaaren. In all diesen Fällen wurde bloss die ungleiche

Behandlung als Verfassungsverstoss gerügt, doch die Behebung des Mangels (also das gemeinsame Rentenalter oder die Art der Besteuerung) der Politik überlassen. Diese Beispiele zeigen anschaulich auf, wie schief das Bild «des letzten Wortes» ist.

7. Schlussbemerkungen ^

[Rz 38] Mit einem *moderaten und massgeschneiderten* Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene soll nach der hier vertretenen Auffassung nicht die (abstrakte) Aufhebung von Bundesgesetzen, sondern nur deren *Nichtanwendung im konkreten Einzelfall* ermöglicht werden, und dies nur bei einer Verletzung von *konstitutiven Grundwerten* der Bundesverfassung. Ausschliesslich das *Bundesgericht und allenfalls das Bundesverwaltungsgericht,* nicht aber kantonale Organe der Rechtsanwendung sollen hierzu befugt sein. Nach meinem Dafürhalten geht es in erster Linie um den Ausbau des *individuellen Rechtsschutzes* sowie des *Schutzes der kantonalen Autonomie* vor dem Hintergrund einer veränderten politischen Bedeutung des Bundesrechts und des internationalen Menschenrechtsschutzes, nicht um die Durchsetzung des Vorrangs der Bundesverfassung insgesamt. Dabei sollen dem Gericht situative Möglichkeiten offenstehen, wie es einer festgestellten Verfassungswidrigkeit begegnen will und kann. Meine Vorschläge decken sich insofern mit dem Vorschlag des Bundesrates im Rahmen der Justizreform 1999.

[Rz 39] Gestärkt werden soll also die Situation des «mündigen Bürgers» in seiner *Doppelrolle als politischer Teilnehmer und als Träger von Freiheitsrechten.* Und aufgewertet werden soll der Schutz der kantonalen Selbständigkeit im Rahmen unseres Föderalismus. Die politischen Meinungsträger wären gut beraten, statt abstrakt von einem Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit zu sprechen, den Fokus auf den *Schutz von Freiheit, Demokratie und Föderalismus* zu legen.

René Rhinow, Prof. Dr. iur., ist emeritierter Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht (UNI Basel), war Ständerat des Kantons Basel-Landschaft 1987–1999 und ist seit 2001 Präsident des Schweizerischen Roten Kreuzes.

Ich danke meinen Freunden Prof. Dr. Dr. h.c. Jörg Paul Müller, Hinterkappelen, und PD Dr. Peter Uebersax, Cheseaux, für weiterführende Diskussionen und Anregungen zur Thematik dieses Aufsatzes.

---

[1] Parlamentarische Initiativen von *NR Heiner Studer* vom 7. Oktober 2005 und *NR Vreni Müller-Hemmi* vom 5. Oktober 2007. Die Rechtskommission des Nationalrates verabschiedete am 17. Februar 2011 einen Bericht und Vorentwurf zur Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit, der in der zweiten Februarhälfte in ein breites Vernehmlassungsverfahren geschickt wurde. Der Vorschlag sieht eine Aufhebung von Art. 190 BV vor – eine Lösung, die mir nicht zweckmässig erscheint, wie sich aus den nachfolgenden Darlegungen ergibt.

[2] Dabei nehme ich auch Gedanken wieder auf, die ich im kurzen Exposé «Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit» im Sammelband «Von der Provokation zum Irrtum. Menschenrechte und Demokratie nach dem Minarett-Bauverbot», hrsg. von Andreas Gross, Fredi Kreis, Martin Schaffner und Martin Stohler, St. Ursanne 2010, 270 ff., ausgebreitet habe. Zur jüngsten Diskussion über die Verfassungsgerichtsbarkeit vgl. die schriftlichen Referate am Schweizerischen Juristentag 2010 von Maya Hertig Randall, L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle: défis et perspectives, und von Hansjörg Seiler, Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Verfassungsrecht, Richterrecht und Politik, in: ZSR Bd 129 (2010) II, H. 2, 221 ff. und 381 ff.

[3] Mit Einschränkungen bei den von der Bundesversammlung gewährleisteten Kantonsverfassungen, vgl. etwa René Rhinow/Markus Schefer, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Auflage Basel 2009, Rz 913 ff., 925.

[4] Sofern eine allfällige Verfassungswidrigkeit in einer Verordnungen nicht durch ein Bundesgesetz gedeckt wird; vgl. etwa BGE 131 II 162, 165. Giovanni Biaggini, Abstrakte und konkrete Normenkontrolle, in: ius.full 3/4/06, 164 ff.,174 macht mit Recht darauf aufmerksam, dass Art. 190 BV nichts darüber aussagt, welche Instanzen neben dem Bundesgericht befugt sind, Verordnungen des Bundesrates im Anwendungsfall zu überprüfen.

[5] Gegenwärtig erscheint die Praxis des Bundesgerichts allerdings nicht als konsistent. Die zweite zivilrechtliche Abteilung scheint an der alten Schubertpraxis festzuhalten (vgl. BGE 136 III 168 ff., 173). Diese besagt, dass das Bundesgesetz dann, wenn es im klaren Wissen um die Völkerrechtswidrigkeit erlassen worden ist, dem Völkerrecht vorgehen soll (BGE 99 Ib 39). Einen Vorbehalt zur Schubert-Praxis konnte man allerdings in der Rechtsprechung des Bundesgerichts seit dem PKK-Urteil (BGE 125 II 417, 425) dann finden, wenn es sich beim verletzten Völkerrecht um internationale menschenrechtliche Garantien handelt. Nun geht die zweite öffentlichrechtliche Abteilung zum gleichen Zeitpunkt wie die zweite zivilrechtliche (25. resp. 26. Januar 2010) nach wie vor davon aus, dass das internationale Recht grundsätzlich dem Landesrecht vorgeht, sogar ausserhalb des Menschenrechtsschutzes, «de sorte qu'une disposition légale de droit interne contraire ne peut trouver d'application» (BGE 136 II 255).

[6] Interessanterweise wird die Bindung an die Bundesverfassung in Art. 190 BV nicht erwähnt, sondern als selbstverständlich vorausgesetzt.

[7] Für den Ständerat vgl. AB SR Separatdruck 1998, 196 ff.

[8] Siehe den Bericht des Bundesrates «Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht» vom 5. März 2010, BBl 2010 2263 ff.; Parlamentarische Initiative Vischer «Gültigkeit von Volksinitiativen». Der Bundesrat hat einen Zusatzbericht zu über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht angekündigt, der noch nicht erschienen ist (Stand anfangs März 2011).

[9] Vgl. dazu den Bericht des Bundesrates «Stärkung der präventiven Rechtskontrolle», vom 5. März 2010, BBl 2010 2387 ff. (im Folgenden zit. «Stärkung»). Hier wird die Funktionsweise der präventiven Kontrolle in den verschiedenen Rechtsetzungsverfahren und Rechtsetzungsphasen auf Bundesebene in ihren Stärken und Schwächen einlässlich dargestellt.

[10] Auf die Problematik der Schaffung eines speziellen Verfassungsgerichts gehe ich nicht ein. Sie dürfte bei den Diskussionen um die Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit keine Rolle spielen. Ebenfalls nicht näher behandelt wird die weitere, vor allem für den Fall einer integralen Verfassungsgerichtsbarkeit und bei einer abstrakten Normenkontrolle wichtige Frage, wer zur Verfassungsbeschwerde befugt sein soll.

[11] Vgl. dazu unten Ziff. 5 Bst. b.

[12] Jörg Paul Müller, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: VVDStRL 39/1981, 53 ff.

[13] Zur Bedeutung und Entwicklung der verfassungsmässigen Rechte vgl. Jörg Paul Müller, Geschichtliche Grundlagen, Zielsetzung und Funktionen der Grundrechte, in: HGR VII/2 § 202, RN 18 ff.; Alexander Misic, Verfassungsbeschwerde. Das Bundesgericht und der subsidiäre Schutz verfassungsmässiger Rechte (Art. 113 – 119 BGG), Diss. Zürich, Zürich Basel Genf 2011, 267 ff.

[14] Art. 164 Abs. 1 Bst. b («Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte») und 189 Abs. 1 Bst. d («kantonale verfassungsmässige Rechte») BV. Der Begriff der verfassungsmässigen Rechte war schon in der ersten BV von 1848 enthalten. Die BV 1999 hielt in ihrer ersten Fassung in Art. 188 Abs. 1 Bst. a noch fest, dass das Bundesgericht Beschwerden wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte beurteile. Diese Bestimmung ging mit der Justizreform 2005 unter, weil sie in der allgemeineren Fassung von Art. 189 Abs. 1 Bst. a BV (Verletzung von Bundesrecht) aufging.

[15] Art. 116 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht; vgl. dazu Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/ Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, 2. vollständig überarbeitete Auflage, Basel 2010, 2110 ff. und Misic (Fn 13). Interessanterweise ist dieser Begriff im Rahmen der Einführung der subsidiären Verfassungsbeschwerde wieder aufgenommen worden, ohne dessen Tragweite näher abzuklären.

[16] Vgl. etwa Rhinow/Schefer (Fn 3), Rz 1004 ff. und Misic (Fn 13) mit weiteren Hinweisen. Zu den verfassungsmässigen Rechten zählten auch Grundsätze wie die Gewaltenteilung, die derogatorische Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV), die Gemeindeautonomie (Art. 50 Abs. 1 BV) oder das Verbot der Doppelbesteuerung (Art. 127 Abs. 3 BV).

[17] Die Rechtskommission (Fn 1) schlägt vor, Art. 190 BV vollständig aufzuheben. Damit steht sie auf dem Boden einer integralen Normenkontrolle. Doch wird auf diese Weise gleichzeitig die Massgeblichkeit von Völkerrecht (gegenüber Bundesgesetzen und der Bundesverfassung) sowie die Gleichstellung von Völkerrecht und Bundesgesetzen aufgehoben, was nicht gerechtfertigt erscheint. Vor allem setzt sich der Kommissionsbericht nicht mit den Konsequenzen dieser Streichung auseinander. Der blosse Verweis, dass dann Normkonflikte zwischen dem Völkerrecht und der Bundesverfassung «nur noch» nach Art. 5 Abs. 4 BV zu beurteilen sind, trägt nichts zur Erhellung bei. Diese Bestimmung richtet sich als rechtsstaatlicher Grundsatz (so die Überschrift von Art. 5 BV) an Bund und Kantone allgemein und nicht als zwingende Verpflichtung an die rechtsanwendenden Behörden.

[18] Keine Argumente gegen die Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit stellen das Erfordernis einer verfassungskonformen Auslegung der Bundesgesetze und die vom Bundesgericht zuweilen verwendeten fragwürdigen Methoden dar, um eine Verfassungswidrigkeit zu vermeiden (vgl. dazu René Rhinow, Überprüfung der Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen durch das Bundesgericht: Ja oder Nein, in: Verfassungsgerichtsbarkeit, Schriftenreihe SAV, Band 3, Zürich 1988, 37 ff.; weitere Hinweise bei Giovanni Biaggini, Kommentar BV, Zürich 2007, Art. 190 N 15; derselbe (Fn 4), 172, 176.

[19] Vgl. z.B. Rhinow/Schefer (Fn 3), Rz 2863, 3643; BGE 125 II 417, 133 II 450 mit Hinweisen. Zur aktuellen

Lage vgl. vorne Fn 5.

[20] Die Eigentumsgarantie könnte freilich durch eine Ratifikation des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK in die Reihe der auch gegenüber dem Bundesgesetzgeber geschützten Grundrechte aufgenommen werden.

[21] Vgl. Rhinow/Schefer (Fn 3), Rz 2059 ff.

[22] Zuweilen ist immer noch das Argument zu hören, diese Einseitigkeit des Rechtschutzes sei damit zu legitimieren, als es um die Durchsetzung des Bundesrechts in den Kantonen gehe. Das stimmt in historischer Sicht zweifellos, lässt sich aber nach dem Föderalismusverständnis, wie es der BV 1999 zugrunde liegt, nicht mehr rechtfertigen.

[23] Der Vorschlag des Bundesrates, der vom Parlament abgelehnt wurde, sah vor, das Bundesgericht auf staatsrechtliche Klage eines Kantons hin entscheiden zu lassen, ob ein Bundesgesetz verfassungsmässige Kompetenzen der Kantone missachte; BBl 2002, 2291 ff., 2464 ff.

[24] Allerdings sollen nur die Kantone, nicht aber Private im direkten Prozess eine allfällige Verletzung der Kompetenzordnung der Bundesverfassung durch den Bundesgesetzgeber rügen können. Im Rahmen einer akzessorischen Überprüfung steht hingegen die Rüge einer Verletzung verfassungsmässiger Rechte und der kantonalen Autonomie durch den Bundesgesetzgeber auch dem Privaten zu.

[25] Vgl. zur Problematik Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser (Fn 15), Rz. 438 ff., mit weiteren Verweisen auf die Literatur.

[26] Vorbehalten bleiben allerdings die in der EMRK verbürgten Garantien, insb. Art. 5 und 6 EMRK.

[27] Eine abstrakte Normenkontrolle mag allerdings sinnvoll sein, wenn es um die Verletzung der kantonalen Autonomie geht und (nur) die Kantone dies in einem Klageverfahren (nur) vor Bundesgericht geltend machen können. Vgl. schon Rene Rhinow (Fn 18), 42.

[28] Die Vorlage der Rechtskommission (vgl. Fn 1) schlägt vor, das diffuse System auch bei einer Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit beizubehalten. Doch bedauerlicherweise setzt sich die Vorlage kaum mit den Gründen auseinander, die für ein konzentriertes System sprechen.

[29] Zu prüfen ist, ob nicht auch das Bundesverwaltungsgericht zur vorfrageweisen Kontrolle zuständig sein muss.

[30] Giovanni Biaggini (Fn 4), 173.

[31] So aber die Rechtskommission (Fn 1), die zudem geltend macht, das Vorlageverfahren könne in der Schweiz nicht an eine Tradition anknüpfen. Richtig ist, dass die mit der Totalrevision der Bundesrechtspflege erreichte Verfahrensvereinfachung für einen kleinen Teilbereich rückgängig gemacht würde.

[32] Vgl. dazu einlässlich und überzeugend Giusep Nay, Demokratie und Rechtsstaat – Eckpfeiler unseres Verfassungsstaates, in: Erprobt und entwicklungsfähig. Zehn Jahre neue Bundesverfassung, hrsg. von Georg Kreis, Zürich 2009, 165 ff.

[33] Vgl. nachstehend Ziff. 3.

[34] Völlig verfehlt erscheint die gegenteilige Ansicht, wie sie zuweilen im Parlament vertreten wird, Art. 190 BV eröffne eine besondere gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit; vgl. Stärkung (Fn 9), 2224.

[35] Stärkung (Fn 9), 2223.

[36] Nach der Lehre kann dieser Schluss schon aufgrund des geltenden Art. 190 BV gezogen werden; vgl. dazu Rhinow/Schefer (Fn 3); Biaggini, BV (Fn 18), N 14 mit Hinweis auf die Literatur).

[37] So schon Rene Rhinow (Fn 18), 43.

[38] Vgl. der Hinweis auf einzelne Beispiele für eine höchstrichterliche Kritik von Bundesgesetzen bei Biaggini (Fn 18), N 13.

[39] Vgl. dazu die Hinweise vorne bei Fn 5.

Rechtsgebiet(e):	Grundrechte; Übriges Verfassungsrecht; Staatsorganisation und Behörden
Kategorie:	Beiträge
Erschienen in:	Jusletter 14. März 2011
Zitiervorschlag:	René Rhinow, Zum Schutz von Freiheit, Demokratie und Föderalismus: Ein Plädoyer für einen massvollen Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Jusletter 14. März 2011 [Rz]