

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 129 (2010)

Heft: 2

Artikel: Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Verfassungsrecht, Richterrecht und Politik

Autor: Seiler, Hansjörg

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896393>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 09.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Verfassungsrecht, Richterrecht und Politik

HANSJÖRG SEILER^{*}

^{*} Prof. Dr. iur., Bundesrichter.

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkungen	387
A. Ausgangslage	388
I. Kurzer historischer Überblick	388
1. Alte Bundesverfassung von 1874	388
2. Revision der Bundesverfassung und Justizreform	390
a) Entwurf der Expertenkommission Furgler	390
b) Bundesverfassung 1999	390
c) Justizreform	391
d) Weitere Vorschläge	393
II. Heutiger Stand der Verfassungsgerichtsbarkeit	394
1. Gerichtlich anfechtbare Akte	394
2. Nicht anfechtbare Akte	396
3. Ausnahmen von der inzidenten Normenkontrolle	397
III. Aktuelle Strömungen	399
1. Lehre	399
2. Rechtsprechung	400
3. Politik	403
B. Deskriptiver Teil: Auswirkungen	403
I. Fragestellung und Vorgehen	403
1. Fragestellung	403
2. Vorgehen	404
II. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns und Grundrechte	406
1. Verhältnismässigkeit (ausserhalb von Grundrechten; Art. 5 Abs. 2 BV)	406
2. Menschenwürde (Art. 7 BV)	406
3. Rechtsgleichheit (Art. 8 BV)	407
a) Allgemeine Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV)	407
b) Grundsätze der Besteuerung (Art. 127 Abs. 2 BV)	409
c) Rechtsgleichheit im übrigen Abgaberecht	412
d) Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip	413
e) Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV)	413
f) Gleichheit der Geschlechter (Art. 8 Abs. 3 BV)	414
4. Willkürverbot und Treu und Glauben (Art. 9 BV)	415
5. Recht auf Leben und persönliche Freiheit (Art. 10 BV)	416
6. Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV)	416
7. Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV)	417
8. Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV)	418
9. Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV)	419
10. Schutz vor Ausweisung (Art. 25 BV)	419
11. Eigentumsgarantie (Art. 26 BV)	420
12. Wirtschaftsfreiheit (Art. 27, 94, 95 BV)	421
a) Einschränkungen/Abweichungen	421
b) Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden	422
13. Prozessuale Grundrechte (Art. 29–32 BV)	423
a) Faires Verfahren (Art. 29 Abs. 1 und Art. 32 BV)	423
b) Rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV)	424
14. Allgemeine Grundrechtsaspekte	425
a) Schutzpflicht	425

b) Leistungspflichten	426
c) Drittwirkung (Art. 35 Abs. 3 BV)	426
d) Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV)	426
III. Politische Rechte	427
1. Schutz der politischen Rechte (Art. 34 Abs. 1 BV)	427
2. Freie Willensbildung und unverfälschte Stimmabgabe (Art. 34 Abs. 2 BV)	427
a) Einheit der Materie	427
b) Einheit der Form	428
c) Erfolgswertgleichheit	429
d) Behördliche Intervention in den Abstimmungskampf	429
IV. Kompetenzaufteilung Bund/Kantone	430
1. Polizei, öffentliche Sicherheit	430
2. Steuern und Abgaben	431
3. Sonstiges	431
V. Organisationsrechtliche Bestimmungen	432
1. Gewaltenteilung im Allgemeinen	432
2. Legalitätsprinzip/Gesetzesdelegation	433
a) Im Allgemeinen	433
b) Legalitätsprinzip im Abgaberecht	435
3. Unabhängigkeit der Justiz (Art. 191 c BV)	437
4. Verfahrensbestimmungen für das Gesetzgebungsverfahren	438
5. Weitere Verfassungsbestimmungen	438
a) Moorschutz (Art. 78 BV)	438
b) Alpenquerender Transitverkehr (Art. 84 BV)	439
c) Berufliche Vorsorge (Art. 113 BV)	439
d) Gentechnologie (Art. 120 BV)	439
e) Staatshaftung (Art. 146 BV)	439
VI. Ergebnisse	440
C. Normativer Teil: Wünschbarkeit einer Ausweitung der Verfassungsgerichtsbarkeit	442
I. Die hauptsächlichen Argumente für die Verfassungsgerichtsbarkeit	442
II. Konkretisierungsbedürftigkeit der Verfassung als Grundproblem der Verfassungsgerichtsbarkeit	445
1. Die Verfassungsgerichtsbarkeit als Teil der allgemeinen Rechtsprechung?	445
2. Besonderheiten der Verfassungsgerichtsbarkeit	445
a) Qualifizierte Unbestimmtheit vieler Verfassungsnormen	445
b) Insbesondere: Zielnormen	446
c) Insbesondere: Grundrechte	447
d) Verfassungsgerichtsbarkeit als Korrektur des Gesetzgebers	455
e) Verfassungsrichterrecht als Recht von Verfassungsrang	456
3. Quintessenz für die Frage der Verfassungsgerichtsbarkeit	456
a) Verfassungsrecht als Richterrecht	456
b) Das richterliche Vorverständnis	458
c) Die Frage nach der Verfassungsgerichtsbarkeit als Frage nach der Stellung des Richterrechts	459
d) Konsequenzen für die Fragestellung	460

III. Diskussion der einzelnen Argumente	462
1. Normenhierarchie	462
2. Völkerrecht	463
a) Im Allgemeinen	463
b) Internationaler Grundrechtsschutz, insbesondere EMRK	465
c) Exkurs: Völkerrecht oder Völker-Richterrecht?	466
3. Gewaltenteilung	467
a) Staatstheoretisch	467
b) Staatsrechtlich	469
c) Unabhängigkeit der Justiz	471
4. Demokratie/Volkssouveränität	473
a) Ideelle Grundlagen	473
b) Diskussion in der Schweiz	475
c) Akte von Bundesversammlung und Bundesrat	475
d) Normenkontrolle über Bundesgesetze	476
e) Klar verfassungswidrige Gesetze	478
f) Verfassungsgerichtsbarkeit zur Respektierung von Volksinitiativen?	479
g) Verfassungsgerichtsbarkeit zum Schutz des demokratischen Verfahrens und der Delegationsregeln?	480
h) Verfassungsrichterrecht entsprechend dem demokratischen Konsens oder bei demokratischer Indifferenz	482
i) Verfassungsrichterrecht zur Lückenfüllung	483
j) Verfassungsrichterrecht gegen den demokratischen Entscheid	484
5. Föderalismus	486
6. Rechtsstaat	488
a) Government by law and not by men	488
b) Rechtsgleichheit/Rechtssicherheit	489
c) Rechtsstaat als Suche nach dem «richtigen Recht»	492
d) Überpositivismus und Verfassungsgerichtsbarkeit	494
e) Insbesondere Minderheitenschutz	496
f) Verfassungsgerichtsbarkeit oder Super-Verfassungsgerichtsbarkeit?	499
7. Funktionale Eignung	501
a) Funktionale Eignung als Zuweisungskriterium	501
b) Juristische Methode	502
c) Rationalität	504
d) Abwägung	506
IV. Quintessenz	508
1. Verfassungsgerichtsbarkeit oder richterliche Verfassungsfortbildung?	508
2. Notwendigkeit einer Verfassungsgerichtsbarkeit?	509
3. Wünschbarkeit und Gefahren einer richterlichen Verfassungsfortbildung	510
a) Wünschbarkeit	510
b) Bedrohung des Legalitätsprinzips	512
c) Politisierung der Justiz	512
d) Ideologisierung des Verfassungsrechts	514

e) Kontrolle der Verfassungsgerichtsbarkeit und Unabhängigkeit der Justiz	515
D. Was wäre zu regeln bei einer Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit? .	518
I. Grundfrage: Rolle des Richterrechts	518
II. Umfang und Ausmass der Überprüfung	519
1. Überprüfbare Hoheitsakte	519
2. Überprüfungsmassstab	520
3. Verhältnis zum Völkerrecht	523
III. Überprüfungsstadium	524
1. Akte von Bundesversammlung und Bundesrat	524
2. Normenkontrolle	525
a) Bundesgesetze	525
b) Völkerrechtliche Verträge	526
IV. Zuständigkeit	527
1. zentral/dezentral	527
a) Akte von Bundesversammlung und Bundesrat	527
b) Normenkontrolle	527
2. Institutionelles	528
a) Besonderes Verfassungsgericht?	528
b) Auswirkungen auf das Bundesgericht	529
V. Verfahrensfragen	530
1. Legitimation	530
2. Rügeprinzip	531
3. Kognition/Quorum	532
4. Folgen einer festgestellten Verfassungswidrigkeit	533
a) Im Allgemeinen	533
b) Korrektur durch den Verfassungsgeber	534
E. Thesen	535

Vorbemerkungen

Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist seit Jahrzehnten ein Dauerbrenner der schweizerischen Rechtswissenschaft und wurde mehrmals an schweizerischen Juristentagen bereits behandelt.¹ Mit der revidierten Bundesverfassung und der Justizreform schien die Frage vom Tisch zu sein. Sie ist aber mit den parlamentarischen Initiativen 05.455 Studer und 07.476 Müller-Hemmi² politisch wieder aktuell geworden; Grund genug, das Thema auch juristisch wieder aufzunehmen.

«Tout a été écrit»³ wurde dazu schon gesagt. Bahnbrechende neue Erkenntnisse sind in der Tat nicht zu erwarten und Ziel des Referats ist nicht, alles früher Gesagte vollständig wiederzugeben. Aber vielleicht können aufgrund neuer Rechtsentwicklungen einige Aspekte in ein neues Licht gestellt werden. Und manches, was in Vergessenheit zu gehen droht, verdient, wieder einmal gesagt zu werden.

Nach schöner Tradition des Schweizerischen Juristenvereins werden zu jedem Thema jeweils zwei Referate erstellt. Der Sinn dieser Tradition liegt vermutlich darin, dass sich die beiden Referate nicht duplizieren, sondern ergänzen und Kontrapunkte setzen. Die beiden Referierenden haben sich in diesem Sinn abgesprochen. Beide Referate enthalten einen deskriptiv-analytischen und einen normativ-rechtspolitischen Teil. Im deskriptiv analytischen Teil behandelt das Referat Seiler schwergewichtig die schweizerische Rechtslage und Rechtsprechung, das Referat Hertig eher die völkerrechtliche und rechtsvergleichende Seite. Normativ-rechtspolitisch vertritt das Referat Seiler eine gegenüber der Verfassungsgerichtsbarkeit eher kritische Optik, das Referat Hertig eine mehr befürwortende.

Normativ-rechtspolitische Aussagen hängen immer von Grundhaltungen ab. Der Schreibende zählt sich rechtsphilosophisch eher zur rechtspositivistischen Richtung.⁴ Er ist deshalb (auch) in Bezug auf das Staatsorganisationsrecht nicht der Meinung, dass es Lösungen gibt, die ein für allemal und überall richtig sind. Jeder Staat hat seine Struktur, Tradition, Mentalität und sein informelles Verfassungsrecht; die Frage der Verfassungsgerichtsbarkeit ist in dieses Gesamtbild einzubetten. Das spricht nicht gegen befruchtende rechtsvergleichende Betrachtungen, wohl aber gegen eine unkritische Übernahme anderer Lösungen. So dann hat der Referent während mehrerer Jahre interdisziplinäre Forschungsprojekte geleitet und dabei neben der Innensicht auch eine Aussensicht auf die Rechtswissenschaft gewonnen, die für diese nicht immer nur schmeichelhaft

1 1890 mit dem Vortrag von GUSTAV VOGT; 1934 die Referate von FRITZ FLEINER und WILLIAM E. RAPPARD; 1950 die Referate von HANS NEF und Bundesrichter ANDRÉ PANCHAUD.

2 Vgl. näher hinten A.III.3.

3 PAYCHÈRE, S. 183.

4 Ich erlaube mir, zur Begründung dieser Position näher auf meinen Beitrag «Der Rechtspositivismus als adäquate Theorie des liberalen und demokratischen Staates» (in: Paul Richli [Hrsg.], *Wo bleibt die Gerechtigkeit?*, Zürich 2005, S. 23–37) zu verweisen.

ist. Umso mehr ist er überzeugt, dass die Frage der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht allein auf rechtswissenschaftlicher Grundlage beantwortet werden kann.

Und zu guter Letzt und selbstverständlich: Es werden hier ausschliesslich persönliche Meinungen vertreten, die in keiner Weise für das Bundesgericht repräsentativ oder massgebend sind.

A. Ausgangslage

I. Kurzer historischer Überblick

1. *Alte Bundesverfassung von 1874*

Gemäss Art. 113 Abs. 1 der Bundesverfassung von 1874 (aBV) urteilte das Bundesgericht unter anderem über Kompetenzkonflikte zwischen Bundesbehörden einerseits und Kantonalbehörden andererseits sowie über Beschwerden betreffend Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger.

Kompetenzkonflikte zwischen Bundes- und Kantonsbehörden wurden mit dem Instrument der staatsrechtlichen Klage beurteilt.⁵ Die Entscheidung über Kompetenzkonflikte zwischen Bundesbehörden lag demgegenüber gemäss Art. 85 Ziff. 13 aBV in der Zuständigkeit der Bundesversammlung, nicht des Bundesgerichts.

Die Verletzung verfassungsmässiger Rechte Privater konnte mit der staatsrechtlichen Beschwerde gerügt werden.⁶

Gemäss Art. 113 Abs. 3 aBV waren in all diesen Fällen (d.h. sowohl im Verfahren der staatsrechtlichen Klage als auch der staatsrechtlichen Beschwerde) die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemeinverbindlichen Beschlüsse sowie die von ihr genehmigten Staatsverträge für das Bundesgericht massgebend.

Zudem war – obwohl die Verfassung dies nicht ausdrücklich sagte – die staatsrechtliche Beschwerde nur möglich gegen *kantonale* Rechtsakte,⁷ worunter sowohl Entscheide als auch Erlasse (mit abstrakter oder inzidenter Normenkontrolle) verstanden wurden.

Gegen Rechtsakte der *Bundesbehörden* war – abgesehen von der staatsrechtlichen Klage – anfänglich nur in einigen Ausnahmefällen überhaupt ein Rechtsmittel an das Bundesgericht zulässig,⁸ so dass auch Verfassungsverletzungen

5 Art. 56 OG 1874 (AS I 36); Art. 175 OG 1893 (AS XIII 455); Art. 83 aOG.

6 Art. 59 OG 1874; Art. 178 OG 1893; Art. 84 ff. aOG.

7 Art. 56 Abs. 2 OG 1874; Art. 178 Ziff. 1 OG 1893; Art. 84 aOG. Die Verfassungsmässigkeit dieser Einschränkung wurde von der herrschenden Lehre bejaht (a.M. PANCHAUD, S. 61 a f., 85 a f.); zum Ganzen SEILER, Gewaltenteilung, S. 461 f.

8 Beschwerden gegen Entscheide eidgenössischer Behörden in gewissen Enteignungs- und Eisenbahnangelegenheiten, Art. 180 OG 1893.

durch Bundesbehörden grundsätzlich keiner gerichtlichen Kontrolle unterstanden. Mit dem 1914 angenommenen Art. 114^{bis} aBV wurde die Grundlage gelegt für die Verwaltungsgerichtsbarkeit über Akte des Bundes. Allerdings wurden zunächst nur bestimmte, im Gesetz abschliessend aufgezählte Entscheide eidgenössischer Behörden der bundesgerichtlichen Kontrolle unterstellt.⁹ Mit der Revision des OG von 1968 wurde diese Aufzählung ersetzt durch eine Generalklausel, die jedoch zahlreiche Ausnahmen kannte.¹⁰ Im Unterschied zur staatsrechtlichen Beschwerde war eine abstrakte Normenkontrolle gegen eidgenössische Erlasse nicht möglich; die Verwaltungsgerichtsbeschwerde war nur zulässig gegen Verfügungen. Ausserdem war sie nur möglich gegen Verfügungen der Departemente und der untergeordneten Verwaltungsstellen, aber nur in wenigen Ausnahmefällen gegen Entscheide des Bundesrates.¹¹ Gegen Entscheide der Bundesversammlung war in keinem Fall eine Beschwerde an das Bundesgericht möglich.

Soweit die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig war, überprüfte das Bundesgericht die angefochtenen Akte auf jede Rechtsverletzung hin, mit Einschluss von Verfassungsverletzungen. Allerdings enthielt Art. 114^{bis} Abs. 3 aBV¹² einen inhaltlich gleichlautenden¹³ Vorbehalt wie Art. 113 Abs. 3: Bundesgesetze und Staatsverträge waren auch im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit für das Bundesgericht verbindlich, während aber Bundesratsverordnungen inzident auf ihre Verfassungs- und Gesetzmässigkeit überprüfbar waren.¹⁴

Eine Volksinitiative, welche verlangte, dass das Bundesgericht im Falle von Beschwerden wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte auch die Bundesgesetze (mit Ausnahme der in einer Volksabstimmung angenommenen) überprüfen könne,¹⁵ wurde in der Volksabstimmung vom 22. Januar 1939 deutlich verworfen.¹⁶ Auch verschiedene parlamentarische Vorstösse, die eine Neufassung von Art. 113 Abs. 3 und Art. 114^{bis} Abs. 3 aBV anstrebten, scheiterten.¹⁷

Fokussierte sich somit die Verfassungsgerichtsbarkeit nach dem Wortlaut der Verfassung auf das Bundesgericht, so war doch immer selbstverständlich, dass auch unterinstanzliche Gerichte im Rahmen der Rechtsanwendung auch die Verfassung anzuwenden hatten und insoweit im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeit zumindest auf Antrag hin verpflichtet waren, die von ihnen ange-

9 Art. 4 ff. des Bundesgesetzes vom 11.6.1928 über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege (AS 44 779); Art. 97 ff. aOG.

10 Art. 99–102 aOG in der Fassung von 1968.

11 Art. 98 aOG, in der Fassung von 1968.

12 Dieser Absatz war im Entwurf des Bundesrates noch nicht vorgesehen gewesen, wurde aber von der Bundesversammlung eingefügt (Zur Entstehungsgeschichte s. SCHERRER, S. 38 ff.)

13 HALLER, Kommentar (a)BV, Rz. 110 zu Art. 114^{bis}.

14 PANCHAUD, S. 58a ff.

15 BBl 1937 III 5; AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 67; HALLER, Ausbau, S. 502.

16 SCHERRER, S. 49 f.

17 Darstellung bei SCHERRER, S. 51 f.

wendeten Normen auf ihre Verfassungsmässigkeit hin zu überprüfen,¹⁸ freilich ebenfalls eingeschränkt durch Art. 113 Abs. 3 und Art. 114^{bis} Abs. 3 aBV: Wenn Bundesgesetze und Staatsverträge für das Bundesgericht massgebend waren, so galt dies umso mehr für die unteren Gerichte und alle anderen rechtsanwendenden Behörden.¹⁹

2. *Revision der Bundesverfassung und Justizreform*

Im Rahmen der Arbeiten zur Totalrevision der Bundesverfassung wurde das Thema der Verfassungsgerichtsbarkeit wiederholt aufgegriffen.

a) *Entwurf der Expertenkommission Furgler*

Die Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung schlug in ihrem Verfassungsentwurf von 1977 eine Ausweitung der Verfassungsgerichtsbarkeit vor: Einerseits sollten auch Beschlüsse und Entscheide der Bundesversammlung und des Bundesrates grundsätzlich beim Bundesgericht anfechtbar sein, ausser wenn das Bundesgesetz eine Ausnahme vorsah.²⁰ Andererseits sollte die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes (nicht aber des internationalen Rechts) im Falle seiner Anwendung (nicht aber im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle) geltend gemacht werden können.²¹ Während die erste Ausweitung in der Kommission offenbar unbestritten war,²² gab es in Bezug auf den zweiten Punkt einen Minderheitsvorschlag, der die geltende Regelung beibehalten wollte.²³

Der Verfassungsentwurf scheiterte aus verschiedenen Gründen, wobei die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht im Zentrum des Interesses stand.²⁴

b) *Bundesverfassung 1999*

Die Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung²⁵ sah ein paketweises Vorgehen vor: Es sollte – entsprechend dem Beschluss der Bundesversammlung vom 3. Juni 1987 – zunächst die Bundesverfassung mit bloss punktuellen inhaltlichen Änderungen nachgeführt werden. In zwei weiteren Vorlagen waren eine Reform der Volksrechte und eine Reform der Justiz vorgesehen.²⁶

18 BGE 127 I 185 E. 2, m.H.; HALLER, Kommentar (a)BV, Rz. 153 f. zu Art. 113.

19 AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 71; HALLER, Kommentar (a)BV, Rz. 148 zu Art. 113.

20 Art. 109 Abs. 2 lit c E-Expertenkommission; vgl. Bericht der Expertenkommission, S. 183.

21 Art. 109 Abs. 2 lit. a und Abs. 3 E-Expertenkommission; vgl. Bericht der Expertenkommission, S. 178 ff.

22 HALLER, Ausbau, S. 525 f.

23 Art. 109 Abs. 2 lit. a E-Expertenkommission, Variante. Vgl. Bericht der Expertenkommission, S. 179; SCHERRER, S. 52 ff.

24 Vgl. Botschaft neue Bundesverfassung, S. 26 f.

25 BBl 1997 I 1; zit. Botschaft neue Bundesverfassung.

26 Botschaft neue Bundesverfassung, S. 28 ff.

Der Entwurf für die nachgeführte Bundesverfassung übernahm im Sinne der Nachführung mehr oder weniger die Umschreibung der staatsrechtlichen Zuständigkeiten des Bundesgerichts von Art. 113 Abs. 1 aBV mit der gleichen Einschränkung wie bisher in Art. 113 Abs. 3 bzw. Art. 114^{bis} Abs. 3 aBV,²⁷ wobei jedoch nicht nur die von der Bundesversammlung genehmigten Staatsverträge, sondern das Völkerrecht generell massgebend sein sollte.²⁸

Diese Bestimmungen wurden in der Bundesversammlung diskussionslos gutgeheissen²⁹ und als Art. 189 und 191 der Bundesverfassung in der Volksabstimmung vom 18. April 1999 angenommen.

aArt. 189 Abs. 1 BV enthielt keine Einschränkung in Bezug auf die anfechtbaren Akte. Nach Abs. 2 konnte das Gesetz bestimmte Fälle anderen Bundesbehörden zur Entscheidung zuweisen. Nach der Botschaft sollten derartige Einschränkungen von begrenzter Tragweite bleiben; der Gesetzgeber dürfte nicht jegliche Beschwerdemöglichkeit auf Bundesebene nach Erschöpfung des kantonalen Instanzenzugs abschneiden.³⁰

Zur Anfechtbarkeit von Akten des Bundesrates und der Bundesversammlung enthielt die Verfassung keine ausdrückliche Regelung. Der Verfassungsschutz gegen solche Akte wurde auch in der Botschaft nicht diskutiert. Solange das OG unverändert blieb, waren sie weiterhin nicht anfechtbar.³¹

Nach wie vor blieb die Bundesversammlung gemäss Art. 173 Abs. 1 lit. i BV zuständig für den Entscheid über Zuständigkeitskonflikte zwischen den obersten Bundesbehörden.³²

c) *Justizreform*

Eine Justizreform war zunächst unabhängig von der Revision der Bundesverfassung seit längerem diskutiert worden.³³ 1993 wurde eine Expertenkommission eingesetzt, die 1995 einen Zwischenbericht vorlegte,³⁴ dessen Ergebnisse in den Entwurf für die Justizreform auf Verfassungsebene mündeten.³⁵

Der Entwurf sah zunächst in Art. 189 Abs. 1 BV ausdrücklich die Verletzung von eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die politischen Rechte

27 Vgl. Botschaft neue Bundesverfassung, S. 428 f.

28 Dazu SCHERRER, S. 72 f.

29 Amtl. Bull. 1998 N 117 f., S 146.

30 Botschaft neue Bundesverfassung, S. 424 f.

31 Mit der staatsrechtlichen Beschwerde nicht, da sich diese nur gegen kantonale Akte richtete (Art. 84 aOG), mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht, da diese nur gegen Entscheide der in Art. 98 aOG genannten Vorinstanzen zulässig war, wozu die Bundesversammlung und der Bundesrat (mit Ausnahme von lit. a und a^{bis}) nicht gehörten.

32 Freilich subsidiär zu abweichenden gesetzlichen Regelungen über die Bewältigung von Kompetenzkonflikten, Botschaft neue Bundesverfassung, S. 401.

33 S. Darstellung z.B. bei RASELLI, Justizreform, 420 ff.

34 Zwischenbericht Bundesrechtspflege der Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege an das EJPd, März 1995 (zit. Zwischenbericht Bundesrechtspflege).

35 Botschaft neue Bundesverfassung, S. 487 ff.

als Rügegrund vor, um den Rechtsschutz im Bereich der politischen Rechte des Bundes zu verbessern.³⁶

Obwohl der Entwurf neu eine gerichtliche Rechtsschutzgarantie vorsah, um Lücken im Rechtsschutz zu schliessen,³⁷ schloss er umgekehrt ausdrücklich die Anfechtbarkeit von Akten der Bundesversammlung und des Bundesrates aus,³⁸ was auch für Beschlüsse im Zusammenhang mit Volksrechten gelten sollte³⁹ und mit Argumenten der Gewaltentrennung begründet wurde.⁴⁰

Demgegenüber sah der Entwurf entsprechend dem Vorschlag der Expertenkommission⁴¹ eine Ausdehnung der Normenkontrolle in zweierlei Hinsicht vor:⁴²

- Einerseits sollte das Bundesgericht im Zusammenhang mit einem Anwendungsakt prüfen können, ob ein Bundesgesetz oder ein allgemeinverbindlicher Bundesbeschluss gegen verfassungsmässige Rechte oder gegen Völkerrecht verstösst.
- Andererseits sollte das Bundesgericht auf Begehren eines Kantons im Zusammenhang mit einem Anwendungsakt prüfen können, ob ein Bundesgesetz oder ein allgemeinverbindlicher Bundesbeschluss die verfassungsmässig gewährleisteten Zuständigkeiten der Kantone verletzt.

Das Bundesgericht sollte dabei entscheiden, inwieweit das Bundesgesetz oder der allgemeinverbindliche Bundesbeschluss anzuwenden ist. Im Übrigen sollte weder das Bundesgericht noch eine andere Behörde einem Bundesgesetz, einem allgemeinverbindlichen Bundesbeschluss oder Völkerrecht die Anwendung versagen können.

Die Bundesversammlung übernahm als Art. 189 Abs. 4 den Ausschluss der Anfechtbarkeit von Akten des Bundesrates und der Bundesversammlung, fügte allerdings hinzu, dass das Gesetz Ausnahmen bestimmt.⁴³

Demgegenüber lehnte die Bundesversammlung die Erweiterung der Normenkontrolle auf Bundesgesetze nach einer langwierigen Differenzbereinigung ab und übernahm den bisherigen Art. 191 unverändert als neuen Art. 190.⁴⁴

36 Art. 177 Abs. 1 lit. f des Entwurfs; Botschaft neue Bundesverfassung, S. 504, 530.

37 Botschaft neue Bundesverfassung, S. 490, 502 f.

38 Art. 177 Abs. 4 des Entwurfs.

39 Botschaft neue Bundesverfassung, S. 504, 530 f.

40 Botschaft neue Bundesverfassung, S. 524, 532.

41 Zwischenbericht Bundesrechtspflege, S. 47 f.; SCHERRER, S. 60 ff.

42 Art. 178 E-Bundesbeschluss über die Reform der Justiz; SCHERRER, S. 62 f.

43 Amtl. Bull. 1998 S 258, N 1463 ff., S 1017 f., 1999 N 1011, 1021. Vgl. BGE 129 II 193 E. 4.2.1.

44 Der Ständerat hatte zunächst am 5.3.1998 mit 19:14 die Ausdehnung der Normenkontrolle befürwortet (Amtl. Bull. 1998 S 258 ff., 267). Der Nationalrat lehnte sie am 25.6.1998 deutlich mit 87:39 ab (Amtl. Bull. 1998 N 1465 ff. 1472). In der Differenzbereinigung hielt der Ständerat am 1.10.1998 mit 26:11 an seiner Version fest (Amtl. Bull. 1998 S 1018 ff., 1022). Der Nationalrat stimmte am 9.6.1999 zunächst im Rahmen einer Kompromisslösung mit 95:56 zu (Amtl. Bull. 1999 N 1011 ff., 1021). Der Ständerat stimmte erneut der Normenkontrolle am 30. August 1999 mit 23:15 (Amtl. Bull. 1999 S 606 f.). Da andere Punkte des Kompromisspakets aber nicht

Das Paket Justizreform wurde in der Bundesversammlung am 8. Oktober 1999 verabschiedet und in der Volksabstimmung vom 12. März 2000 angenommen.

Es wurde zusammen mit dem neuen Bundesgerichtsgesetz auf den 1. Januar 2007 in Kraft gesetzt. Damit wurde die bisherige staatsrechtliche Beschwerde ersetzt durch drei Varianten der Einheitsbeschwerde (in Zivil- und Strafsachen und in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten). Mit diesen kann die Verletzung von Bundesrecht überprüft werden, mithin auch der Bundesverfassung. Anders als bei der alten staatsrechtlichen Beschwerde ist der Schutz der Verfassung somit nicht auf die verfassungsmässigen Rechte beschränkt.

Für die Beurteilung von Kompetenzkonflikten zwischen Bundesbehörden und kantonalen Behörden steht subsidiär die Klage vor Bundesgericht zur Verfügung.⁴⁵ Nicht angetastet wurde durch die Justizreform die Bestimmung, wonach Kompetenzkonflikte zwischen Bundesbehörden durch die Bundesversammlung entschieden werden.⁴⁶

d) Weitere Vorschläge

Am Tag der Verabschiedung der Justizreform in der Bundesversammlung reichte Nationalrat Zwygart eine parlamentarische Initiative ein, welche den ursprünglichen Vorschlag des Bundesrates wieder zur Diskussion stellte. Der Nationalrat gab ihr mit Beschluss vom 2. Oktober 2000 keine Folge.⁴⁷

Im Paket der Reform der Volksrechte hatte der Bundesrat vorgesehen, dass die Bundesversammlung, wenn sie die Zulässigkeit einer Volksinitiative bezweifelte, das Bundesgericht anruft; dessen Entscheid sollte die Bundesversammlung binden.⁴⁸ Das ganze Paket Reform der Volksrechte und damit auch dieser Vorschlag scheiterten am Nichteintretensentscheid der Bundesversammlung.⁴⁹ Hingegen wurde im Zusammenhang mit der Allgemeinen Volksinitiative⁵⁰ dem Bundesgericht die Zuständigkeit aufgegeben, Beschwerden wegen Missachtung von Inhalt und Zweck der allgemeinen Volksinitiative durch die Bundesversammlung zu beurteilen.⁵¹ Diese Beschwerdemöglichkeit wurde wie

bereinigt werden konnten, beschloss der Nationalrat am 6. Oktober 1999 mit 105:55, die Normenkontrolle zu streichen (Amtl. Bull. 1999 N 2048 ff., 2051). Dem stimmten schliesslich am 7. Oktober 1999 auf Antrag der Einigungskonferenz der Ständerat (Amtl. Bull. 1999 S 979 f.) wie der Nationalrat (Amtl. Bull. 1999 N 2130) zu. Zur Entstehungsgeschichte s. auch AU-BERT/MAHON, N 6 zu Art. 190; SCHERRER, S. 63 ff.; SCHUBARTH, Bedeutung, S. 171; ZIMMERLI, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 448 ff.

45 Art. 120 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 BGG.

46 Art. 173 Abs. 1 lit. i BV.

47 Amtl. Bull. 2000 N 1089 ff.

48 Art. 177a des Entwurfs Reform der Volksrechte; vgl. Botschaft neue Bundesverfassung S. 482 ff.

49 Amtl. Bull. N 1999 1021 ff., S 1999 609 f.; TORNAY, S. 137 f.

50 Art. 139a BV in der Fassung vom 9.2.2003

51 Art. 189 Abs. 1^{bis} BV in der Fassung vom 9.2.2003.

das ganze Instrument der allgemeinen Volksinitiative nie umgesetzt und zusammen mit dieser in der Volksabstimmung vom 27. September 2009 wieder aufgehoben.⁵²

Im Zusammenhang mit der Neugestaltung des Finanzausgleichs schlug der Bundesrat eine Ergänzung von Art. 189 Abs. 2 BV vor: Das Bundesgericht sollte im Rahmen von Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen auch die Verletzung verfassungsmässiger Kompetenzen der Kantone durch ein Bundesgesetz beurteilen können.⁵³ Damit sollte als *lex specialis* gegenüber Art. 190 BV in diesem Teilbereich das Bundesgericht die Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen überprüfen können.⁵⁴ Die Bundesversammlung lehnte diese teilweise Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit aber ab.⁵⁵

II. Heutiger Stand der Verfassungsgerichtsbarkeit

Im Ergebnis besteht also eine Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz in folgendem Rahmen:

1. Gerichtlich anfechtbare Akte

Entscheide kantonalen Behörden sind in jedem Fall gerichtlich überprüfbar. In der Regel muss bereits auf kantonaler Ebene eine gerichtliche Überprüfung stattfinden.⁵⁶ Der kantonale letztinstanzliche Entscheid ist jedenfalls beim Bundesgericht anfechtbar, meistens mit der ordentlichen Beschwerde,⁵⁷ allenfalls mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde.⁵⁸

Kantonale Erlasse aller Stufen (mit Ausnahme der Verfassungsstufe⁵⁹) sind auf dem Weg der abstrakten Normenkontrolle anfechtbar, eventuell bei einem kantonalen Verfassungsgericht, jedenfalls aber beim Bundesgericht.⁶⁰ Dasselbe gilt für interkantonale Erlasse.⁶¹

Im Zusammenhang mit *kantonalen Wahlen und Abstimmungen* sind alle Entscheide und gegebenenfalls auch Realakte kantonalen Behörden zunächst auf kantonaler Ebene und anschliessend beim Bundesgericht anfechtbar.⁶²

52 AS 2009 6409.

53 BBl 2002 2291.

54 BBl 2002 2464 ff.

55 Amtl. Bull 2002 S 880 f., 2003 N 1184 ff.

56 Art. 29a BV; Art. 75 Abs. 2, Art. 80 Abs. 2, Art. 86 Abs. 2 und Art. 114 BGG.

57 Art. 82 lit. a BGG.

58 Art. 113 BGG.

59 S. hinten A.II.2.

60 Art. 82 lit. b BGG.

61 Urteil 2C_561/2007 vom 6.11.2008 (ZBl 110/2009 S. 571) E. 1.1.1.

62 Art. 82 lit. c BGG.

Das Bundesgericht überprüft sodann auf dem Wege der Klage *Kompetenzkonflikte zwischen Bundesbehörden und kantonalen Behörden*⁶³ und schützt in diesem Rahmen (in den Schranken von Art. 190 BV, hinten Ziff. 3) auch die verfassungsmässige Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen. Dabei sind nur der Bund und die Kantone klagelegitimiert⁶⁴ und es können nur die Kompetenzkonfliktfragen beurteilt werden, nicht allfällige andere Verfassungswidrigkeiten.⁶⁵

Entscheide eidgenössischer Behörden unterliegen in der Regel (Ausnahmen s. hinten Ziff. 2) einer gerichtlichen Überprüfung durch das Bundesverwaltungsgericht oder das Bundesstrafgericht; deren Entscheide ist meistens beim Bundesgericht anfechtbar.⁶⁶

Im Zusammenhang mit *eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen* ist eine Beschwerde an die Kantonsregierung zulässig wegen Verletzung des Stimmrechts und wegen Unregelmässigkeiten bei Abstimmungen und bei Vorbereitung und Durchführung von Nationalratswahlen.⁶⁷ Gegen diese Beschwerdeentscheide ist die Beschwerde an das Bundesgericht zulässig,⁶⁸ ebenso gegen bestimmte Verfügungen der Bundeskanzlei.⁶⁹

Im Rahmen jeder gerichtlichen Rechtsanwendung ist die Verfassung anzuwenden und sind deshalb auch die zu beurteilenden Rechtsakte auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung hin zu überprüfen. Desgleichen sind unter Vorbehalt der Ausnahmen gemäss Ziff. 3 auch die anzuwendenden (kantonalen oder eidgenössischen) Rechtsnormen inzident auf ihre Verfassungsmässigkeit hin überprüfbar. Diese Prüfung obliegt im Rahmen seiner Zuständigkeit jedem Gericht (diffuse Verfassungsgerichtsbarkeit),⁷⁰ letztinstanzlich dem Bundesgericht (ausnahmsweise dem Bundesverwaltungsgericht, wo dessen Entscheide nicht beim Bundesgericht anfechtbar sind⁷¹), normalerweise im Rahmen der Einheitsbeschwerde. Dabei kann jede Verletzung der Bundesverfassung beurteilt werden,⁷² nicht bloss die Verletzung verfassungsmässiger Rechte. Diese Einschränkung spielt nur noch eine Rolle im Rahmen der Beschwerde ans Bundesgericht

63 Art. 120 BGG.

64 HALLER, St. Galler BV-Kommentar, N 47 zu Art. 189; WALDMANN, Basler Kommentar zum BGG, N 22 zu Art. 120; BGE 117 Ia 202 E. 1 c (Private können allenfalls als weitere Beteiligte einbezogen werden, a.a.O. E. 1 d). Zu Ausnahmen von dieser Regel s. Urteil 1P.19/1999 vom 10.11.1999 E. 1.

65 BGE 130 I 156 E. 1.1, 117 Ia 221 E. 1b.

66 Art. 80 Abs. 1 und Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG. Ausnahmen: Art. 83–85 BGG.

67 Art. 77 BPR.

68 Art. 80 Abs. 1 BPR.

69 Art. 80 Abs. 2 und 3 BPR.

70 BGE 127 I 185 E. 2 S. 187 f.

71 Art. 83–85 BGG.

72 Art. 189 Abs. 1 lit. a BV; Art. 95 lit. a BGG.

gegen vorsorgliche Massnahmen⁷³ und der wenig bedeutenden subsidiären Verfassungsbeschwerde.⁷⁴

2. Nicht anfechtbare Akte

Gemäss Art. 189 Abs. 4 BV sind – mit wenigen Ausnahmen⁷⁵ – die Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates nicht anfechtbar und damit auch nicht (abstrakt) gerichtlich auf ihre Verfassungskonformität hin überprüfbar.

Bei rechtsetzenden Akten (Verordnungen der Bundesversammlung und des Bundesrates) ist freilich eine inzidente Überprüfung möglich.⁷⁶ Hingegen können nicht rechtsetzende Akte (Bundesbeschlüsse,⁷⁷ Bundesratsbeschlüsse, Wahlen) auch inzident im Rahmen anderer Verfahren jedenfalls im Grundsatz nicht gerichtlich überprüft werden.⁷⁸ Das betrifft etwa Finanzbeschlüsse, aber auch z.B. die Beschlüsse von Bundesrat und Bundesversammlung betreffend den Bau von Nationalstrassen⁷⁹ oder Eisenbahnen⁸⁰ oder den Entscheid des Bundesrates über die Konzessionierung einer Spielbank.⁸¹

Auch im Zusammenhang mit *eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen* können Entscheide der Bundesversammlung und des Bundesrates nicht gerichtlich angefochten werden, also namentlich nicht Entscheide der Bundesversammlung über die Unterstellung eines Aktes unter das Referendum oder die Gültigkeit einer Volksinitiative, ebenso wenig Entscheide des Bundesrates über die Anordnung von Abstimmungen.⁸² Auch das Verhalten von Bundesrat und Bundesversammlung im Vorfeld von Abstimmungen ist nicht gerichtlich überprüfbar.⁸³

73 Art. 98 BGG.

74 Art. 116 BGG.

75 Art. 33 lit. a und b VGG. Eine Ausnahme gilt auch dort, wo Art. 6 EMRK eine gerichtliche Überprüfung verlangt (BGE 125 II 417), nicht aber dort, wo nur eine Beschwerde nach Art. 13 EMRK verlangt ist (BGE 129 II 193 E. 4).

76 Vorne A.II.1; statt vieler BGE 134 V 443 E. 3.3, 131 II 735 E. 4.1

77 Art. 163 Abs. 2 BV. Dasselbe gilt, wenn sie gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. c BV dem Referendum unterstehen.

78 BGE 118 Ib 206 E. 8d, 119 Ib 458 E. 6a, 122 II 165 nicht publ. E. 6a. Unzutreffend AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, S. 657, wonach nicht rechtsetzende Bundesbeschlüsse gerichtlich überprüfbar seien, weil sie nicht unter Art. 190 BV fallen. Ähnlich SCHERRER, S. 107 ff., der die Frage ebenfalls nur unter dem Gesichtspunkt von Art. 190 BV, nicht von Art. 189 Abs. 4 BV prüft. Nach SÄGESSER, Bundesbehörden, S. 509 f. ist eine vorfrageweise Überprüfung zwar grundsätzlich möglich, bei nicht rechtsetzenden Akten aber «nicht vorstellbar».

79 BGE 122 II 165 nicht publ. E. 6, 119 Ib 458 E. 6a, 118 Ib 206 E. 8d, 117 Ib 285 E. 7c S. 298.

80 Erteilung der Konzession durch den Bundesrat (Art. 6 EBG); Beschluss der Bundesversammlung über Bau oder Erwerb von SBB-Strecken (Art. 4 Abs. 3 SBBG); Beschluss des Bundesrates über Stilllegung einer SBB-Strecke (Art. 4 Abs. 4 SBBG); vgl. dazu Urteil 2A.507/2003 vom 29.11.2004 (ZBl 106/2005 S. 483) E. 3.

81 Art. 16 SBG; dazu Urteil 2C_61/2008 vom 28.7.2008 E. 1.

82 SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, N 69 zu Art. 82; STEINMANN, Basler Kommentar zum BGG, N 95 zu Art. 82.

83 TORNAY, S. 47.

Weil die Kantonsverfassungen der Gewährleistung durch die Bundesversammlung unterliegen,⁸⁴ sind sie gemäss Rechtsprechung nicht abstrakt beim Bundesgericht anfechtbar.⁸⁵

Einige weitere Verfügungen von Bundesbehörden sind gestützt auf Art. 29a Satz 2 BV auf Gesetzesstufe von gerichtlicher Anfechtbarkeit ausgenommen worden.⁸⁶

Gemäss Art. 173 Abs. 1 lit. i BV entscheidet die Bundesversammlung abschliessend über *Kompetenzkonflikte* zwischen den obersten Bundesbehörden. Es gibt somit keine gerichtliche Kontrolle über die Einhaltung der verfassungsmässigen Aufteilung der Zuständigkeiten von Bundesversammlung und Bundesrat.

Eidgenössische Erlasse unterliegen nicht der abstrakten Normenkontrolle auf dem Weg der Beschwerde,⁸⁷ wohl aber (mit den Ausnahmen gemäss nachfolgender Ziff. 3) der inzidenten. Abstrakt können sie nur (mit den gleichen Ausnahmen) mit Kompetenzkonfliktklage angefochten werden.⁸⁸

3. Ausnahmen von der inzidenten Normenkontrolle

Gemäss Art. 190 BV sind für alle rechtsanwendenden Behörden mit Einschluss des Bundesgerichts *Bundesgesetze* und *Völkerrecht* massgebend.

Bundesgesetze sind die formellen Gesetze, d.h. Rechtsnormen, welche von der Bundesversammlung erlassen wurden und dem fakultativen Referendum unterstanden,⁸⁹ ebenso die dringlichen Bundesgesetze, deren Geltungsdauer ein Jahr nicht übersteigt und die deshalb dem Referendum entzogen sind,⁹⁰ ferner die altrechtlichen referendumpflichtigen allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse.⁹¹

Andere Erlasse des Bundes (Verordnungen der Bundesversammlung,⁹² des Bundesrates, der Departemente und Ämter) unterliegen der inzidenten Normenkontrolle. Auch selbständige Bundesratsverordnungen unterliegen der Überprüfung auf Verfassungskonformität,⁹³ auch wenn sie von der Bundesversammlung

84 Art. 51 Abs. 2 und Art. 172 Abs. 2 BV.

85 BGE 118 Ia 124 E. 3.

86 Art. 32 Abs. 1 VGG.

87 Art. 82 lit. b BGG e contrario.

88 Art. 189 Abs. 2 BV; Art. 120 Abs. 1 lit. a BGG. Vorne A.II.1. BGE 125 II 152 E. 1; SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, N 7 zu Art. 120; WALDMANN, Basler Kommentar zum BGG, N 11 zu Art. 120.

89 Art. 141 Abs. 1 lit. a und b und Art. 141a Abs. 2 BV sowie Art. 163 Abs. 1 BV.

90 Art. 141 Abs. 1 lit. b und Art. 159 Abs. 3 lit. a BV; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, S. 656 f.; KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 1170; SCHERRER, S. 83.

91 Art. 89 Abs. 2 aBV; SCHERRER, S. 81.

92 Art. 163 Abs. 1 BV.

93 BGE 125 II 326 E. 3a, 123 II 295 E. 3a, 123 IV 29 E. 2. Anders hinsichtlich der früheren Bundesratsbeschlüsse über die direkte Bundessteuer und die Warenumsatzsteuer, welche die Recht-

genehmigt wurden.⁹⁴ Eine Ausnahme gilt für unselbständige Verordnungen, soweit das Gesetz den Bundesrat ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen, mithin ein Abweichen von der Verfassung bereits in der Gesetzesvorschrift begründet ist. Die gerichtliche Überprüfung beschränkt sich in diesem Fall auf die Prüfung, ob die Verordnung den Rahmen der dem Bundesrat delegierten Kompetenzen sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist.⁹⁵ Eine analoge Einschränkung gilt für das kantonale Recht, soweit ein zwingender enger Zusammenhang mit dem Bundesgesetz besteht, dieses mithin den Kanton zu einer bestimmten Regelung zwingt.⁹⁶ Soweit die Kantone frei sind, eigene Gesetzgebungen zu schaffen, unterliegt das kantonale Recht uneingeschränkt der Verfassungsgerichtsbarkeit, selbst wenn es gleich lautet wie parallele Regelungen im Bundesrecht.⁹⁷

Völkerrecht: Hier hat die Reform der BV eine Änderung gebracht:⁹⁸ Nach Art. 113 Abs. 3 und Art. 114^{bis} Abs. 3 aBV waren nur die von der Bundesversammlung genehmigten Staatsverträge massgebend. Historische ratio legis dafür war – gleich wie hinsichtlich der Bundesgesetze – die Suprematie der Bundesversammlung über die Gerichte.⁹⁹ Im Ergebnis stimmt das mit dem Vorrang des Völkerrechts überein, soweit dieses aus von der Bundesversammlung genehmigten Staatsverträgen besteht.¹⁰⁰ Rechtsprechung¹⁰¹ und herrschende Lehre¹⁰² hatten jedoch unter Berufung auf Art. 26 VRK bzw. den Vorrang des Völkerrechts das Massgeblichkeitsgebot auf die nicht von der Bundesversammlung genehmigten Verträge erweitert. Im Rahmen der Reform der Bundesverfassung wurde demgemäss der Begriff der von der Bundesversammlung genehmigten Staatsverträge ersetzt durch den Ausdruck «Völkerrecht», was nebst den von der Bundesversammlung genehmigten auch die vom Bundesrat in alleiniger Kompetenz¹⁰³ oder von den Kantonen¹⁰⁴ abgeschlossenen Verträge um-

sprechung in Bezug auf ihre Überprüfbarkeit den Bundesgesetzen gleichgestellt hatte (BGE 117 Ib 367 E. 1a; ASA 68 S. 342 E. 2).

94 BGE 116 Ib 410 E. 3b; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, S. 657; SCHERRER, S. 118 ff.

95 BGE 131 II 735 E. 4.1, 128 II 34 E. 3b, 120 Ib 97 E. 3a S. 102.

96 BGE 135 V 172 E. 5, 132 I 68 E. 4.3.2 S. 79, 131 II 710 E. 5.4 S. 721, 130 I 26 E. 2.2, 126 I 1 E. 2 f S. 5.

97 BGE 136 I 87 E. 3.3 S. 93, 134 V 208 E. 3.5, 130 I 26 E. 2.2.2, 116 V 198 E. II/3c S. 217; 109 Ib 81 E. 4a S. 86.

98 HALLER, Bundesgericht, S. 100 f.; SCHERRER, S. 133.

99 BGE 117 Ib 367 E. 2e S. 372.

100 Zu regeln war nur die Frage der Kollision zwischen den zwei auf gleiche Stufe gestellten Normen des Bundesgesetzes und des Staatsvertrags, was das Bundesgericht grundsätzlich im Sinne des Vorrangs des Staatsvertrags beantwortete, unter Vorbehalt eines späteren bewussten staatsvertragswidrigen Gesetzes (sog. Schubert-Praxis, BGE 99 Ib 39).

101 BGE 120 Ib 360 E. 2; Urteil 2A.131/1998 vom 9.7.1998 E. 1a.

102 AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 75 f.; GRISEL, Hiérarchie, S. 382 f.; IMBODEN, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 265; KÄLIN, Staatsrechtliche Beschwerde, S. 31 f.; vgl. Zwischenbericht Bundesrechtspflege, S. 44, 48; a.M. HALLER, Kommentar (a)BV, Rz. 177 zu Art. 113.

103 Vgl. Art. 166 Abs. 2 BV.

104 Art. 56 BV.

fasst,¹⁰⁵ ebenso das Völkergewohnheitsrecht und die für die Schweiz verbindlichen Beschlüsse internationaler Organisationen bzw. das völkerrechtliche Sekundärrecht.¹⁰⁶

Gemäss der Praxis des Bundesgerichts sind zudem die *Kantonsverfassungen* nicht gerichtlich auf ihre Vereinbarkeit mit der Bundesverfassung hin überprüfbar, soweit sie durch die Bundesversammlung gewährleistet worden sind; überprüfbar sind sie somit nur in Bezug auf Bestimmungen der Bundesverfassung und der EMRK, die nach dem Gewährleistungsbeschluss der Bundesversammlung neu in Kraft getreten sind.¹⁰⁷

III. Aktuelle Strömungen

1. Lehre

Die mehrheitliche verfassungsrechtliche Lehre bedauert wie schon seit längerer Zeit¹⁰⁸ auch in der Gegenwart die Einschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit und postuliert rechtspolitisch deren Ausdehnung.¹⁰⁹

Allerdings fällt auf, dass sich die Diskussion hauptsächlich um die Massgeblichkeit der Bundesgesetze (Art. 190 BV) dreht, während die Nicht-Überprüfbarkeit der Akte von Bundesversammlung und Bundesrat (Art. 189 Abs. 4 BV) – abgesehen von denjenigen Fällen, in denen sich ein Konflikt mit der EMRK ergeben könnte – erstaunlicherweise wenig thematisiert wird,¹¹⁰ noch weniger die Massgeblichkeit völkerrechtlicher Verträge.

De constitutione lata werden verschiedene Vorschläge gemacht, um die Massgeblichkeit von Bundesgesetzen zu relativieren. So wird vorgeschlagen, Bundesgesetze auf ihre Vereinbarkeit mit Grundrechten der BV auch dann zu überprüfen, wenn die Verletzung von international garantierten Menschenrechten nicht ausdrücklich angerufen wird, das angerufene verfassungsmässige Recht aber mit einem solchen übereinstimmt.¹¹¹ Bisweilen wird Art. 36 Abs. 4

105 Botschaft neue Bundesverfassung, S. 428; HALLER, Bundesgericht, S. 101; MAHON, Droit constitutionnel, S. 201; RÜTSCHKE, Rechtsfolgen, S. 311. Bzgl. der kantonalen Verträge umstritten s. AUBERT/MAHON, N 11 zu Art. 190; SCHERRER, S. 157 ff.

106 BGE 133 II 450 E. 6.1 S. 460; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, S. 658; SCHERRER, S. 159 f.

107 BGE 131 I 85 E. 2.4 S. 89, 131 I 126 E. 3.1 S. 130, 121 I 138 E. 5c/aa S. 147.

108 Hinweise auf die ältere Lehre bei PANCHAUD, S. 39a ff.

109 AUER, Richter, S. 167 f.; AUER, Réforme, S. 49; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, S. 667; CAVELTI/BIRRI, S. 169 f.; FISCHBACHER, S. 117 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER, S. 626; HALLER, Bundesgericht, S. 126; HALLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 181 f.; HÄNER, Überprüfung, S. 503; HANGARTNER, St. Galler BV-Kommentar, N 3 zu Art. 190; HANGARTNER, Ausbau, S. 1022 f.; KÄLIN, Zugang, passim; NAY, Loi, S. 25 f.; NAY, Bundesgerichtsgesetz, S. 1474; PAYCHÈRE, passim; RASELLI, Justizreform, S. 426 ff.; RHINOW, Funktionen, S. 188; RHINOW, Überprüfung, S. 42 ff.; RHINOW/SCHEFER, S. 551; SCHERRER, S. 67; ZIMMERLI, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 448 ff.

110 Kritisch diesbezüglich HALLER, St. Galler BV-Kommentar, N 55–60 zu Art. 189.

111 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, S. 666.

BV als *lex specialis* zu Art. 190 BV betrachtet, so dass das Bundesgericht einem Bundesgesetz die Anwendung dann versagen könnte, wenn dieses den Kerngehalt eines Grundrechts oder zentrale Gerechtigkeitspostulate verletzt.¹¹²

Manchmal wird postuliert, dass das Bundesgericht zwar die verfassungswidrigen Gesetze anwenden müsse, aber jedenfalls auf Antrag hin trotzdem verpflichtet sei, sich über die Verfassungsmässigkeit zu äussern.¹¹³

Vereinzelte wird vorgeschlagen, dass Art. 190 BV dann nicht greife, wenn ein Gesetz eindeutig und offensichtlich verfassungswidrig ist, oder der Gesetzgeber bewusst gegen die Verfassung verstiesse,¹¹⁴ oder wenn eine verfassungsrechtliche Norm gebiete, eine bundesgesetzliche Bestimmung im Einzelfall nicht anzuwenden, weil das Gesetz bei verfassungskonformer Auslegung auf solche Fälle gar nicht anwendbar sein wolle.¹¹⁵

Demgegenüber postuliert Schubarth, der aus der Justizreform resultierende Entscheid, auf eine Ausdehnung der Normenkontrolle zu verzichten, sei zu respektieren, weil das für Verfassungsänderungen zuständige Organ diese Ausdehnung eben abgelehnt hat.¹¹⁶

2. *Rechtsprechung*

Das Bundesgericht führt auch unter der BV von 1999 die vorher unter Art. 113 Abs. 3 aBV ergangene Rechtsprechung zur Massgeblichkeit der Bundesgesetze weiter.¹¹⁷ Es erachtet sich in ständiger Rechtsprechung als an die Bundesgesetze gebunden.¹¹⁸ Manchmal betont es, es sei gestützt auf Art. 190 BV nicht befugt, die Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen zu überprüfen,¹¹⁹ oder verzichtet jedenfalls unter Hinweis auf Art. 190 BV auf eine solche Prüfung. Gelegentlich weist es die unter Berufung auf Lehrmeinungen vertretene Auffas-

112 KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 1180; RÜTSCHKE, Rechtsfolgen, S. 309 f.; SCHEFER, Kerngehalte, S. 323 f.; TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 153 Rz. 11; so bereits vor dem Inkrafttreten der neuen BV BIAGGINI, Verfassung, S. 446 Fn. 82, m.w.H.; KÄLIN, staatsrechtliche Beschwerde, S. 18 f.; Kritisch HALLER, Bundesgericht, S. 101.

113 AUER, Richter, S. 166; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, S. 662 f.; KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 1179 f. N 28; NAY, Loi, S. 25; NAY, Bundesgerichtsgesetz, S. 1474; RÜTSCHKE, Rechtsfolgen, S. 308; ZIMMERLI, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 447.

114 RÜTSCHKE, Rechtsfolgen, S. 310 ff.; SCHERRER, S. 240 ff.

115 HANGARTNER, BV-Kommentar, N 36 zu Art. 190; ähnlich AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, S. 667 f.

116 SCHUBARTH, Bedeutung, S. 171. Er interpretiert das Ergebnis der Debatte in der Justizreform so, dass die Anhänger der Verfassungsgerichtsbarkeit befürchteten, bei einer separaten Volksabstimmung zu diesem Thema zu unterliegen, weshalb sie die Verfassungsgerichtsbarkeit in einem Gesamtpaket durchbringen wollten.

117 BGE 128 IV 201 E. 1.2, 126 IV 236 E. 4b S. 248; Urteil K 108/99 vom 21.2.2000 (RKUV KV Nr. 118) E. 2a.

118 Statt vieler: BGE 134 II 249 E. 2.3, 131 II 710 E. 5.4 S. 721, 735 E. 4.1.

119 BGE 133 II 305 E. 5.2, 132 II 234 E. 2.2, 131 II 562 E. 3.2.

sung zurück, das Bundesgericht sei aufgrund der neuen BV befugt, Bundesgesetze auf ihre Verfassungsmässigkeit hin zu überprüfen.¹²⁰

Bisweilen führt es aber auch aus, es handle sich bei Art. 190 BV um ein Anwendungsgebot und kein Prüfungsverbot.¹²¹ Es könne sich deshalb rechtfertigen, die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes zu prüfen, was aber nichts an seiner Anwendung ändere, sondern nur eine Einladung an den Gesetzgeber sei, die fragliche Bestimmung zu revidieren. Ob sich eine solche Prüfung rechtfertige, hänge von den Umständen des Einzelfalles ab und davon, ob ein genügendes allgemeines Interesse an der Feststellung einer allfälligen Verfassungswidrigkeit bestehe.¹²²

Manchmal begründet das Bundesgericht trotz der Massgeblichkeit, weshalb ein Gesetz nicht verfassungswidrig sei. Bisweilen lässt es durchblicken, dass es eine Regelung wohl als verfassungswidrig oder verfassungsrechtlich problematisch erachtet, lässt aber die Frage unter Hinweis auf Art. 190 BV offen.¹²³ Manchmal stellt es aber auch ausdrücklich die Verfassungswidrigkeit fest, erklärt sich aber als aufgrund von Art. 190 BV trotzdem gebunden.¹²⁴

Die in der Lehre vertretenen Vorschläge zur Relativierung des Anwendungsgebots werden jedenfalls nicht ausdrücklich aufgenommen. Auch der Kerngehaltsvorbehalt hat kaum praktische Bedeutung, weil der in der Theorie oft diskutierte unantastbare Kerngehalt der Grundrechte in der Rechtsrealität eine geringe Rolle spielt.¹²⁵ Er wird allenfalls herangezogen zur Beurteilung der Konkretisierung unbestimmter gesetzlicher Begriffe.¹²⁶ Dass ein Gesetz den Kerngehalt eines Grundrechts verletzt, ist kaum ersichtlich.¹²⁷

Art. 190 BV schliesst eine verfassungskonforme Auslegung von Bundesgesetzen nicht aus: Von mehreren möglichen Auslegungsergebnissen ist dasjenige vorzuziehen, das (am ehesten) mit der Verfassung vereinbar ist.¹²⁸ Generell ist die Auslegung nicht auf den Wortlaut fixiert: Vom Wortlaut des Gesetzes kann abgewichen werden, wo dies zu einem systemwidrigen oder krass unvernünfti-

120 BGE 128 II 112 E. 9b S. 124 f.

121 BGE 129 II 249 E. 5.4 S. 263.

122 BGE 136 I 65 E. 3.2 S. 70 f.; Urteil 2C_62/2008 vom 25.9.2009 (StE 2010 A 21.16 Nr. 12) E. 3.1.

123 Z.B. BGE 129 II 249 E. 5.5.

124 Z.B. BE 131 II 271 E. 7.4 (betr. Art. 32e USG), 697 E. 4 und 5 (bzgl. Art. 11 StHG).

125 Ebenso HALLER, Bundesgericht, S. 101.

126 BGE 132 III 359 E. 4.3.2 S. 371: Abtreibungsobliegenheit zwecks Schadenminderung wird als Eingriff in den Kerngehalt der persönlichen Freiheit beurteilt.

127 Im Bereich von Art. 12 BV (Recht auf Nothilfe) hat das Bundesgericht angenommen, dass Schutzbereich und Kerngehalt zusammenfallen, so dass eine Einschränkung nicht zulässig sei (BGE 131 I 166 E. 5.3). Freilich fällt eine Person, die objektiv in der Lage ist, sich aus eigener Kraft die für das Überleben unverzichtbaren Mittel zu beschaffen, gar nicht unter den Schutzbereich von Art. 12 BV (BGE 135 I 119 E. 7.4, 134 I 65 E. 3.1).

128 BGE 135 I 161 E. 2.3, 134 I 105 E. 6–8, 131 II 697 E. 4.1 S. 703, 131 III 623 E. 2.4.4 S. 630, 130 II 65 E. 4.2 S. 71.

gen Ergebnis führen würde¹²⁹ oder wenn eine Ungleichbehandlung oder sonstige problematische Regelung auf ein gesetzgeberisches Versehen zurückzuführen ist.¹³⁰

Eine offensichtlich unbefriedigende gesetzliche Regelung kann zudem u.U. auf dem Wege der Lückenfüllung ergänzt werden, wo der Gesetzgeber sich offenkundig über gewisse Tatsachen geirrt hat oder sich die Verhältnisse seit Erlass des Gesetzes in einem solchen Masse gewandelt haben, dass dieses in qualifiziertem Masse nicht mehr befriedigt.¹³¹

Auch andere Rechtsfiguren können unter Umständen dazu führen, dass in stossenden Einzelfällen vom Gesetz abgewichen wird, so das Rechtsmissbrauchsverbot,¹³² der öffentlich-rechtliche Vertrauensschutz oder das Verbot des überspitzten Formalismus. So hat die Rechtsprechung z.B. gesetzliche Verwirkungs- oder Verjährungsfristen verlängert, wenn der Private seinen Anspruch infolge eines Fehlverhaltens der Behörde nicht innert Frist geltend gemacht hat.¹³³

Ergibt jedoch die Auslegung eines Bundesgesetzes eine eindeutige Antwort, so ist diese massgebend; davon darf nicht mit der Begründung abgewichen werden, das Gesetz sei verfassungswidrig.¹³⁴ Auch im Rahmen eines konkreten Rechtsanwendungsaktes und der dabei vorzunehmenden Überprüfung darf die bundesgesetzliche Norm als solche nicht mehr in Frage gestellt werden; zudem muss auch eine umfassende Interessenabwägung den spezifischen Normgehalt des Bundesgesetzes beachten.¹³⁵

Ebenso betrachtet sich das Bundesgericht gemäss Art. 190 BV als an das Völkerrecht gebunden,¹³⁶ auch wenn dieses verfassungswidrig ist.¹³⁷ Wenn sich mehrere völkerrechtliche Regeln widersprechen, haben primär das zwingende Völkerrecht¹³⁸ und sekundär die Verpflichtungen aus der UNO-Charta Vorrang.¹³⁹ Diese gehen auch den Verpflichtungen aus völkerrechtlichen Menschenrechtskonventionen vor,¹⁴⁰ da diese nicht zum zwingenden Völkerrecht gehören.¹⁴¹ Im Übrigen wird aber die Verfassungsmässigkeit von völkerrechtlichen Verträgen nicht überprüft.¹⁴²

129 Z.B. BGE 135 V 382 E. 11.4.

130 Z.B. BGE 134 V 131 (zu Art. 22 UVG).

131 BGE 133 III 257 E. 2.4, 126 V 153 E. 5b.

132 KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 1180.

133 BGE 123 II 241 E. 3 betr. Verwirkungsfrist für die Entschädigungsansprüche gemäss OHG; Urteil 9C_339/2009 vom 1.2.2010, E. 3 und 4, betreffend Verjährungsfristen für Rentenzahlungen.

134 BGE 134 II 249 E. 2.3, 133 II 305 E. 5.2, 133 III 257 E. 2.4 S. 265, 131 II 697 E. 4.1 S. 703.

135 BGE 113 Ia 444 E. 4a (bzgl. Art. 15 RPG).

136 BGE 133 II 450 E. 6 S. 460, 131 V 390 E. 5.2; Urteil 2A.783/2006 vom 23.1.2008 E. 7.1.

137 Urteil 2A.783/2006 vom 23.1.2008 E. 8.4.

138 BGE 133 II 450 E. 7.

139 Art. 103 UNO-Charta; BGE 133 II 450 E. 6.2.

140 Urteil 2A.783/2006 vom 23.1.2008 E. 7.3.

141 Urteil 2A.783/2006 vom 23.1.2008 E. 8.

142 BGE 136 V 33 E. 4.3.1 S. 38 f.

Hingegen hat der Vorrang des Völkerrechts zur Folge, dass unter Vorbehalt der Schubert-Praxis¹⁴³ auch Bundesgesetze nicht anwendbar sind, wenn sie gegen unmittelbar anwendbares Völkerrecht verstossen,¹⁴⁴ namentlich auch gegen die EMRK.¹⁴⁵ Insoweit ist die Tragweite von Art. 190 BV eingeschränkt, ebenfalls diejenige von Art. 189 Abs. 4 BV: Soweit das Völkerrecht eine gerichtliche Überprüfung eines Entscheids verlangt, sind entgegen dieser Verfassungsbestimmung auch Entscheide des Bundesrates gerichtlich anfechtbar.¹⁴⁶

3. *Politik*

Nationalrat Studer reichte am 7. Oktober 2005 eine parlamentarische Initiative (05.445) ein, welche verlangte, die Bundesverfassung in dem Sinne zu ändern, wie dies der Bundesrat im Rahmen der Justizreform der Verfassung vorgeschlagen hatte.¹⁴⁷ Der Nationalrat beschloss am 28. April 2009, der Initiative Folge zu geben.¹⁴⁸ Die Ausführungsarbeiten dazu sind zur Zeit im Gange.

Am 5. Oktober 2007 reichte Nationalrätin Müller-Hemmi ebenfalls eine parlamentarische Initiative (07.476) ein, welche verlangte, Art. 190 BV so abzuändern, dass die rechtsanwendenden Behörden nicht gezwungen sein sollen, Bestimmungen eines Bundesgesetzes, die verfassungswidrig seien, anzuwenden. Die Rechtskommissionen beider Räte stimmten der Initiative zu.

B. Deskriptiver Teil: Auswirkungen

I. Fragestellung und Vorgehen

1. *Fragestellung*

Die juristische Diskussion über die Verfassungsgerichtsbarkeit wird meistens auf einer abstrakten Ebene geführt. Wenig thematisiert wird hingegen, wie sich die geltende Regelung konkret auswirkt und wie sich eine Änderung auswirken könnte oder würde.

143 BGE 99 Ib 39, 133 V 367 E. 11.1.1, zur Publikation vorgesehenes Urteil 5A_712/2009 vom 25. Januar 2010 E. 3.3.4; vgl. dazu auch Bericht des Bundesrates vom 5.3.2010 «Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht», BBl 2010 2263 ff., 2310 ff.

144 Zur Publikation vorgesehenes Urteil 2C_319/2009 vom 26. 1.2010 E. 16, 135 II 243 E. 3.1, 133 II 450 E. 6, 133 V 367 E. 11, 131 V 390 E. 5.2.

145 BGE 132 I 229 E. 6.1, 125 II 417 E. 4d; KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 1177 f.

146 BGE 134 V 443 E. 3.2, 125 II 417.

147 Vorne A.I.2.c.

148 Amtl. Bull. 2009 N 689 f.

In Lehre¹⁴⁹ und Politik¹⁵⁰ wird bisweilen konstatiert, verfassungswidrige Bundesgesetze seien selten. Der Bundesversammlung wird ein ehrliches Bestreben attestiert, verfassungsmässig zu legiferieren;¹⁵¹ bei den als verfassungswidrig gebrandmarkten Bestimmungen gehe es meistens um kontroverse Auslegungsfragen.¹⁵² Weiter wird konstatiert, das Bundesgericht übe seine Verfassungskontrolle gegenüber kantonalen Gesetzen ziemlich zurückhaltend aus und würde auch gegenüber Bundesgesetzen eine ähnliche Zurückhaltung ausüben. Es sei daher nicht anzunehmen, dass ein richterliches Prüfungsrecht über Bundesgesetze zu einer Verwischung der Grenzen zwischen gesetzgeberischer und richterlicher Verfassungskonkretisierung führen würde.¹⁵³

Normativ lässt dies gegensätzliche Folgerungen zu: Man könnte schliessen, dass angesichts der Seltenheit verfassungswidriger Gesetze kein grosses Bedürfnis nach Verfassungsgerichtsbarkeit bestehe, zumal die richterliche Zurückhaltung selten ein Bundesgesetz als verfassungswidrig beurteilen würde. Umgekehrt liesse sich unter den gleichen Prämissen argumentieren, die Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit würde auch nicht schaden.

Bevor auf die normative Bewertung eingegangen wird, drängt es sich auf, die beiden Thesen, es gebe nur wenige verfassungswidrige Bundesgesetze und das Bundesgericht sei bei seiner Kontrolle zurückhaltend, empirisch zu überprüfen.

Im Folgenden wird deshalb versucht, die Wirkung der Verfassungsgerichtsbarkeit bzw. ihres Fehlens empirisch zu erfassen. Die Fragestellung lautet: Wie wirkt sich das (teilweise) Fehlen der Verfassungsgerichtsbarkeit aus? Was könnte es für Konsequenzen haben, wenn dies geändert würde?

2. Vorgehen

Nachdem gegenüber kantonalen Hoheitsakten sowie (inzident) gegen Bundesverordnungen eine uneingeschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit besteht, liegt ein gutes Vergleichsmaterial vor, aus dem sich der Massstab der bundesgerichtlichen Prüfung ergibt. Aufgrund dieses Massstabs wird geprüft, welche der bis-

149 AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 83; GRISEL, Hiérarchie, S. 388; HALLER, Ausbau, S. 509; KÄLIN, Zugang, S. 305; KOLLER, Ausbau, S. 233; RHINOW, Überprüfung, S. 40; TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 151; kritischer HÄNER, Überprüfung, S. 502; HANGARTNER, St. Galler BV-Kommentar, N 3 zu Art. 190.

150 Botschaft neue Bundesverfassung, S. 506 f.; STEINEGGER, S. 51; Diskussion im Nationalrat über die Einführung einer Normenkontrolle, Amtl. Bull. 1998 N 1465, 1467.

151 Dazu trägt auch bei, dass die Verfassungsmässigkeit der Gesetzgebung im Vorverfahren geprüft wird, vgl. dazu den Bericht des Bundesrates vom 5.3.2010 über die Stärkung der präventiven Rechtskontrolle, BBl 2010 2187 ff.

152 AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 82 f.; HALLER, Ausbau, S. 509; MÜLLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 89; RHINOW, Überprüfung, S. 40.

153 MAHON, Droit constitutionnel, S. 201; NEF, S. 214a ff.; SCHINDLER, Prüfungsrecht, S. 307 f.; HALLER, Ausbau, S. 521. Botschaft neue Bundesverfassung, S. 507; ähnlich HÄNER, Überprüfung, S. 502.

her nicht der Verfassungsgerichtsbarkeit unterliegenden eidgenössischen Akte bei einer erweiterten Verfassungsgerichtsbarkeit als verfassungswidrig beurteilt werden könnten.

Im Rahmen des vorliegenden Referats konnten selbstverständlich nicht alle Bundesgesetze und alle Beschlüsse von Bundesversammlung und Bundesrat systematisch auf ihre Verfassungskonformität überprüft werden. Die Untersuchung beschränkt sich aus Gründen der Arbeitskapazität wie auch der Aktualität auf die letzten ca. zwei Jahrzehnte. Auch hier kann Vollständigkeit nicht erreicht werden. Dargestellt werden in erster Linie Bundesgesetze, bei denen sich das Bundesgericht veranlasst sah, auf Art. 190 BV bzw. dessen Vorgängerbestimmungen hinzuweisen; sodann Akte, bei denen der Bundesrat verfassungsrechtliche Bedenken anmeldete; schliesslich weitere Rechtsakte, deren Verfassungsmässigkeit bezweifelt werden könnte oder in der Lehre bezweifelt wird, wobei hier die Auswahl vom subjektiven Kenntnisstand des Autors abhängt.

Nicht berücksichtigt wird die Rechtsprechung zur EMRK. Denn da heute bereits das Bundesgericht die EMRK auch dann anwendet, wenn diese den Bundesgesetzen widerspricht, ergäbe sich insofern durch eine Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit keine Änderung. Die Praxis des Bundesgerichts zu denjenigen Grundrechten der Bundesverfassung, die mit Rechten der EMRK übereinstimmen, wird deshalb nur insoweit berücksichtigt, als sie weiter geht oder konkreter ist als diejenige des EGMR.

Nicht untersucht werden reine Rechtsanwendungsakte: Manche Gesetze sehen vor, dass unter gewissen, relativ offen formulierten Voraussetzungen bestimmte Grundrechtseingriffe zulässig seien. In solchen Fällen wird dann allenfalls ein Einzelfallentscheid als verfassungswidrig beurteilt, weil er auf einer ungenügenden Abwägung oder rechtsfehlerhaften Gewichtung der Interessen beruht, ohne dass aber das Gesetz als solches als verfassungswidrig erklärt würde.¹⁵⁴ In Bezug auf derartige Fälle ist eine Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit ohne Bedeutung.

Anders verhält es sich jedoch, wenn im Rahmen der inzidenten Normenkontrolle ein Gesetz zwar nicht generell, wohl aber für den konkreten Einzelfall als verfassungswidrig beurteilt wird. Hier wird nämlich eine partielle (bezogen auf bestimmte Fälle oder Fallkonstellationen) Verfassungswidrigkeit des Gesetzes als solche festgestellt.

Die nachstehende Darstellung erfolgt nach einzelnen Themen und Verfassungsbestimmungen gegliedert.

154 Beispiel: BGE 130 I 16 betr. medikamentöse Zwangsbehandlung.

II. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns und Grundrechte

1. *Verhältnismässigkeit (ausserhalb von Grundrechten; Art. 5 Abs. 2 BV)*

Ein Zuschlag von 50% auf einer Bemessungsgrundlage (in casu: Lohnsumme als Grundlage für Lastenausgleich zwischen Familienausgleichskassen) bei Nichtleistung der verlangten Angaben wird in der Rechtsprechung als unverhältnismässig beurteilt.¹⁵⁵

Demgegenüber ist bundesgesetzlich verbindlich festgelegt, dass Arbeitgeber, welche Arbeitnehmer beschäftigen, ohne deren Löhne abzurechnen, einen Zuschlag von 50% auf den geschuldeten Beiträgen bezahlen müssen.¹⁵⁶ Ebenso kann aufgrund von Art. 190 BV eine in einem Bundesgesetz festgelegte Mindestsanktion nicht unter Berufung auf Verhältnismässigkeitsüberlegungen unterschritten werden.¹⁵⁷

2. *Menschenwürde (Art. 7 BV)*

Die Menschenwürde verletzt gemäss Rechtsprechung ein kantonales Gesetz, welches vorsieht, dass eine Teilzahlung eines strafrechtlich Verurteilten an die Prozess- und Betreibungskosten angerechnet wird anstatt an die Busse. Denn dies kann die Umwandlung des nicht bezahlten Bussbetrags in Haft zur Folge haben; damit wird das Verbot der Schuldverhaft verletzt, welches zwar in der neuen BV nicht mehr ausdrücklich festgehalten,¹⁵⁸ aber in der Menschenwürde (und in der persönlichen Freiheit) mitenthalten ist.¹⁵⁹

Nach diesem Massstab dürfte die bundesgesetzliche Regelung von Art. 268 StPO als problematisch erscheinen, wonach vom Vermögen der beschuldigten Person so viel beschlagnahmt werden kann, als voraussichtlich nötig ist zur Deckung der Verfahrenskosten, Entschädigungen, Geldstrafen und Bussen; ebenso Art. 442 Abs. 4 StPO, wonach die Verfahrenskosten mit Entschädigungsansprüchen der zahlungspflichtigen Person verrechnet werden können; denn auch in diesen Fällen werden – auch gegen den Willen des Zahlungspflichtigen – vorab Verfahrenskosten getilgt mit der Folge, dass für den Restbussbetrag eine Umwandlung in Freiheitsstrafe erfolgen kann.

¹⁵⁵ BGE 135 V 172 E. 7.

¹⁵⁶ Art. 14^{bis} Abs. 1 AHVG; vorausgesetzt ist, dass der Arbeitgeber deswegen nach Art. 87 oder 88 AHVG strafrechtlich verurteilt worden; deshalb sind diese Fälle gemäss BGE 135 V 172 E. 7.3.4 S. 183 nicht vergleichbar; indessen ist nach Art. 88 AHVG auch bereits das blosses Nichtausfüllen der Formulare strafbar.

¹⁵⁷ Urteil 2C_188/2009 vom 7.7.2009 E. 2.5 (in Bezug auf die Mindestbusse bei Steuerhinterziehung gemäss Art. 175 DBG); BGE 135 II 138 E. 2, 132 II 234 E. 2 sowie Urteil 6A.61/2006 vom 23.11.2006 (JdT 2007 I 502) E. 4.3 (in Bezug auf Mindestdauer des Führerausweisentzugs nach Art. 16a-16c SVG).

¹⁵⁸ Im Unterschied zu Art. 59 Abs. 3 aBV.

¹⁵⁹ BGE 130 I 169 E. 2.3 und 2.4.

Erst recht dürfte der Straftatbestand von Art. 217 StGB (Vernachlässigung von Unterhaltspflichten) problematisch sein; denn damit wird die Nicht-Leistung einer zivilrechtlichen Geldschuld mit Freiheitsstrafe bestraft.

3. *Rechtsgleichheit (Art. 8 BV)*

a) *Allgemeine Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV)*

Das Bundesgericht hat erkannt, es verstosse gegen die Rechtsgleichheit, Asylbewerber während der Dauer des Asylverfahrens keine Kinderzulagen für ihre im Ausland lebenden Kinder zu gewähren, wenn andere Versicherte einen solchen Anspruch haben.¹⁶⁰

Trotzdem hat der Bundesgesetzgeber in Art. 21 b aAsylG bzw. Art. 84 AsylG festgelegt, dass die Kinderzulagen für im Ausland lebende Kinder von Asylbewerber während des Asylverfahrens zurückbehalten und nur ausbezahlt werden, wenn der Bewerber als Flüchtling anerkannt oder vorläufig aufgenommen wird, was das Bundesgericht unter Hinweis auf Art. 114^{bis} Abs. 3 aBV als massgebend erachtet hat.¹⁶¹

Dies wird in der Lehre bisweilen als Beispiel eines verfassungswidrigen Bundesgesetzes oder gar als bewusster Verfassungsverstoss des Bundesgesetzgebers bezeichnet.¹⁶² Allerdings hat das Bundesgericht später erkannt, es sei mit der Rechtsgleichheit vereinbar, Kinderzulagen für Kinder mit Wohnsitz im Ausland nur bis zum 16. Altersjahr zu gewähren, für ältere, in Ausbildung begriffene Kinder hingegen nur, wenn diese Wohnsitz in der Schweiz haben;¹⁶³ es hat dabei ausdrücklich offen gelassen, ob an der Rechtsprechung gemäss BGE 114 Ia 1 in allen Teilen festzuhalten sei.¹⁶⁴

Aufgrund der Massgeblichkeit von Völkerrecht¹⁶⁵ sind Beiträge, die während eines früheren Aufenthalts in der Schweiz hier an die AHV/IV geleistet worden sind, aber bei der Rückreise gemäss dem bilateralen Sozialversicherungsabkommen an die Sozialversicherung des Heimatstaats bezahlt wurden, nach der erneuten Einreise nicht an die Mindestbeitragsdauer anzurechnen, auch wenn dies zur Folge hat, dass die gesetzliche Mindestbeitragsdauer als nicht erfüllt gilt, obwohl sie insgesamt erfüllt gewesen wäre.¹⁶⁶

¹⁶⁰ BGE 114 Ia 1 E. 8.

¹⁶¹ Urteil 2P.460/1995 vom 20.12.1996 (ZBI 98/1997 S. 528) E. 3b (zu Art 21 b aAsylG). Zustimmend RÜTSCHÉ, Rechtsfolgen, S. 315 f., m.H. auf den dem Gesetzgeber zustehenden Konkretisierungsbereich.

¹⁶² HANGARTNER, Ausbau, S. 1014; HANGARTNER, St. Galler BV-Kommentar, N 3 zu Art. 190; SCHERRER, S. 250 f.

¹⁶³ BGE 117 Ia 97 E. 3 sowie Urteil 2P.290/2003 vom 12.5.2004 (ZBI 106/2005 S. 87) E. 3 und 4.

¹⁶⁴ Zit. Urteil 2P.290/2003 E. 4.3.2.

¹⁶⁵ Art. 10a Abs. 2 des schweizerisch-türkischen Sozialversicherungsabkommens (SR 0.831.109.763.1).

¹⁶⁶ BGE 136 V 33 E. 4.3.1 S. 38 f.

Völkerrechtlich und bundesgesetzlich verbindlich festgelegt ist auch, dass in der Schweiz wohnhafte internationale Beamte ausländischer Nationalität, anders als solche schweizerischer Nationalität, sich nicht freiwillig der schweizerischen Arbeitslosenversicherung anschliessen können, so dass sie sich nicht unter Berufung auf Art. 8 BV freiwillig anschliessen können.¹⁶⁷

Nach der (steuerrechtlichen) Rechtsprechung sollen Ehepaare gegenüber Konkubinatspaaren nicht benachteiligt werden.¹⁶⁸ Demgegenüber gibt es (im Sozialversicherungsrecht) bundesgesetzliche Regelungen, mit denen Ehepaare benachteiligt werden gegenüber Konkubinatspaaren. So beträgt nach Art. 35 AHVG die Summe der beiden Altersrenten der AHV eines Ehepaares maximal 150% des Höchstbetrags der Altersrenten (sog. Rentenplafonierung), während bei Konkubinatspaaren die beiden Renten ohne Einschränkung kumulativ ausgerichtet werden.¹⁶⁹ Desgleichen wird nach Art. 35^{bis} AHVG den verwitweten Altersrentenbezüglern ein Zuschlag von 20% zur Rente gewährt; der Zuschlag entfällt, wenn sich die verwitwete Person verheiratet,¹⁷⁰ nicht aber, wenn sie im Konkubinat lebt. Der Zuschlag wird auch nicht bezahlt für Geschiedene, deren früherer Ehepartner gestorben ist.¹⁷¹

Die Komplementär-Invalidenrente in der Unfallversicherung wird über das ordentliche Pensionierungsalter hinaus ausgerichtet, was zur Folge haben kann, dass ein Unfallinvalid nach dem Rücktrittsalter bedeutend besser dasteht als ein Krankheitsinvalid; das könnte als rechtsungleich betrachtet werden, ist aber aufgrund von Art. 190 BV massgebend.¹⁷²

Gemäss Rechtsprechung verfassungswidrig ist mangels eines sachlichen Grundes eine Regelung, welche im Unfallversicherungsrecht (auf Verordnungsebene) den Anspruch auf Hilfflosenentschädigung nur gewährt, wenn auch ein Anspruch auf Rente besteht.¹⁷³ Demgegenüber ist im bundesgesetzlich geregelten AHV-Recht das Entstehen der Hilfflosenentschädigung an den Rentenanspruch gebunden.¹⁷⁴ Ebenso knüpft die Ergänzungsleistung zur AHV, die teilweise auch den Charakter von Hilfflosenleistungen hat,¹⁷⁵ an die Rentenberechtigung an.¹⁷⁶

Desgleichen ist aufgrund von Art. 190 BV massgebend die Regelung, wonach die Voraussetzungen für Hilfflosenentschädigungen in der AHV einschränkender ausgestaltet sind als in der IV, obwohl infolge einer Besitzstandsregelung die ehemaligen IV-Rentner die grosszügigeren Hilfflosenentschädigungen auch im

167 BGE 133 V 233.

168 BGE 110 Ia 7, 118 Ia 1 E. 3; Urteil 2P.1/1998 vom 23.12.1998 (StR 54/1999 S. 414) E. 3.

169 Urteil H 56/00 vom 5.7.2000 (RDAT 2001 I Nr. 56) E. 2b.

170 BGE 126 V 57 E. 6.

171 Vgl. BGE 128 V 5 E. 3.

172 BGE 135 V 29 E. 4.3.

173 Art. 37 UVV; BGE 133 V 42 Regest und E. 3.5 und 3.7.

174 Art. 43^{bis} AHVG; vgl. BGE 133 V 569 E. 5.

175 Vgl. Art. 14 ELG.

176 Art. 4 Abs. 1 lit. a und b ELG.

AHV-Alter beibehalten und insoweit dannzumal gegenüber den anderen AHV-Rentnern bevorzugt sind.¹⁷⁷

Gemäss Art. 10 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 24. März 2000 über die Lärmsanierung der Eisenbahnen¹⁷⁸ leistet der Bund einen Beitrag an den Einbau schalldämmender Fenster bereits dann, wenn die Immissionsgrenzwerte überschritten werden, während bei anderen lärmverursachenden Anlagen eine Kostenbeteiligung nach Art. 20 USG erst bei Überschreitung der Alarmwerte erfolgt. Das könnte eine Rechtsungleichheit darstellen.¹⁷⁹

b) Grundsätze der Besteuerung (Art. 127 Abs. 2 BV)

Nach Art. 127 Abs. 2 BV sind, soweit es die Art der Steuer zulässt, die Grundsätze der Allgemeinheit und der Gleichmässigkeit der Besteuerung sowie der Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu beachten.

Nach diesen Grundsätzen sollen nach der Rechtsprechung Steuerpflichtige entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit an die Steuerlasten beitragen; gleiche wirtschaftliche Verhältnisse sollen gleich behandelt werden und wesentliche Unterschiede in den tatsächlichen Verhältnissen müssen zu entsprechend unterschiedlichen Steuerbelastungen führen. Ausnahmen, für die kein sachlicher Grund besteht, sind unzulässig; umgekehrt dürfen auch nicht einer kleinen Gruppe von Steuerpflichtigen im Verhältnis zu ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit erheblich grössere Lasten auferlegt werden.¹⁸⁰ Gegen diese Grundsätze verstossen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung z.B. ein Eigenmietwert von weniger als 60% des Marktmietwerts¹⁸¹ oder eine Regelung, wonach der Vermögenssteuerwert für Wohneigentum auf bloss 60% des Marktwerts festgelegt wird.¹⁸² Ebenso ist der Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verletzt bei einer Einkommenssteuer, deren Durchschnittsteuersatz ab einer bestimmten Einkommenshöhe degressiv ist.¹⁸³

Demgegenüber sieht die Bundesgesetzgebung verschiedentlich vor, dass bestimmte Einkommensteile nicht steuerbar sind. Dazu gehören die Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Privatvermögen¹⁸⁴ sowie Unterstützungszahlungen und Ergänzungsleistungen,¹⁸⁵ was zur Folge hat, dass Steuerpflichtige, deren Einkommen sich zu erheblichen Teilen aus solchen Einkommen zusammensetzt, anders besteuert werden als Personen in gleichen wirtschaftlichen

177 BGE 133 V 569 E. 5.3–5.5.

178 SR 742.144.

179 Urteil 1A.135/2000 vom 1.5.2001 (Pra 2001 Nr. 146) E. 4.

180 BGE 133 I 206 E. 6 und 7, m.H.

181 BGE 131 I 377 E. 2.2, 124 I 145 E. 4.

182 BGE 124 I 193 E. 4.

183 BGE 133 I 206 E. 9.3 S. 227.

184 Art. 16 Abs. 3 DBG; Art. 7 Abs. 4 lit. b StHG.

185 Art. 24 lit. d und h DBG; Art. 7 Abs. 4 lit. f und k StHG.

Verhältnissen, deren Einkommen aus anderen Quellen stammt.¹⁸⁶ Ebenso sind aufgrund des Massgeblichkeitsgebots bundesgesetzliche Regelungen über die teilweise unterschiedliche Besteuerung von Versicherungsleistungen verbindlich, auch wenn die Gründe dafür nicht immer leicht ersichtlich sein mögen.¹⁸⁷

Nach der 1984 begründeten Rechtsprechung zum kantonalen Steuerrecht müssen Ehe- und Konkubinatspaare bei gleichen wirtschaftlichen Verhältnissen grundsätzlich gleich stark belastet werden. Soweit die Bevorzugung einer Gruppe unvermeidlich ist, müssen eher die Ehepaare, und nicht die Konkubinatspaare bevorzugt werden, was ausser mit dem Gleichheitsgedanken auch mit der Ehefreiheit – verstanden als Verbot einer spezifischen Behinderung der Ehe – begründet wird; unzulässig wäre jedenfalls eine Mehrbelastung von Ehepaaren von über 10% gegenüber Konkubinatspaaren in gleichen wirtschaftlichen Verhältnissen.¹⁸⁸

Demgegenüber sieht das massgebliche Bundessteuerrecht seinerseits eine Regelung vor, welche die Ehepaare noch stärker benachteiligt als die vom Bundesgericht als verfassungswidrig erkannten kantonalen Gesetze.¹⁸⁹

In der späteren Rechtsprechung trug allerdings das Bundesgericht auch dem Umstand Rechnung, dass eine absolute Gleichbehandlung zwischen Ehepaaren und Konkubinatspaaren als Folge des gesamten Steuersystems nie erreicht werden kann, so dass gewisse Unterschiede in der Steuerbelastung hingenommen werden müssen; in Abweichung von der früheren Rechtsprechung akzeptierte es nun auch Mehrbelastungen von gegen 20%.¹⁹⁰

Die in Art. 11 Abs. 1 Satz 2 StHG vorgeschriebene steuerliche Gleichbehandlung von verheirateten und alleinerziehenden Personen verstösst gemäss Bundesgericht gegen die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, ist aber aufgrund von Art. 190 BV dennoch verbindlich.¹⁹¹ Massgeblich ist auch die bundesgesetzliche Regelung, wonach auch bei gemeinsamer elterlicher Sorge geschiedener Eltern der Sozialabzug für Kinder nur dem einen Elternteil zugestanden wird.¹⁹²

Verbindlich ist trotz verfassungsrechtlichen Bedenken auch, dass ausserordentliche Einkommensminderungen, die in die Bemessungslücke beim Übergang von der zweijährigen zur einjährigen Steuerveranlagung fallen, nicht berücksichtigt werden können.¹⁹³

186 Vgl. BGE 122 I 101 E. 5.

187 BGE 131 I 409 E. 4.2, 130 I 205 E. 7.6.5 S. 220.

188 BGE 110 Ia 7 E. 3–5; Urteil 2P.375/1989 vom 1.3.1991 (ASA 60 S. 279) E. 3b.

189 CAVELTI/BIRRI, S. 162 f.

190 BGE 120 Ia 329 E. 4.6; Urteil 2P.1/1998 vom 23.12.1998 (StR 54/1999 S. 414) E. 3.

191 BGE 133 II 305 E. 6.6, 131 II 697 E. 4.3, 710 E. 4.3.

192 Art. 35, 212 und 213 DBG; BGE 133 II 305 E. 8.6.

193 Urteil 2P.123/2004 vom 21.10.2004 (StR 60/2005 S. 438) E. 4.1.

Aus der Rechtsgleichheit und der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit hat das Bundesgericht abgeleitet, dass Instandstellungsarbeiten, die kurz nach dem Kauf einer vernachlässigten Liegenschaft vorgenommen werden, nicht als Unterhaltsaufwand vom Einkommen abziehbar sind, sondern zu den Anschaffungskosten gehören (sog. Dumont-Praxis). So werde die Rechtsgleichheit hergestellt zu denjenigen Steuerpflichtigen, die eine renovierte Liegenschaft erwerben.¹⁹⁴ Diese Praxis wurde inzwischen vom Gesetzgeber geändert,¹⁹⁵ u.a. auch mit Rechtsgleichheitsüberlegungen, weil mit der Dumont-Praxis den Neueigentümern ein Abzug nicht gewährt werde, der den Alteigentümern gewährt worden wäre, und unter Berufung auf den Verfassungsauftrag von Art. 108 Abs. 1 BV zur Eigentumsförderung; es sei Sache des Gesetzgebers, zwischen zwei konfligierenden Verfassungsanliegen den Vorrang festzulegen.¹⁹⁶

Gegen Art. 8 und 127 BV verstösst nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine Regelung, welche Einkünfte aus einer Beteiligung an Kapitalgesellschaften zum halben Satz besteuert, wenn die Beteiligungsquote 20% (oder einen Verkehrswert von mindestens zwei Millionen Franken) erreicht.¹⁹⁷ Bundesgesetzlich wurde indessen mit der Unternehmenssteuerreform II eine ähnliche Regelung bei Kapitalbeteiligungen von mindestens 10% eingeführt.¹⁹⁸ Diese ist nunmehr aufgrund von Art. 190 BV massgebend.¹⁹⁹ Unzulässig, weil von der bundesrechtlichen Regelung nicht gedeckt, ist es jedoch, diese Halbsatzbesteuerung nur für Beteiligungen an Unternehmen mit Sitz in der Schweiz vorzusehen oder bei Beteiligungen mit einem Verkehrswert von mehr als 2 Mio. Franken, ungeachtet der prozentualen Beteiligung, ferner analoge Reduktionen bei der Vermögenssteuer.²⁰⁰

Nach diesen Kriterien dürfte auch die Regelung von Art. 7 Abs. 2 DBG problematisch sein, wonach bei teilweiser Steuerpflicht die Steuer auf Geschäftsbetrieben, Betriebsstätten und Grundstücken in der Schweiz mindestens zu dem Steuersatz besteuert wird, der dem in der Schweiz erzielten Einkommen entspricht, sofern das Gesamteinkommen des Steuerpflichtigen tiefer ist, z.B. infolge von Geschäftsverlusten im Ausland.

194 BGE 99 Ib 362, 123 II 218.

195 Art. 32 Abs. 2 DBG und Art. 9 Abs. 3 StHG, in der Fassung vom 3.10.2008 (AS 2009 1515).

196 Bericht WAK des Nationalrates vom 3.9.2007, BBl 2007 7999 f.

197 BGE 136 I 65 E. 5.5 S. 77 f.

198 Art. 18b und Art. 20 Abs. 1^{bis} DBG sowie Art. 7 Abs. 1 StHG, in der Fassung vom 23.3.2007 (AS 2008 2893).

199 BGE 136 I 49 E. 3 und 4; Urteil 2C_62/2008 vom 25.9.2009 (StE 2010 A 21.16 Nr. 12) E. 3 und 4, je m.H. auf Literatur, welche die Verfassungsmässigkeit dieser Regelung bezweifelt.

200 BGE 136 I 49 E. 5 und 6 S. 59 ff.

c) *Rechtsgleichheit im übrigen Abgaberecht*

Rechtsungleich ist eine Familienzulagenregelung, wonach die Zulagen zwar der ganzen Bevölkerung bezahlt werden, aber Beiträge nur von Arbeitgebern und Selbständigerwerbenden erhoben werden,²⁰¹ Abgaben zwecks Finanzierung von Strassenunterhalt, Strassenreinigung oder Strassenbeleuchtung, die nur von Eigentümern verlangt und ohne Bezug zu einem konkreten Sondervorteil erhoben werden,²⁰² eine jährliche Abwassergebühr, deren Bemessung nicht auf die verursachte Abwassermenge abstellt,²⁰³ oder eine Abwasseranschlussgebühr, die (zulässigerweise) nach dem Gebäudeversicherungswert bemessen wird, aber – zwecks Förderung energieeffizienter Bauweise für Minergie- oder Passivhausbauten eine Reduktion von 20–60% gewährt, die für andere Sanierungen nicht gewährt wird.²⁰⁴

Im Lichte dieser Kriterien ist es verfassungsrechtlich problematisch, dass Treibstoffe für den Linienluftverkehr bundesgesetzlich von der Mineralölsteuer ausgenommen werden können,²⁰⁵ was durch völkerrechtliche Abkommen bedingt ist, aber sachlich nicht überzeugt.²⁰⁶ Bundesgesetzlich verbindlich geregelt ist auch, dass arbeitgeberähnliche Personen Beiträge an die Arbeitslosenversicherung leisten müssen, obwohl sie nur sehr eingeschränkt Anspruch auf deren Leistungen haben.²⁰⁷

Problematisch erscheinen könnte auch Art. 8 Abs. 2 AHVG, wonach ein (auch nebenberuflich) selbständig Erwerbender einen minimalen AHV-Beitrag von Fr. 382.– pro Jahr zu entrichten hat, was bei kleinen (nebenberuflichen) Einkommen aus selbständiger Tätigkeit einen Beitragssatz von rund 17% ergeben kann,²⁰⁸ anstelle der sonst vorgesehenen 4,2%.²⁰⁹

Ebenso könnte die völkerrechtlich (Freizügigkeitsabkommen mit der EU) verbindlich festgelegte Regelung als rechtsungleich erscheinen, wonach Personen, die in der Schweiz und in einem EU-Mitgliedstaat eine selbständige Tätigkeit ausüben, auch für das im Ausland erzielte Einkommen in der schweizerischen AHV beitragspflichtig sind (auch wenn das entsprechende Einkommen im betreffenden EU-Staat nicht der Beitragspflicht unterläge), nicht jedoch, wenn sie im EU-Mitgliedstaat eine unselbständige Tätigkeit ausüben.²¹⁰

Massgeblich trotz Bedenken betreffend Rechtsgleichheit ist die bundesgesetzliche Regelung, wonach Doppelbürger, die im Ausland Militärdienst geleis-

201 BGE 132 I 153 E. 4.2.

202 BGE 131 I 1 E. 4.3–4.5, 131 I 313 E. 3.5/6, 124 I 289 E. 3.

203 BGE 125 I 1 E. 2, 128 I 48 E. 4.

204 Urteil 2C_847/2008 vom 8.9.2009.

205 Art. 17 Abs. 2 lit. a MinöStG.

206 Vgl. Botschaft zum MinöStG, BBl 1995 III 155.

207 Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG; Urteil C 160/04 vom 29.12.2004 (ARV 2005 S. 201) E. 3 und 4.

208 Nämlich bei Einkommen, die knapp über der Freigrenze von Fr. 2200.– (Art. 19 AHVG) liegen.

209 Art. 8 Abs. 1 AHVG.

210 Urteil 9C_33/2009 vom 2.9.2009 (SZS 2010 S. 43) E. 3.2.

tet haben und daher in der Schweiz keinen solchen leisten müssen, trotzdem den Wehrpflichtersatz bezahlen müssen.²¹¹

d) *Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip*

Aus Art. 4 aBV hat das Bundesgericht für Kausalabgaben das Kostendeckungsprinzip (für kostenabhängige Abgaben) und das Äquivalenzprinzip als verfassungsmässige Prinzipien abgeleitet. Diese Rechtsprechung gilt unter der neuen Verfassung weiter. Das Äquivalenzprinzip verlangt in Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes insbesondere, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der bezogenen Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen bewegen muss. Nach dem Kostendeckungsprinzip sollen bei kostenabhängigen Kausalabgaben die Gesamteingänge den Gesamtaufwand für den betreffenden Verwaltungszweig nicht oder nur geringfügig überschreiten.²¹²

Unzulässig ist es nach diesen Grundsätzen, Benützungsgebühren zu erheben für eine Dienstleistung, die gar nicht benützt wird, ausser wenn die Inanspruchnahme der Einrichtungen obligatorisch ist.²¹³

In diesem Lichte könnte die bundesgesetzliche, der Finanzierung der konzessionierten Fernseh- und Radioveranstalter dienende Empfangsgebühr nach Art. 68 ff. RTVG problematisch erscheinen, da sie unabhängig von einer effektiven Benützung der Sendungen dieser Veranstalter erhoben wird und deren Empfang nicht obligatorisch ist.²¹⁴

Bundesgesetzlich verbindlich ist, dass AHV-Beiträge auch auf hohem Einkommen und auf Einkommen, die nach Erreichen des AHV-Alters erzielt werden, bezahlt werden müssen, obwohl sie keinen Einfluss auf die Rentenhöhe mehr haben können.²¹⁵

e) *Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV)*

Nach der Rechtsprechung ist das Diskriminierungsverbot verletzt, wenn die Einbürgerung verweigert wird, weil eine behinderte Person sozialhilfeabhängig ist.²¹⁶

211 Urteil 2A.163/2004 vom 29.9.2004 (Pra 2005 Nr. 14) E. 3 und 4.

212 BGE 131 II 735 E. 3.2.

213 Urteile 2P.178/1995 vom 23.12.1996 (ZBI 99/1998 S. 239) E. 5d, 2P.117/2003 vom 29.8.2003 (ZBI 104/2003 S. 533) E. 4.3.1, 2P.223/2005 vom 8.5.2006 (ZBI 108/2007 S. 493) E. 4.1.

214 Vgl. Urteil 2P.355/1997 vom 2.3.2000 E. 3c für eine Umsetzergebühr nach Art. 43 aRTVG. Zwar wird die Empfangsgebühr als Monopolgebühr qualifiziert (BGE 121 II 183 E. 3a), aber monopolisiert ist nicht der Empfang, welcher frei ist (Art. 16 Abs. 3 BV, Art. 66 RTVG), sondern die Veranstaltung der Sendungen (Art. 3 lit. b RTVG), so dass sich die Regalabgabe höchstens auf die technische Seite des Empfangs beziehen kann (BGE 121 II 183 E. 3b/aa S. 186), nicht auf den Empfang bestimmter Programme.

215 Urteil 9C_33/2009 vom 2.9.2009 (SZS 2010 S. 43) E. 3.3.

216 BGE 135 I 49 E. 6.

Demgegenüber ist gemäss Art. 27 Abs. 1 lit. c und Art. 28 lit. c AuG eine Aufenthaltsbewilligung für Nichterwerbstätige davon abhängig, dass die notwendigen finanziellen Mittel gesichert sind, was Sozialhilfeabhängige ausschliesst; Sozialhilfeabhängigkeit ist gemäss Art. 62 lit. e und Art. 63 Abs. 1 lit. c AuG ein Grund für den Bewilligungswiderruf.

Diskriminierend ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine Nichteinbürgerung von Personen aus bestimmten Ländern, wenn daneben Personen aus anderen Ländern eingebürgert werden,²¹⁷ ebenso eine Bestimmung, welche in genereller Weise die Behörden verpflichtet, im Rahmen des übergeordneten Rechts den Bedürfnissen von Schweizerinnen und Schweizern den Vorrang einzuräumen.²¹⁸ Demgegenüber werden aufgrund von Staatsverträgen und Bundesgesetzen verbindlich die Angehörigen mancher Staaten in Bezug auf Niederlassungsbewilligung oder Berufsausübung benachteiligt gegenüber Angehörigen anderer Staaten (namentlich der EU);²¹⁹ ebenso verbindlich werden in verschiedener Hinsicht Schweizer benachteiligt gegenüber Angehörigen der EU.²²⁰

Unter Hinweis auf die Massgeblichkeit von Bundesgesetzen hat das Bundesgericht offen gelassen, ob die Regelung von Art. 29^{septies} AHVG diskriminierend ist, wonach Betreuungsgutschriften nur bestimmten nahen Angehörigen zustehen, nicht aber z.B. der Ehefrau, welche den Onkel ihres Mannes betreut.²²¹

f) Gleichheit der Geschlechter (Art. 8 Abs. 3 BV)

Die Geschlechtergleichheit verletzt eine Regelung, welche vorschreibt, dass ein männliches Kind den Familiennamen der Mutter trägt, wenn dieser Name nach Geschlecht veränderlich ist,²²² eine Pensionskassenbestimmung, welche ein unterschiedliches Pensionierungsalter für Männer und Frauen²²³ oder nur Witwen-, aber keine Witwerrenten vorsieht,²²⁴ ebenso eine Regelung, welche eine Feuerwehrpflicht bzw. eine Ersatzabgabepflicht nur für Männer, aber nicht für Frauen enthält.²²⁵

Demgegenüber sind infolge von Art. 190 BV trotz Verstoss gegen Art. 8 Abs. 3 BV massgebend die bundesgesetzlichen Regelungen über Familienna-

217 BGE 129 I 217 E. 2.

218 BGE 129 I 392 E. 3.3.

219 BGE 129 II 249 E. 5, 123 I 19 E. 3, 123 II 472 E. 4; Urteil 2A.351/1996 vom 18.10.2006, E. 2.3 und 3.

220 BGE 130 I 26 E. 6.3.3.4, 130 II 137 E. 4, 129 II 249 E. 5.5. Vgl. kritisch MATTHIAS OESCH, Inländerdiskriminierung, ZBJV 2009 S. 787 ff., 793 ff.

221 BGE 126 V 153 E. 5b S. 156.

222 BGE 131 III 201 E. 3.2.2.

223 BGE 123 V 189 E. 4e S. 192, 121 V 230 E. 1, 117 V 318 E. 2a, 116 V 209 E. II.

224 BGE 123 V 189 E. 4e und f.

225 BGE 123 I 56 E. 2.

men und Bürgerrecht,²²⁶ das unterschiedliche Rentenalter für Frauen und Männer (Männer 65 Jahre, Frauen 64 Jahre)²²⁷ sowie die erleichterten Voraussetzungen für eine Witwenrente gegenüber einer Witwerrente.²²⁸ Ebenso verstösst gegen Art. 8 Abs. 3 BV, dass nur Männer, aber nicht Frauen militärdienstpflichtig sind; dies stützt sich allerdings seinerseits auf eine ausdrückliche Regelung von Verfassungsrang (Art. 59 BV).

4. Willkürverbot und Treu und Glauben (Art. 9 BV)

Aus Art. 4 aBV hat das Bundesgericht unter bestimmten Umständen einen unmittelbar verfassungsrechtlichen Anspruch auf Wiedererwägung abgeleitet,²²⁹ der heute auf Art. 9 oder auch Art. 29 BV gestützt wird. Hat jedoch der Bundesgesetzgeber die Wiedererwägung positivrechtlich geregelt, so hat er damit die Abwägung zwischen der Durchsetzung des objektiven Rechts und dem Interesse an der Bestandeskraft der Verfügung abstrakt und verbindlich vorgenommen, so dass mit der richtigen Anwendung der entsprechenden Gesetzesbestimmung dem Vertrauensschutz Genüge getan ist.²³⁰

Unter Hinweis auf die Massgeblichkeit von Bundesgesetzen hat das Bundesgericht erkannt, es sei nicht Sache der Gerichte zu beurteilen, ob die Kausalhaftung für Mangelfolgeschäden (Art. 208 Abs. 2 OR) systemwidrig oder sachlich nicht gerechtfertigt sei.²³¹

Der verfassungsmässige Schutz von Treu und Glauben entfällt in der Regel bei Änderungen von Erlassen, da gemäss dem demokratischen Prinzip die Rechtsordnung grundsätzlich jederzeit geändert werden kann. Doch kann nach der Rechtsprechung der Vertrauensgrundsatz einer Rechtsänderung entgegenstehen, wenn diese gegen das Rückwirkungsverbot verstösst oder in wohlverworbene Rechte eingreift.²³² Zudem kann es verfassungsrechtlich geboten sein, gegebenenfalls eine angemessene Übergangsregelung zu schaffen. Damit soll namentlich verhindert werden, dass gutgläubig getätigte Investitionen nutzlos werden.²³³ Hat aber der Bundesgesetzgeber eine übergangsrechtliche Regelung getroffen, so ist diese verbindlich und kann nicht mit verfassungsrechtlichen Überlegungen abgeändert werden.²³⁴ So hat das Bundesgericht mit Hinweis

226 Art. 30 Abs. 2, 160, 161 und 271 ZGB; vgl. dazu zur Publikation vorgesehenes Urteil 5A_712/2009 vom 25. Januar 2010 E. 3.3, 132 I 68 E. 4.3.1, 126 I I E. 2d und e, 125 III 209 E. 4 und 5, 115 II 193 E. 6.

227 Art. 21 Abs. 1 AHVG; Art. 13 Abs. 1 BVG; vgl. BGE 121 V 229 E. 1; Urteil 2P.111/1995 vom 22.3.1996 (ZBI 98/1997 S. 75) E. 7; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I S. 662.

228 Art. 24 AHVG; dazu Urteil 9C_521/2008 vom 5. 10. 2009 (SVR 2010 AHV Nr. 2) E. 6.

229 BGE 120 Ib 42 E. 2b S. 46.

230 Urteil 9C_33/2009 vom 2.9.2009 (SZS 2010 S. 43) E. 2.2; Urteil U 378/05 vom 10.5.2006 (SZS 2006 S. 474) E. 4.5 (bzgl. Art. 53 Abs. 2 ATSG).

231 BGE 133 III 257 E. 2.5.4.

232 BGE 128 II 112 E. 10b/aa S. 125 f., 122 II 113 E. 3b/cc S. 123.

233 BGE 130 I 26 E. 8.1, 125 II 152 E. 5 S. 165, 123 II 433 E. 9 S. 446 f., 118 Ib 241 E. 6c und 9b.

234 Urteil I 68/02 vom 18.8.2005 (SVR 2006 IV Nr. 47) E. 6.2.

auf Art. 190 BV die im Rahmen der 5. IV-Revision erfolgte Aufhebung der vier Jahre zuvor eingeführten Besitzstandsgarantie für laufende Zusatzrenten als massgeblich, wenn auch im Lichte des Grundsatzes von Treu und Glauben als «nicht leicht verständlich» bezeichnet.²³⁵

Der Schutz von Treu und Glauben verbietet den entschädigungslosen Entzug von wohlerworbenen Rechten.²³⁶ Hat allerdings der Bundesgesetzgeber einen Konzessionsentzug ohne Entschädigung vorgesehen, so ist dies massgebend.²³⁷

5. *Recht auf Leben und persönliche Freiheit (Art. 10 BV)*

Der Schusswaffengebrauch durch die Polizei zur Verhinderung der Flucht eines Täters ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur verfassungsmässig, soweit der Flüchtende eine schwere Straftat begangen hat oder einer solchen verdächtigt wird, die eine besondere Gefahr für Leib, Leben und Gesundheit Anderer hat erkennen lassen und befürchten lässt, dass ein entsprechendes Gewaltpotential auch auf der Flucht umgesetzt wird.²³⁸ Diese letztere Voraussetzung fehlt in Art. 11 des Zwangsanwendungsgesetzes vom 20.3.2008,²³⁹ der den Waffengebrauch durch die Polizei regelt.

Bundesgesetzlich verbindlich festgelegt ist die Strafbarkeit des Betäubungsmittelkonsums, die auch nicht unter Hinweis auf die persönliche Freiheit in Frage gestellt werden kann.²⁴⁰

6. *Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV)*

Das Recht auf Nothilfe verletzt gemäss Bundesgericht ein kantonales Gesetz, das Nothilfe ausschliesst, wenn dadurch das Überleben der betroffenen Person in Frage gestellt wird, auch wenn diese ausländerrechtliche Pflichten verletzt hat und illegal in der Schweiz weilt.²⁴¹

Etwa gleichzeitig wurde in der Bundesversammlung vorgeschlagen, im eidgenössischen Asylgesetz eine analoge Regelung einzuführen, was in der Lehre als rechtsstaatswidrig beurteilt wurde,²⁴² aber schon politisch keinen Erfolg hatte, indem gemäss Gesetz auch für Personen ohne Aufenthaltsbewilligung die Nothilfe im Gesetz nicht ausgeschlossen, wohl aber reduziert und nach

²³⁵ Urteil 8C_522/2008 vom 22.8.2008 (SZS 2008 S. 571) E. 2.2.

²³⁶ BGE 131 I 321 E. 6, 119 Ia 154 E. 5c, 113 Ia 357 E. 6b.

²³⁷ Bzgl. Fernmeldekonzessionen s. Urteil 2A.432/2005 vom 18.7.2006 (sic! 2006 S. 839) E. 3; BGE 132 II 485, wobei allerdings auch das Bestehen eines wohlerworbenen Rechts verneint wurde (E. 9.5).

²³⁸ BGE 136 I 87 E. 4.4 S. 99 f.

²³⁹ ZAG, SR 364.

²⁴⁰ Hinweise auf grundrechtliche Argumentationen in Urteil 6P.25/2006 vom 27.4.2006 E. 3.

²⁴¹ BGE 135 I 119 E. 5.4, 131 I 166 E. 4.5 und 7.1.

²⁴² SPESCHA, S. 188 f.

Möglichkeit in Form von Sachleistungen erbracht wird,²⁴³ was verfassungskonform ist.²⁴⁴

7. *Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV)*

Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Erhebung, Aufbewahrung und Bearbeitung erkennungsdienstlicher Daten ein Eingriff in Art. 13 BV,²⁴⁵ wobei als erkennungsdienstliche Daten Aufzeichnungen gelten, die eine Personenidentifikation zulassen, wie z.B. Fotos,²⁴⁶ Videoaufzeichnungen²⁴⁷ oder ein Wangenschleimhautabstrich.²⁴⁸ Die Daten sind in der Regel zu löschen, wenn die betreffende Person freigesprochen oder das Strafverfahren eingestellt wurde.²⁴⁹ Auch die Überwachung öffentlich zugänglichen Raumes und die Aufbewahrung von entsprechenden Bild- und Tonaufnahmen berührt die Garantien von Art. 13 Abs. 2 BV.²⁵⁰ Die Aufbewahrung von Videoüberwachungen des öffentlichen Raumes, die höchstens eine bildliche Personenidentifikation zulassen, aber keine weiteren personenbezogenen Daten enthalten, für eine Dauer von hundert Tagen wurde als «nicht unerheblicher» Grundrechtseingriff betrachtet und nur mit Bedenken noch als verhältnismässig beurteilt unter der Voraussetzung, dass die Aufzeichnungen ausschliesslich für strafrechtliche Ermittlungsverfahren Verwendung finden.²⁵¹ Eine Aufbewahrungsdauer von einem Jahr oder mehr ist unverhältnismässig.²⁵² Die Vornahme von erkennungsdienstlichen Massnahmen darf nicht dazu dienen, auf Vorrat erkennungsdienstliches Material zu sammeln.²⁵³

Demgegenüber gibt es manche Bundesgesetze, welche die Erhebung von erkennungsdienstlichen Daten oder deren Aufbewahrung zu präventiven Zwecken für eine bedeutend längere Frist erlauben. So können nach Art. 261 Abs. 2 StPO erkennungsdienstliche Unterlagen freigesprochener Personen bis zu zehn Jahre aufbewahrt werden, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen zu erwarten ist, dass sie der Aufklärung künftiger Straftaten dienen könnten.

Nach Art. 6 des DNA-Profil-Gesetzes vom 20. Juni 2003²⁵⁴ können ausserhalb eines Strafverfahrens DNA-Profile erstellt werden von Personen, die über ihre Identität nicht Auskunft geben können, und nach Art. 11 Abs. 2 lit. a des

243 Art. 82 AsylG.

244 BGE 135 I 119 E. 5.5 und 6.

245 BGE 133 I 77 E. 3.2, 128 II 259 E. 3.2; Urteil 1P.362/2006 vom 23.11.2006 (ZBl 108/2007 S. 407) E. 2.2.

246 BGE 133 I 77 E. 3.2, 128 II 259 E. 3.3, 120 Ia 147.

247 BGE 133 I 77.

248 BGE 128 II 259.

249 BGE 128 I 259 E. 4 S. 279, 124 I 80 E. 2e S. 84.

250 BGE 136 I 87 E. 8.1 S. 112.

251 BGE 133 I 77 E. 5.3–5.5.

252 BGE 136 I 87 E. 8.4 S. 116 f.

253 BGE 136 I 87 E. 5.5 S. 103 f.

254 SR 363.

Gesetzes werden diese Profile in die DNA-Datenbank aufgenommen. Nach Art. 16 des Gesetzes werden die DNA-Profile verurteilter Straftäter während 5–20 Jahren nach Vollzug der Strafe oder Massnahme aufbewahrt. Gestützt auf Art. 354 StGB und das Bundesgesetz über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes²⁵⁵ führt der Bund Datenbanken mit erkennungsdienstlichen Daten, wobei der Bundesrat die Aufbewahrungsdauer festlegt.²⁵⁶ Andere Personenregister enthalten Angaben, die weit über erkennungsdienstliche Angaben hinausgehen: Nach Art. 104a–104c SVG werden Register geführt, welche für alle in der Schweiz wohnhaften Personen Angaben über Fahrzeughaltung, strassenverkehrsrechtliche Administrativmassnahmen und Fahrberechtigungen enthalten. Das Informationssystem betreffend Informationen über Gewalttätigkeiten anlässlich von Sportveranstaltungen gemäss Art. 24a BWIS enthält für die dort gespeicherten Daten keine Befristung. Nach Art. 32a ff. des Waffengesetzes vom 20. Juni 1997²⁵⁷ werden Datenbanken geführt über Personen, denen Waffen nicht bewilligt oder beschlagnahmt wurden oder – ohne jeden Tatverdacht und ohne zeitliche Befristung – über Personen, die beim Austritt aus der Armee eine Waffe zu Eigentum erhalten haben. Auch das Schengener-Informationssystem, welchem die Schweiz staatsvertraglich angeschlossen ist,²⁵⁸ enthält eine Vielzahl von Daten.

8. *Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV)*

Es gibt zahlreiche staatliche Vorschriften, die nicht die Einschränkung der Glaubensfreiheit bezwecken, sich aber so auswirken, indem sie ein bestimmtes religiös verpöntes Verhalten vorschreiben oder umgekehrt eine religiös gebotene Verhaltensweise verbieten. Nach der Rechtsprechung ist im Einzelfall zu überprüfen, ob die Einhaltung solcher gesetzlicher Vorschriften verhältnismässig ist.²⁵⁹ So hat das Bundesgericht 1993 eine Verpflichtung muslimischer Kinder, am schulischen Schwimmunterricht teilzunehmen, als unverhältnismässigen Eingriff in die Religionsfreiheit beurteilt.²⁶⁰ 2008 wurde hingegen eine solche Verpflichtung unter Hinweis auf die gesteigerte Bedeutung der Ausländerintegration geschützt.²⁶¹

Schreibt ein Bundesgesetz eine Verhaltensweise vor, so kann man sich infolge von Art. 190 BV nicht davon dispensieren. So entbindet die Berufung auf

255 BPI; SR 361.

256 Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 lit. d BPI. Die Aufbewahrungsdauern sind auf Verordnungsebene detailliert geregelt und können mehrere Jahrzehnte betragen.

257 WG; SR 514.54.

258 Abkommen mit der EU über die Assoziierung an Schengen und Dublin (SR 0.362.31).

259 BGE 119 Ia 178 E. 7a.

260 BGE 119 Ia 178 E. 8.

261 BGE 135 I 79 E. 7.

die Glaubens- und Gewissensfreiheit nicht von der Pflicht, eine obligatorische Krankenpflegeversicherung abzuschliessen.²⁶²

Unverhältnismässig ist die Pflicht, am Samstag Maturitätsprüfungen abzulegen für Angehörige von Religionsgemeinschaften, die den Sabbat heiligen.²⁶³ Demgegenüber ist in Art. 18 ff. ArG verbindlich die Arbeit (unter Bewilligungsvorbehalt) am Sonntag verboten, nicht aber an anderen Wochentagen, die von anderen Religionsgemeinschaften geheiligt werden.

9. Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV)

Ein unverhältnismässiger und daher unzulässiger Eingriff in die Vereinigungsfreiheit (und die Wirtschaftsfreiheit) ist nach der Rechtsprechung eine Regelung, welche staatliche Hilfen an Unternehmen an die Voraussetzung knüpft, dass das Unternehmen einem Arbeitgeberverband angeschlossen ist, welcher durch einen Gesamtarbeitsvertrag gebunden ist.²⁶⁴

In diesem Sinne könnte problematisch erscheinen, dass bundesgesetzlich die Vergütungsansprüche nach Art. 20 URG nur durch zugelassene Verwertungsgesellschaften verwertet werden können, weil dies einen faktischen Zwang zur Mitgliedschaft in einer solchen Gesellschaft zur Folge hat.

10. Schutz vor Ausweisung (Art. 25 BV)

Die im Bundesgesetz vom 22. Juni 2001 über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof²⁶⁵ und in Art. 89 ff. des Römer Statuts des Internationalen Gerichtshofs²⁶⁶ vorgesehene Überstellung von Schweizer Bürgern an den Internationalen Strafgerichtshof wirft die Frage der Vereinbarkeit mit Art. 25 Abs. 1 BV auf. Der Bundesrat hat es in seiner Botschaft zum ZISG als fraglich bezeichnet, ob Art. 25 Abs. 1 BV überhaupt auf die Überstellung anwendbar sei,²⁶⁷ weil eine Überstellung nicht dasselbe sei wie eine Auslieferung; das entspricht freilich nicht den Ausführungen in der Botschaft zur Reform der Bundesverfassung, wonach der Sinn von Art. 25 Abs. 1 BV darin bestehe, dass Schweizer Bürger in der Schweiz abgeurteilt werden und hier ihre Strafe verbüssen.²⁶⁸

262 Art. 3 KVG. Urteil K 57/00 vom 14.11.2000 (RKUV 2001 Nr. KV 151) E. 3a.

263 BGE 134 I 114 E. 6.

264 BGE 124 I 107 E. 4c.

265 ZISG; SR 351.6.

266 SR 0.312.1.

267 BBl 2001 485; verneinend BREITENMOSER, St. Galler BV-Kommentar, N 2 und 14 zu Art. 25.

268 Botschaft neue Bundesverfassung, S. 171, m.H. auf entsprechende Vorbehalte der Schweiz in früheren internationalen Konventionen; ähnlich MÜLLER/SCHEFER, S. 327 ff.

11. Eigentumsgarantie (Art. 26 BV)

Nach der Rechtsprechung verstösst es gegen die Eigentumsgarantie, wenn illegal erworbene beschlagnahmte Gegenstände, die wegen Missbrauchsgefahr dem Eigentümer nicht zurückgegeben werden können und daher definitiv eingezogen werden (in casu Waffen), entschädigungslos vernichtet werden.²⁶⁹ Ebenso gilt die Vernichtung von illegalen Gegenständen als Eingriff in die Eigentumsgarantie.²⁷⁰ Sodann liegt nach der Rechtsprechung eine entschädigungspflichtige materielle Enteignung (Art. 26 Abs. 2 BV) vor, wenn einem Eigentümer der bisherige oder ein voraussehbarer künftiger, mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft verwirklichter Gebrauch seiner Sache untersagt oder besonders schwer eingeschränkt wird, weil eine wesentliche, aus dem Eigentum fliessende Befugnis entzogen wird.²⁷¹

Aufgrund des Massgeblichkeitsgebots von Art. 190 BV liegt hingegen weder eine unzulässige Eigentumseinschränkung noch eine entschädigungspflichtige materielle Enteignung vor, wenn die Einschränkung unmittelbar auf ein Bundesgesetz zurückgeht;²⁷² denn damit wird gemäss Rechtsprechung das Eigentum nicht eingeschränkt, sondern vielmehr erst umschrieben; die nicht gesetzmässige Eigentumsausübung ist nicht verfassungsrechtlich geschützt.²⁷³ So gilt die bundesgesetzliche Trennung in Bau- und Nichtbaugebiet gemäss Art. 14 ff. RPG als verbindliche gesetzliche Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs und damit nicht als Einschränkung, sondern als (grundsätzlich entschädigungslos zulässige) Inhaltsbestimmung des Eigentums.²⁷⁴ Auch bei der Interessenabwägung dürfen diese Gesetzesbestimmungen nicht mehr in Frage gestellt werden, indem z.B. geltend gemacht wird, sie entsprächen keinem überwiegenden Interesse; zudem muss auch eine umfassende Interessenabwägung den spezifischen und in diesem Sinne zwingenden Normgehalt des Gesetzes beachten.²⁷⁵ Deshalb untersteht auch die nicht bewilligte Erstellung einer Baute nicht der Eigentumsgarantie.²⁷⁶

Wäre die Verfassungsmässigkeit der Bundesgesetze zu überprüfen, so könnte die Rechtmässigkeit einer Eigentumsausübung nicht schon mit dem Argument verneint werden, sie verstosse gegen die gesetzliche Umschreibung der

269 BGE 135 I 209 E. 3.3. Allerdings stützt sich das Bundesgericht darauf, dass die Entschädigungsregelung nur in einer aufgrund einer Delegation erlassenen Bundesratsverordnung steht, was den Schluss zuliesse, dass mit formellgesetzlicher Grundlage die entschädigungslose Einziehung zulässig wäre. Andererseits argumentiert das Bundesgericht auch generell mit der fehlenden Verhältnismässigkeit einer entschädigungslosen Einziehung.

270 Urteile 1P.775/2000 vom 10.4.2001 (ZBI 103/2002 S. 150), 1P.149/2003 vom 16.5.2003 E. 3.

271 BGE 91 I 329 E. 3 S. 338 f., 131 II 728 E. 2.

272 Urteil 6A.134/1994 vom 23.12.1994 E. 2.

273 BGE 106 Ia 262 E. 2b, 184 E. 4b.

274 BGE 122 II 326 E. 4a S. 329, 118 Ib 38 E. 2 S. 41, 105 Ia 330 E. 3c S. 336; vgl. auch 113 Ia 444 E. 4a.

275 BGE 114 Ia 245 E. 5a.

276 BGE 111 Ib 213 E. 6c S. 225 f.

Eigentümerbefugnisse, sondern es wäre umgekehrt zu prüfen, ob die gesetzlichen Inhaltsumschreibungen dem verfassungsrechtlichen Begriff des Eigentums entsprechen. So erscheint es z.B. als verfassungsrechtlich problematisch, wenn die Nutzung von Wohnraum in einem Bauernhaus ausnahmsbewilligungspflichtig (und damit mit Erlaubnisvorbehalt verboten) wird, weil (in Ausübung der Wirtschaftsfreiheit) die bisherige landwirtschaftliche Nutzung aufgegeben wird.²⁷⁷

Aufgrund von Art. 190 BV hat das Bundesgericht nicht überprüft, ob die Regelung von Art. 22 URG, wonach das Urheberrecht nur von zugelassenen Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden kann, einen unverhältnismässigen Eingriff in die Eigentumsgarantie darstellt.²⁷⁸

12. Wirtschaftsfreiheit (Art. 27, 94, 95 BV)

a) Einschränkungen/Abweichungen

Nach Art. 94 Abs. 4 BV sind Abweichungen von der Wirtschaftsfreiheit, insbesondere Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen sind oder durch kantonale Regalrechte begründet sind. Unzulässig in diesem Sinne sind wirtschaftspolitische Massnahmen, die den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen, oder sonst wie den Wettbewerb verzerren, wie wirtschaftspolitische oder fiskalische Monopole, Kontingentsordnungen oder Massnahmen der staatlichen Bedürfnislenkung.²⁷⁹

Ein unzulässiger Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit liegt vor bei einem rechtlichen Plakatmonopol auf privatem Grund.²⁸⁰ Zwar besteht ein öffentliches Interesse (Verkehrssicherheit, Landschafts- und Ortsbildschutz usw.) und ist das Monopol geeignet, um diese Ziele zu erreichen. Es ist aber nicht verhältnismässig, weil das Ziel auch mit milderer Massnahmen (Bewilligungspflichten, Ordnungsvorschriften) erreicht werden kann.²⁸¹ Verhältnismässig ist demgegenüber ein rechtliches Monopol der Elektrizitätsversorgung.²⁸²

Im Lichte dieser Kriterien liesse sich über die Verhältnismässigkeit bundesrechtlicher Monopole diskutieren, jedenfalls wenn sie auf Verfassungsbestimmungen gestützt werden, die eine Abweichung von der Wirtschaftsfreiheit nicht ausdrücklich vorsehen, so die auf Art. 84 BV gestützte Kontingentierung

277 Art. 16b Abs. 1 sowie Art. 24d Abs. 1 und 3 RPG.

278 BGE 133 III 568 E. 4.4.

279 BGE 132 I 97 E. 2.1 S. 100, 132 I 282 E. 3.3, 131 I 223 E. 4.2, 130 I 26 E. 4.5 S. 43.

280 BGE 128 I 3 E. 3e, in Änderung der früheren Praxis, welche solche Monopole als zulässig erachtete (BGE 100 Ia 445).

281 A.a.O., E. 3e/cc S. 15 ff.

282 BGE 132 I 282 E. 3.

von Alpentransittransporten²⁸³ oder das auf Art. 92 Abs. 1 BV (Post- und Fernmeldewesen) in historischer Auslegung²⁸⁴ gestützte Bundesregal für die Personenbeförderung²⁸⁵ sowie das Alkoholmonopol.²⁸⁶

Unter Hinweis auf die Massgeblichkeit von Bundesgesetzen hat das Bundesgericht ausdrücklich offen gelassen, ob das Teilmonopol der SUVA gegen die Wirtschaftsfreiheit verstösst,²⁸⁷ und nicht geprüft, ob das Verbot der Sonntagsarbeit (Art. 18 ArG) ein verhältnismässiger Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit ist.²⁸⁸

Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen gegen den in Art. 55a KVG vorgesehen Zulassungsstopp für Ärzte, zumindest wenn er nicht als bloss vorübergehende Massnahme für eine relativ kurze Dauer gilt.²⁸⁹ Auch sonst lässt sich insbesondere die Eignung der Massnahme in Frage stellen.²⁹⁰

Zumindest nach Auffassung des Bundesrates ist das Buchpreisbindungsgesetz²⁹¹ verfassungswidrig, weil es ohne verfassungsmässige Grundlage von der Wirtschaftsfreiheit abweicht.²⁹²

b) Gleichbehandlung der Gewerbege nossen

Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbege nossen, der über das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot hinausgeht, verbietet Massnahmen, welche zwar an sich auf ernsthaften, sachlichen Gründen beruhen und nicht hauptsächlich wirtschaftspolitisch motiviert sind, trotzdem aber den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren, indem sie einzelne Konkurrenten durch unterschiedliche Belastungen oder staatlich geregelten Marktzugang begünstigen oder benachteiligen.²⁹³ Auch Güter, die nur beschränkt vorhanden sind, wie der öffentliche Grund, dürfen im Prinzip nicht so zugeteilt werden, dass einige eine unbeschränkte Leistung erhalten und andere gar nichts; anzustreben ist eine Regelung, die abwechslungsweise allen Konkurrenten die Möglichkeit gibt, am Wettbewerb teilzunehmen, wobei jeweils auch dem Schutz getätigter

283 Art. 6 des Güterverkehrsverlagerungsgesetzes vom 19.12.2008 (GVVG; SR 740.1); vgl. BBl 2007 4509.

284 Art. 36 aBV; Botschaft neue Bundesverfassung, S. 271 f.; BGE 131 II 13 E. 9 S. 43.

285 Art. 4 ff. des Bundesgesetzes vom 20. März 2009 über die Personenbeförderung (Personenbeförderungsgesetz, PBG; SR 745.1).

286 Art. 3 und 27 AlkG.

287 Urteil U 412/06 vom 26. 1. 2007 (SVR 2007 UV Nr. 22) E. 6; U 129/05 vom 7. 6. 2006 E. 6.4.

288 BGE 134 II 265, nicht publ. E. 7.

289 BGE 130 I 26 E. 6.3.3.3 und 7.2.2.

290 A.a.O., E. 6.3.4.2.

291 Parlamentarische Initiative 04.430, zur Zeit in der Differenzbereinigung.

292 BBl 2009 4174 f.; ebenso SAMUEL HOWALD, Das Projekt Buchpreisbindungsgesetz sollte ad acta gelegt werden, Jusletter, 23. 11. 2009, Ziff. 6.1.

293 BGE 121 I 129 E. 3.

Investitionen Rechnung zu tragen ist, was rechtfertigt, bereits ausgeübte Tätigkeiten anders zu behandeln als solche, die erst noch beabsichtigt sind.²⁹⁴

Dieser Grundsatz ist verletzt durch die Zuweisung von Einsatzgebieten für einzelne Wirtschaftsbetriebe (in casu Helikopter-Unternehmen), wenn die anderen Betriebe der gleichen Branche keiner solchen unterliegen,²⁹⁵ oder durch eine Regelung, welche den örtlichen oder regionalen Anbietern einen Vorrang bei der Zulassung zu einem auf öffentlichem Boden veranstalteten Markt gewährt.²⁹⁶

Im Lichte dieser Kriterien könnten bundesgesetzliche Regelungen diskutabel erscheinen, welche in gewissen Bereichen einzelnen Unternehmen das ausschliessliche Recht gewähren, bestimmte Tätigkeiten auszuüben, so z.B. die Verwertungsgesellschaften nach Art. 40 ff. URG oder die Erteilung von Spielbankkonzessionen an eine beschränkte Zahl von Casinos gemäss Art. 10 ff. SBG.

13. Prozessuale Grundrechte (Art 29–32 BV)

a) *Faires Verfahren* (Art. 29 Abs. 1 und Art. 32 BV)

Aus Art. 32 BV wird ein Aussageverweigerungsrecht des in einem Strafverfahren Beschuldigten abgeleitet.²⁹⁷

Hingegen sind bundesgesetzlich vorgesehene Massnahmen verbindlich, welche durch indirekte Zwangsmassnahmen bezwecken, dass sich straffällige Personen den Strafuntersuchungsbehörden stellen, so die Regelung in Art. 6 Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2001 über die Ausweise für Schweizer Staatsangehörige,²⁹⁸ wonach die Ausstellung eines Ausweises verweigert wird, wenn die antragstellende Person wegen eines Verbrechens oder Vergehens zur Verhaftung ausgeschrieben ist.²⁹⁹

Nach Art. 20 KG müssen die Beteiligten an Abreden, marktmächtige Unternehmen und Beteiligte an Zusammenschlüssen den Wettbewerbsbehörden alle erforderlichen Auskünfte erteilen. Diese Auskünfte können dann verwendet werden als Grundlage, um Verwaltungssanktionen (Art. 49a KG) auszusprechen.

Nach Art. 51 Abs. 2 SVG sind die an einem Verkehrsunfall Beteiligten verpflichtet, die Polizei zu benachrichtigen und bei der Feststellung des Tatbestandes mitzuwirken, auch wenn sie sich gerade dadurch der strafrechtlichen Verfolgung aussetzen.³⁰⁰

294 BGE 130 I 26 E. 6.3.3.2, 128 I 136 E. 4.1, 128 II 292 E. 5.2.

295 BGE 128 II 292 E. 5.2.

296 BGE 132 I 97 E. 3.

297 BGE 130 I 126 E. 2.1.

298 Ausweisgesetz, AwG; SR 143.1..

299 Urteil 2A.382/2005 vom 17.6.2005 E. 2.2.1.

300 S. dazu Urteil 6S.281/2004 vom 10.2.2005 (SJ 2005 I S. 426) E. 2, m.H. auf Stimmen in der Literatur, welche in Art. 51 SVG eine Verletzung des nemo-tenetur-Grundsatzes erblicken.

b) Rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV)

Aus Art. 29 Abs. 2 BV folgt ein Recht jeder Verfahrenspartei, am Verfahren mitzuwirken und sich zu allen neu eingereichten Stellungnahmen äussern zu können.³⁰¹

Mit Hinweis auf die Massgeblichkeit des Völkerrechts und der Bundesgesetze sind hingegen die auf Art. 41 f. UNO-Charta und das diese umsetzende Embargogesetz³⁰² gestützten Sanktionsmassnahmen gegenüber Personen mit Verbindungen zu den Taliban massgebend, auch wenn den betroffenen Personen damit das rechtliche Gehör und der Anspruch auf gerichtliche Beurteilung entzogen wurde.³⁰³

Ebenso sind gemäss Art. 46 EMRK die Urteile des EGMR für die Schweiz verbindlich, auch wenn sie in krasser Verletzung des rechtlichen Gehörs ergangen sind, was regelmässig der Fall ist, wenn das nationale Verfahren ein Zweiparteienverfahren zwischen privaten Parteien war.³⁰⁴

Nach der Rechtsprechung verstösst es gegen Art. 29 Abs. 2 BV (Anspruch auf Begründung als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör), wenn über einen Akt der Rechtsanwendung bzw. über eine individuell-konkrete Anordnung (in casu Einbürgerung) auf dem Weg der Urnenabstimmung entschieden wird, weil dabei keine Begründung eines ablehnenden Entscheids möglich ist, was auch und gerade bei einem grossen Ermessensspielraum wichtig ist, um zu verhindern, dass der Entscheid von unsachlichen Erwägungen geleitet wird.³⁰⁵

Nach diesem Kriterium müssten generell Volksabstimmungen über individuell-konkrete Rechtsanwendungsakte verfassungswidrig sein, auf Bundesebene z.B. die Volksabstimmung über die Rahmenbewilligung für neue Kernanlagen gemäss Art. 48 Abs. 4 Kernenergiegesetz,³⁰⁶ denn auch dabei wird über einen individuell-konkreten Rechtsanwendungsakt entschieden, ohne dass ein ablehnender Entscheid begründet wird, so dass nicht überprüft werden kann, ob der Entscheid von unsachlichen Erwägungen geleitet wird.

301 BGE 133 I 100 E. 4.3–4.6.

302 Vom 22.3.2002 (SR 946.231).

303 BGE 133 II 450.

304 Der EGMR hört nur den Beschwerdeführer und den Staat, gegen den sich die Beschwerde richtet, an, nicht aber die Gegenpartei, obwohl in Art. 36 Abs. 2 EMRK eine Beteiligung Dritter vorgesehen wäre. Beispiel: Im Fall Jäggi ergingen die schweizerischen Urteile in einem Zweiparteienverfahren (Urteil 1P.600/1999 vom 22.12.1999 [SJ 2000 I S. 489]). Im Verfahren vor dem EGMR (Urteil 58757/00 vom 13.7.2006) wurde der Beschwerdeführer Jäggi angehört, nicht aber die privaten Gegenparteien. Trotzdem mussten sich diese dann im Revisionsverfahren vor dem Bundesgericht den Entscheid des EGMR als Revisionsgrund (Art. 122 BGG) entgegenhalten lassen (Urteil 1F_1/2007 vom 30.7.2007). Vgl. zu einer solchen Konstellation auch kritisch das Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 14.10.2004, BVerfG, 2 BvR 1481/04, Nr. 58 ff.

305 BGE 129 I 232 E. 3.2 und 3.3, 134 I 56 E. 2.

306 Vom 21.3.2003 (KEG; SR 732.1).

In Bürgerrechtssachen hat sich der Bundesgesetzgeber hingegen an die Vorgaben des Bundesgerichts gehalten und eine Begründungspflicht vorgeschrieben.³⁰⁷

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör folgt, dass die Namen der Gutachter den Verfahrensparteien bekanntgegeben werden, damit diese allfällige Ablehnungsgründe geltend machen und die fachliche Qualifikation des Gutachters beurteilen können.³⁰⁸ Dagegen verstösst die bundesgesetzliche Regelung von Art. 13 Abs. 3 Forschungsgesetz,³⁰⁹ wonach die Namen der Gutachter, welche Forschungsprojekte begutachten, nur mit deren Einverständnis den Parteien bekanntgegeben werden dürfen.

14. Allgemeine Grundrechtsaspekte

a) Schutzpflicht

Eine grundrechtliche Schutzpflicht hat das Bundesgericht grundsätzlich anerkannt, so in Bezug auf den Schutz des Eigentums³¹⁰ und von Leib und Leben.³¹¹

Da aber die Schutzpflicht infolge von Art. 190 BV verbindlich durch die Bundesgesetze konkretisiert wird, ist die Frage nach der Tragweite der grundrechtlichen Schutzpflicht in der Regel gleichbedeutend mit derjenigen nach der richtigen Anwendung des einschlägigen Gesetzesrechts.³¹²

Die Schutzpflicht kann sodann herangezogen werden als Rechtfertigung, um andere Ansprüche einzuschränken; so rechtfertigt sich ein Schulausschluss für störende Schüler durch die Schutzpflicht gegenüber den anderen Schülern.³¹³ Das ersetzt aber die gesetzliche Grundlage nicht, sondern liefert nur die Rechtfertigung dafür.³¹⁴ Anders ist es nur in Fällen der polizeilichen Generalklausel.³¹⁵ So kann die Behörde trotz fehlender gesetzlicher Grundlage aufgrund der staatlichen Schutzpflicht für Leib und Leben anordnen, dass ein gefährlicher Kampfhund euthanasiert wird, wenn der Eigentümer abwesend ist und sonst niemand mit dem Tier umgehen kann.³¹⁶

307 Art. 15b BüG in der Fassung vom 21.12.2007.

308 Urteil I 211/06 vom 22.2.2007 (SVR 2008 IV Nr. 13) E. 5; I 193/05 vom 7.9.2006 E. 3; 2A.587/2003 vom 1.10.2004 E. 8.6.

309 Vom 7.10.83 (FG; SR 420.1).

310 BGE 119 Ia 28 E. 2.

311 BGE 126 II 300 E. 5a; Urteil 2C_166/2009 vom 30.11.2009 E. 2.3.2.1.

312 BGE 126 II 300 E. 5c.

313 BGE 129 I 12 E. 8.4.

314 Auch in der Konstellation von BGE 119 Ia 28 (Hausbesetzer besetzen Haus) erübrigt sich eine selbständige grundrechtliche Schutzpflicht: Das Gesetz sieht nämlich zivilrechtliche Mittel vor, um Besitzstörungen abzuwehren.

315 Art. 36 Abs. 1 BV.

316 Urteil 2C_166/2009 vom 30.11.2009 E. 2.3.2.1.

b) Leistungspflichten

Direkte aus den Grundrechten fliessende staatliche Leistungspflichten hat das Bundesgericht bisher abgelehnt,³¹⁷ mit Ausnahme der in der Verfassung ausdrücklich als Leistungsrechte ausgestalteten Bestimmungen (Art. 12 und 19 BV). Im Übrigen werden Leistungsansprüche verbindlich durch den Bundesgesetzgeber festgelegt. So garantiert zwar die persönliche Freiheit das Recht, über Art und Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens nach frei gebildetem Willen zu entscheiden, gibt aber keinen Anspruch auf Beihilfe zum Suizid seitens des Staates oder Dritter oder auf Verfügbarkeit von Suizidmedikamenten.³¹⁸ Allerdings ist bei der Auslegung sozialversicherungsrechtlicher Leistungsnormen sowie bei der Ermessenshandhabung den Grundrechten und verfassungsmässigen Grundsätzen Rechnung zu tragen, soweit dies im Rahmen von Art. 190 BV möglich ist.³¹⁹

c) Drittwirkung (Art. 35 Abs. 3 BV)

Die in Art. 35 Abs. 3 BV enthaltene Drittwirkung muss beispielsweise in Verbindung mit der Koalitionsfreiheit (Art. 28 BV) berücksichtigt werden bei der Beurteilung, ob ein Streik rechtmässig sei.³²⁰ Wo aber ein Bundesgesetz einen Anspruch detailliert regelt, geht aufgrund der Massgeblichkeit der Bundesgesetze die Frage nach der Tragweite der Drittwirkung in derjenigen nach der richtigen Anwendung des Bundesgesetzes auf.³²¹

d) Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV)

Eine Gesetzesbestimmung, wonach die Polizei zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben allgemein zugängliche Orte mit technischen Geräten offen oder verdeckt überwachen und soweit notwendig Bild- und Tonaufnahmen machen darf, verstösst gegen das Bestimmtheitsgebot: Das Fehlen jeglicher Zweckangaben verunmöglicht es, klare Ziele und ein öffentliches Interesse an entsprechenden Überwachungsmassnahmen zu ermessen oder die Verhältnismässigkeit zu überprüfen. Die Gesetzesbestimmung ist eine grenzen- und konturlose Blankettnorm, welche in Grundrechtspositionen eingreift, ohne den erforderlichen Bestimmtheitsanforderungen zu genügen.³²² Demgegenüber reichen im Bundesrecht aufgrund von Art. 190 BV auch hochgradig unbestimmte formelle Gesetze als hinreichende Grundlagen für Einschränkungen.³²³

317 BGE 134 V 105 E. 5 und 6 in Bezug auf Art. 8 Abs. 2 und Art. 14 BV.

318 BGE 133 I 58 E. 6.

319 BGE 134 I 105 E. 6, m.w.H., in Bezug auf das Recht auf Familienleben.

320 BGE 132 III 122 E. 4.4.

321 BGE 134 II 249 E. 3.1 in Bezug auf Ansprüche auf bauliche Massnahmen an Privatgebäuden zugunsten Behinderter.

322 BGE 136 I 87 E. 8.3 S. 114 ff.

323 Hinten B.V.2.

III. Politische Rechte

1. *Schutz der politischen Rechte (Art. 34 Abs. 1 BV)*

Aufgrund von Art. 34 BV dürfen Volksinitiativen nur ungültig erklärt werden, wenn die verfassungsmässigen Ungültigkeitsgründe vorliegen.³²⁴ In Bezug auf die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht ist die Initiative zu Gunsten der Initianten so zu interpretieren, dass sie mit dem übergeordneten Recht konform ist; kann ihr ein Sinn beigelegt werden, der sie nicht klarerweise als unzulässig erscheinen lässt, ist sie als gültig zu erklären.³²⁵

Gemäss dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei teilweiser Ungültigkeit derjenige Teil einer Initiative, welcher als gültig betrachtet werden kann, dem Volk zur Abstimmung vorzulegen, sofern vernünftigerweise anzunehmen ist, die Unterzeichner der Initiative hätten auch den gültigen Teil der Initiative unterzeichnet, wenn er ihnen allein unterbreitet worden wäre, und wenn der verbleibende Teil der Initiative nicht von untergeordneter Bedeutung ist, sondern noch ein sinnvolles – der ursprünglichen Stossrichtung der Initiative entsprechendes – Ganzes ergibt.³²⁶

Im Bund sind die Ungültigkeitsgründe für Volksinitiativen in Art. 139 Abs. 3 BV enthalten, wobei auch eine teilweise Ungültigkeitserklärung vorgesehen ist. Da der Entscheid der Bundesversammlung aufgrund von Art. 189 Abs. 4 BV nicht der gerichtlichen Überprüfung unterliegt, besteht die Möglichkeit, dass die Bundesversammlung eine Initiative als ungültig erklärt, obwohl die dafür erforderlichen Voraussetzungen nicht erfüllt sind. So stimmte zwar nicht die Mehrheit, aber doch eine beträchtliche Minderheit der Bundesversammlung dafür, die Minarettinitiative (Art. 72 Abs. 3 BV) für ungültig zu erklären,³²⁷ obwohl diese zwingendes Völkerrecht nicht verletzt.³²⁸

2. *Freie Willensbildung und unverfälschte Stimmabgabe (Art. 34 Abs. 2 BV)*

a) *Einheit der Materie*

Aus Art. 34 BV folgt das Gebot der Einheit der Materie, wonach eine Abstimmungsvorlage grundsätzlich nur einen Sachbereich zum Gegenstand haben darf; mehrere Sachfragen oder Materien dürfen nur verbunden werden, wenn sie einen inneren sachlichen Zusammenhang haben.³²⁹ Das Gebot ist nach der Rechtsprechung verletzt bei einer Volksinitiative, welche gleichzeitig die Errichtung einer kantonalen Krankenkasse und die Referendumpflicht für Privata-

324 BGE 132 I 282 E. 1.3.

325 BGE 132 I 282 E. 3.1 S. 286, 129 I 392 E. 2.2 S. 395.

326 BGE 119 Ia 154 E. 9a.

327 Im Nationalrat 53 Stimmen (Amtl. Bull. 2009 N 118), im Ständerat 16 Stimmen (Amtl. Bull. 2009 S 545).

328 BBl 2008 7609 ff.

329 BGE 129 I 366 E. 2.3 S. 371, 381 E. 2.1, 128 I 190 E. 3.2.

tisierungen des service public verlangt,³³⁰ bei einer Initiative, welche gleichzeitig die Einführung eines obligatorischen Referendums für bestimmte Gesetze und einen verstärkten Mieterschutz anstrebt,³³¹ bei einer Initiative, welche eine Vielzahl verschiedener Massnahmen zum Schutz der Mieter verlangt,³³² oder einer Abstimmungsvorlage, welche einerseits den Schlüssel für die Ausrichtung von Beiträgen an den Kanton, die Gemeinden und einen Kulturfonds und andererseits eine grundlegende Änderung des kantonalen Steuergesetzes (u.a. mit einer Reduktion des Eigenmietwertes, einer Entlastung sehr hoher Einkommen und Vermögen durch degressive Steuersätze und einer Entlastung von Unternehmen mit hohen Gewinnen) festlegt.³³³

Im Lichte dieser Kriterien war bei der eidgenössischen Abstimmungsvorlage vom 21. Mai 2006 über die Reform der Bildungsverfassung, wodurch gleichzeitig zehn Verfassungsartikel geändert oder neu erlassen wurden,³³⁴ wohl die Einheit der Materie verletzt.³³⁵ Ebenso hätten jedenfalls nach Auffassung des Bundesrates die beiden Vorlagen über die Weiterführung des Freizügigkeitsabkommens mit der EU und über die Ausdehnung auf Bulgarien und Rumänien (Volksabstimmung vom 8. Februar 2009) getrennt dem Referendum unterstellt werden müssen.³³⁶ Die Bundesversammlung beschloss gegenteilig und legte die beiden Vorlagen zusammen.³³⁷

b) *Einheit der Form*

Unzulässig ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Abstimmung, welche die Einheit der Form verletzt, wenn das anwendbare Staatsrecht nur getrennte Formen vorsieht.³³⁸

Auf eidgenössischer Ebene wurden mit der Vorlage über den neuen Finanzausgleich zahlreiche Verfassungsbestimmungen in einer Vorlage der Abstimmung unterbreitet. Der Bundesrat betrachtete dies in der Botschaft als Totalrevision nach Art. 193 BV, um die Frage zu umgehen, ob der Grundsatz der Einheit der Materie gewahrt wäre.³³⁹ Die Vorlage wurde aber nicht als neue Verfassung, sondern als Änderung der bisherigen Verfassung bezeichnet und

330 BGE 129 I 381 E. 2.4.

331 BGE 130 I 185 E. 3.

332 Urteil 1C_289/2008 vom 9.3.2009 E. 2.

333 Urteil 1P.223/2006 vom 12.9.2006 (ZBl 108/2007 S. 332) E. 3.

334 Art. 48a und 61a–67 BV; BBl 2005 7273.

335 BIAGGINI, BV-Kommentar, N 2 vor Art. 61 a, N 8 zu Art. 192; a.M. HANGARTNER, St. Galler BV-Kommentar, N 23 Vorbem. zu Art. 192–195.

336 BBl 2008 2207 f.

337 Bundesbeschluss vom 13.6.2008 (AS 2009 2411).

338 Urteile 1P.531/2006 vom 8.11.2006 (RTiD 2007 I 3) E. 4; 1P.260/1989 vom 12.12.1989 (ZBl 92/1991 S. 164) E. 5.

339 BBl 2002 2323 f.

stellt damit eine problematische Vermischung von Total- und Teilrevision dar.³⁴⁰

c) *Erfolgswertgleichheit*

Aus Art. 34 BV hat das Bundesgericht eine Erfolgswertgleichheit der Stimmkraft in dem Sinne abgeleitet, dass möglichst alle Stimmen bei der Mandatszuweisung zu berücksichtigen sind.³⁴¹ Eine Wahlkreisregelung, welche dazu führt, dass ein Quorum von mehr als 10% der Stimmen erforderlich ist, um ein Mandat zu erzielen, ist – wenn sie nicht durch beachtliche Gründe gerechtfertigt werden kann – verfassungswidrig,³⁴² zumal wenn die Wahlkreise von sehr unterschiedlicher Grösse sind und daher unterschiedliche natürliche Quoren bestehen.³⁴³

Nach diesen Massstäben müsste die sehr unterschiedliche Wahlkreisgrösse für die Nationalratswahlen als verfassungswidrig beurteilt werden,³⁴⁴ wobei sich diese allerdings ihrerseits aus der Verfassung ergibt.³⁴⁵

d) *Behördliche Intervention in den Abstimmungskampf*

Die Garantie der freien Willensbildung schliesst nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Vorfeld von Abstimmungen jede behördliche Intervention aus, die geeignet ist, die freie Willensbildung der Stimmberechtigten zu verfälschen. Zulässig ist es, den Stimmberechtigten eine Abstimmungsempfehlung und einen erläuternden Bericht abzugeben, der wahrheitsgemäss und objektiv über die Vorlage informiert.³⁴⁶ Eine darüber hinaus gehende Intervention der Behörden in den Abstimmungskampf rechtfertigt sich nur bei beachtlichen Gründen, namentlich um Falschinformationen richtigzustellen.³⁴⁷

Die Praxis von Bundesrat und Bundesverwaltung divergiert beträchtlich zu diesen bundesgerichtlichen Anforderungen.³⁴⁸

340 Kritisch BIAGGINI, BV-Kommentar, N 8 zu Art. 192; BIAGGINI, Verfahren S. 131 f.; vgl. zu anderen Paketrevisionen auch AUBERT/MAHON, Art. 192 N 2.

341 BGE 129 I 185 E. 7.3, 131 I 74 E. 3.1

342 BGE 131 I 74 E. 5.3 und 5.4.

343 BGE 129 I 185 E. 7.6.3 S. 203, 131 I 74 E. 5.5.

344 So RÜTSCH, Grenzen, S. 163.

345 Art. 149 Abs. 3 und 4 BV.

346 BGE 130 I 290 E. 3.2, 132 I 104 E. 4.1 S. 112.

347 BGE 132 I 104 E. 4.1 S. 112; TORNAY, S. 260 ff.

348 Vgl. STEINMANN, Basler Kommentar zum BGG, N 96 zu Art. 82, m.w.H.

IV. Kompetenzaufteilung Bund/Kantone

1. Polizei, öffentliche Sicherheit

Die Sorge für die öffentliche Sicherheit ist grundsätzlich Sache der Kantone.³⁴⁹ Deshalb bedarf z.B. ein umfassendes Hundegesetz, das auch die Vermeidung von Gefährdungen der Menschen durch Hunde regelt, einer besonderen Verfassungsgrundlage.³⁵⁰ Die Bundesgesetzgebung hat aber in den letzten Jahren verschiedentlich polizeiliche und Sicherheitsgesetze erlassen, deren Verfassungsgrundlage teilweise zweifelhaft erscheint: Das Bundesgesetz vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit³⁵¹ stützt sich laut seinem Ingress auf Art. 54 Abs. 1 BV, der aber nur die auswärtigen Angelegenheiten betrifft, auf Art. 57 Abs. 2 BV, der aber nicht kompetenzbegründend ist,³⁵² sowie auf «die Zuständigkeit des Bundes zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit der Eidgenossenschaft», die als stillschweigende Bundeskompetenz betrachtet wurde.³⁵³ Auch das Bundesgesetz über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes³⁵⁴ stützt sich auf Art. 57 Abs. 2 BV mit der Begründung, die Kantone seien alleine nicht in der Lage, die Aufgabe zu erfüllen.³⁵⁵ Das Zwangsanwendungsgesetz vom 20. März 2008³⁵⁶ stützt sich ebenfalls auf Art. 57 Abs. 2 BV und daneben auf die Art. 121 und 123 Abs. 1 BV.³⁵⁷ Bezüglich der am 24. März 2006 ins BWIS eingefügten Massnahmen zur Bekämpfung der Gewalt bei Sportveranstaltungen³⁵⁸ hat auch der Bundesrat die Verfassungsgrundlage bezweifelt und teilweise verneint.³⁵⁹

349 Art. 3 BV; Art. 57 BV, wonach (auch) der Bund im Rahmen seiner Zuständigkeiten für die Sicherheit des Landes und den Schutz der Bevölkerung sorgt, begründet keine eigenen Kompetenzen des Bundes, sondern setzt solche voraus.

350 BGE 133 I 172 E. 2; Urteil 2C_166/2009 vom 30. 11. 2009 E. 2.2, 2C_52/2009 vom 13. 1. 2010 E. 3. So auch die Auffassung der WBK-N, BBl 2009 3567, m.H. auf ein Gutachten des BJ (VPB 65/I S. 30), weshalb sie eine Ergänzung von Art. 80 BV um einen neuen Abs. 2^{bis} vorschlug.

351 BWIS; SR 120.

352 BIAGGINI, BV-Kommentar, N 10 zu Art. 57; SCHWEIZER, St. Galler BV-Kommentar, N 2 und 9 zu Art. 57; vgl. auch BBl 2007 6478.

353 BBl 1994 II 1141 f., 1201.

354 BPI; SR 361.

355 BBl 2006 5090. Daneben beruft sich das Gesetz im Ingress auf Art. 173 Abs. 2 BV, der aber keine Bundeskompetenz begründet, sondern eine solche vielmehr voraussetzt.

356 ZAG; SR 364.

357 Vgl. BBl 2006 2515.

358 AS 2006 3703.

359 BBl 2005 5637 ff., 2007 6468. Einige dieser Massnahmen wurden infolge der verfassungsrechtlichen Bedenken bis Ende 2009 befristet, ohne dass aber das in Art. 140 Abs. 1 lit. c BV vorgesehene Verfahren für dringliche Bundesgesetze ohne Verfassungsgrundlage angewendet worden wäre. Ablehnend zu diesen Regelungen BIAGGINI, BV-Kommentar, N 9 zu Art. 57.

2. *Steuern und Abgaben*

Gewisse Zweifel angemeldet hat das Bundesgericht in Bezug auf die Verfassungsmässigkeit der pauschalen Aufsichtsabgaben, die in verschiedenen Bereichen erhoben werden, die Frage aber unter Hinweis auf Art. 190 BV offen gelassen.³⁶⁰

Gegen die Steuertarifhoheit der Kantone (Art. 129 Abs. 2 BV) verstösst gemäss Bundesgericht die in Art. 11 Abs. 1 Satz 2 StHG vorgeschriebene Gleichbehandlung von Ein- und Zweielternfamilien.³⁶¹

Die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes nach Art. 105 BV (und damit auch die Kompetenz zur Monopolisierung) sowie die Verbrauchssteuerkompetenz nach Art. 131 Abs. 1 lit. b BV beschränkt sich auf gebrannte Wasser. Art. 2 Abs. 1 AlkG erstreckt jedoch den Geltungsbereich des Gesetzes und des darin festgelegten Monopols auf Äthylalkohol ohne Rücksicht auf die Art seiner Herstellung.³⁶² Sodann werden auch nicht gebrannte alkoholische Erzeugnisse mit mehr als 15% Alkoholgehalt dem Gesetz und der Alkoholsteuer unterworfen.³⁶³ Schliesslich werden auch Mischgetränke insgesamt dem Gesetz unterstellt,³⁶⁴ was zur Folge hat, dass auf der ganzen eingeführten Menge eine Monopolabgabe erhoben wird,³⁶⁵ auch wenn der Anteil gebrannten Wassers sehr gering ist, während auf dem nicht gebrannten Anteil keine solche Abgabe erhoben wird, wenn er getrennt eingeführt und erst innerhalb der Schweiz zusammengemischt wird.³⁶⁶

3. *Sonstiges*

Art. 29 Abs. 2 ParlG sieht vor, dass die Bundesversammlung auch dann Einzelakte erlassen kann, die dem bloss fakultativen Referendum unterstehen, wenn weder die Bundesverfassung noch ein Bundesgesetz die notwendige gesetzliche Grundlage enthalten,³⁶⁷ was jedenfalls dann, wenn keine Verfassungsgrundlage besteht, verfassungswidrig ist.³⁶⁸

Das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland³⁶⁹ stützt sich nach seinem Ingress auf die Bundeszuständigkeit im Zi-

360 Urteil 2C_729/2007 vom 25.6.2008 E. 3.3.

361 BGE 131 II 697 E. 4.4.

362 Urteil 2A.568/2006 vom 30.1.2007 E. 3.2.

363 Art. 2 Abs. 2 und Art. 23^{bis} Abs. 1 lit. b AlkG.

364 Art. 2 Abs. 3 AlkG.

365 Art. 28 AlkG.

366 Vgl. Urteil 2A.174/1997 vom 2.6.1998 (ASA S. 366) E. 2.

367 Als Anwendungsbeispiel: Bundesbeschluss vom 23.3.2007 über die Kompensation der CO₂-Emissionen von Gaskombikraftwerken (SR 641.72).

368 TSCHANNEN, St. Galler BV-Kommentar, N 35 zu Art. 163.

369 Vom 16.12.1983 (BewG; SR 211.412.41).

vil- und Strafrecht und in auswärtigen Angelegenheiten, was verfassungsrechtlich in Frage gestellt werden kann.³⁷⁰

Ohne genügende Verfassungsgrundlage ist zumindest nach Auffassung des Bundesrates das Buchpreisbindungsgesetz.³⁷¹

Gestützt auf Art. 117 BV (bzw. Art. 34^{bis} aBV) ist der Bund zuständig für die Krankenversicherung, wozu auch Regelungen gehören, welche das Gesundheitswesen generell oder das Verhältnis zwischen Patient und Leistungserbringer regeln, soweit sich dies auf das öffentlich-rechtlich geregelte Versicherungsverhältnis auswirkt.³⁷² Hingegen ist der Bund nicht zuständig für das ganze Gesundheits- und Spitalwesen, ebensowenig für Vorschriften über die zulässige Höhe von Rechnungen, die nicht von der Sozial-, sondern allenfalls von einer Privatversicherung zu bezahlen sind.³⁷³ Soweit in Art. 39 KVG³⁷⁴ eine weitergehende Planungs- und Koordinationskompetenz des Bundes festgelegt werden sollte, ist dies problematisch.

V. Organisationsrechtliche Bestimmungen

1. Gewaltenteilung im Allgemeinen

Unter dem Regime der staatsrechtlichen Beschwerde wurde die Gewaltenteilung hauptsächlich im Zusammenhang mit der Gesetzesdelegation³⁷⁵ und dem (im Bundesrecht unerheblichen) Finanzreferendum Thema der bundesgerichtlichen Beurteilung, weil dadurch verfassungsmässige Rechte der Bürger verletzt werden konnten; in Bezug auf andere Kompetenzkonflikte zwischen (kantonalen) Behörden (namentlich zwischen Parlament und Regierung) war dies kaum der Fall. Mit der Einheitsbeschwerde könnten auch solche Fragen grundsätzlich dem Bundesgericht unterbreitet werden.

Im Bund ist dies nicht möglich: Obwohl Kompetenzkonflikte zwischen Bundesversammlung und Bundesrat insbesondere im Zusammenhang mit der parlamentarischen Obergewalt und der Zulässigkeit bzw. Tragweite von Motionen zu den Klassikern der verfassungsrechtlichen Gewaltenteilungsdiskussion gehören, entscheiden der Bundesgesetzgeber³⁷⁶ oder im Einzelfall die Bundesversammlung gestützt auf Art. 173 Abs. 1 lit. i BV abschliessend über die jeweiligen Zuständigkeiten, ohne dass dies verfassungsgerichtlich überprüfbar wäre.

370 Vgl. die ausführlichen Bemerkungen mit Hinweisen auf kritische Stimmen in der Botschaft zum BewG, BBl 1981 III 639 ff.

371 BBl 2009 4174 f.

372 BGE 132 V 6 E. 2.4.2

373 BGE 135 V 443 E. 3.5, 134 V 269 E. 2.4.

374 In der Fassung vom 21. 12. 2007, AS 2008 2049; dazu BBl 2004 5574 f.

375 Dazu hinten B.V.2.

376 S. vor allem das ParlG.

2. *Legalitätsprinzip/Gesetzesdelegation*

a) *Im Allgemeinen*

Im Bereich der Rechtsetzung bedeutet Gewaltenteilung – in Verbindung mit dem Legalitätsprinzip – dass generell-abstrakte Normen vom zuständigen Organ in der dafür vorgesehenen Form zu erlassen sind,³⁷⁷ das heisst grundsätzlich – unter Vorbehalt selbständiger Verordnungskompetenzen der Regierung – vom formellen Gesetzgeber. Die Delegation von Rechtsetzungskompetenzen an die Regierung ist nicht ausgeschlossen, muss sich aber auf ein bestimmtes Gebiet beschränken. Unzulässig sind Blanko-Delegationen.³⁷⁸ Das formelle Gesetz muss die Grundzüge der Regelung selber enthalten, soweit die Stellung der Rechtsunterworfenen schwerwiegend berührt wird.³⁷⁹ Für schwere Grundrechtseinschränkungen ergibt sich dies aus Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV, für die grundlegende Gerichtsorganisation aus Art. 30 Abs. 1 BV.³⁸⁰ Im Bundesrecht werden diese Grundsätze sodann durch Art. 164 BV festgelegt, wonach alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes (und damit dem fakultativen Referendum zugänglich) zu erlassen sind.

Für die Beurteilung, welche Bestimmungen der formellen Gesetzgebung bedürfen, sind verschiedene Kriterien massgebend, wie die Zahl der geregelten Verhaltensalternativen, die Grösse des Adressatenkreises, die Komplexität und die Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidungen, die Intensität einer Regelung oder Schwere eines Eingriffs, die Bedeutung einer Regelung für die Ausgestaltung des politischen Systems, die finanziellen Auswirkungen, die Umstrittenheit einer Regelung bzw. der eventuelle Widerstand, den die betroffenen Personen der Regelung entgegensetzen könnten, sowie das geltende Recht als Ausdruck vorangegangener gesetzgeberischer Bewertungen der Wichtigkeit. Wegleitend kann auch eine verbreitete, seit langem bestehende Rechtswirklichkeit sein; eine Regelung auf Verordnungsstufe ist eher zulässig, wenn sie dem allgemein üblichen Standard entspricht. Umgekehrt verhält es sich mit bisher unüblichen Regelungen.³⁸¹

Im kantonalen Staatsrecht überprüft das Bundesgericht, ob ein Gesetz diese Anforderungen einhält. So ist z.B. nach der Rechtsprechung ein formelles Gesetz erforderlich für ein Rauchverbot in öffentlichen Räumen,³⁸² für die Einführung eines Numerus Clausus an einer Universität oder einem Gymnasium,³⁸³ für die Regelung der Gerichtsorganisation, der sachlichen Zuständigkeit der

377 BGE 131 I 291 E. 2.1, 130 I I E. 3.1, 128 I 327 E. 2.1.

378 BGE 130 I I E. 3.4.3.

379 Statt vieler BGE 128 I 327 E. 4.1, 128 I 113 E. 3c.

380 BGE 134 I 125 E. 3.3.

381 BGE 136 I 87 E. 3.1 S. 90 f., 135 I 169 E. 5.4.1 S. 173, 134 I 322 E. 2.6.3, 133 II 331 E. 7.2.1 S. 347, 130 I I E. 3.4.2.

382 BGE 134 I 322 E. 2.6.3.

383 BGE 125 I 173 E. 4a, 121 I 22 E. 4; Urteil 2P.304/2005 vom 14.3.2006 (ZBl 107/2006 S. 539) E. 4.

Gerichte und des Rechtsmittelwegs³⁸⁴ sowie für strafrechtliche Sanktionen, die einen Freiheitsentzug mit sich bringen.³⁸⁵

Demgegenüber ist infolge von Art. 190 BV (bzw. seinen Vorgängerbestimmungen) ein vom Bundesgesetzgeber dem Bundesrat eingeräumter grosser Ermessensspielraum für das Bundesgericht verbindlich,³⁸⁶ auch wenn dadurch die Anforderungen von Art. 164 BV verletzt werden. Das Bundesgericht prüft nur, ob die Verordnung den (weiten) Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung sprengt,³⁸⁷ nicht aber, ob das Gesetz seinerseits die verfassungsmässigen Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage beachtet. Das hat namentlich im Abgaberecht Konsequenzen,³⁸⁸ aber auch sonst hat diese Rechtslage zur Folge, dass bestimmte Regelungen, für welche von den Kantonen eine formellgesetzliche Grundlage verlangt wird, auf Bundesebene nicht vom formellen Gesetzgeber getroffen werden.³⁸⁹ Zudem kann sich aus einem Bundesgesetz eine Ermächtigung oder sogar eine Verpflichtung der kantonalen Regierungen ergeben, Ausführungsbestimmungen zu erlassen oder das kantonale Recht anzupassen, wenn dies notwendig ist, um die Vereinbarkeit mit dem Bundesgesetz herzustellen.³⁹⁰

Auf Bundesebene können beispielsweise durch Verordnung Straftatbestände konkretisiert werden, die im formellen Gesetz nur durch unbestimmte Delegationsnormen geregelt sind. So stellt Art. 90 SVG die Verletzung von Verkehrsregeln unter Strafe, wobei der Bundesrat zum Erlass ergänzender Verkehrsvorschriften ermächtigt ist.³⁹¹ Bestraft wird dann unter Hinweis auf Art. 190 BV auch, wer gegen die auf Verordnungsebene festgelegten Verkehrsregeln verstösst.³⁹² In gleicher Weise ermächtigen viele andere Bundesgesetze den Bundesrat, Verhaltensvorschriften aufzustellen, deren Verletzung dann aufgrund einer im formellen Gesetz enthaltenen Blanko-Strafnorm bestraft wird.³⁹³

Auf Verordnungsebene können auf diese Weise im Bundesrecht auch Grundrechtseinschränkungen eingeführt werden, die nach der Rechtsprechung zum

384 BGE 134 I 125 E. 3.2.

385 BGE 124 IV 23 E. 1; Urteil 2A.705/2006 vom 24.4.2007 (ASA 76 S. 700) E. 3.7.

386 BE 131 II 271 E. 4, 131 II 735 E. 4.1, 129 II 160 E. 2.3

387 Verneint z.B. in Bezug auf Gebühren im Fernmeldebereich (BGE 131 II 735 E. 4 und 5).

388 Dazu hinten B.V.2.b.

389 Anders verhält es sich jedoch, wenn die vom Bundesrat erlassene Regelung von der Delegationsnorm nicht gedeckt ist und auch nicht als blosse Vollzugsverordnung qualifiziert werden kann; in diesem Fall ist die Verordnung verfassungswidrig, so dass gestützt darauf auch keine Verurteilungen oder Massnahmen ausgesprochen oder angeordnet werden können. Vgl. BGE 133 II 331 E. 7.2 bzgl. Warnungsentzug wegen Widerhandlungen gegen Verkehrsregeln im Ausland; BGE 131 II 13 bzgl. Interkonnektionspflicht.

390 BGE 131 I 291 E. 2.6, 130 I 140 E. 5.3.

391 Art. 57 Abs. 1 SVG.

392 Vgl. Urteil 6P.62/2007 vom 27.10.2007 E. 3.3.

393 Vgl. BGE 124 IV 225 (vom Bundesrat gestützt auf Art. 32 USG erlassene Vorschriften über Abfälle); Urteil 6B_927/2008 vom 2.6.2009 (vom Bundesrat gestützt auf Art. 159a LwG erlassene Vorschriften über die Verwendung von Produktionsmitteln).

kantonalen Staatsrecht einer formellgesetzlichen Grundlage bedürften. So wird im kantonalen Staatsrecht ein Gesetz, welches die Polizei ermächtigt, zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben allgemein zugängliche Orte mit technischen Geräten zu überwachen, als zu unbestimmt qualifiziert, weil daraus keine genügend klare Zielrichtung hervorgeht.³⁹⁴ Demgegenüber wird im Bundesrecht auf Verordnungsebene vorgeschrieben, dass Spielbankenbesucher persönlich identifiziert und durch ein Kameraüberwachungssystem ununterbrochen überwacht werden,³⁹⁵ obwohl die formellgesetzliche Grundlage³⁹⁶ den Spielbankenbetreiber nur verpflichtet, ein Sicherheitskonzept vorzulegen und den Bundesrat ermächtigt, die Anforderungen an die Konzepte festzulegen, ohne eine Kameraüberwachung auch nur der Spur nach zu erwähnen.³⁹⁷ Desgleichen genügt eine gestützt auf Art. 7 Abs. 2 des Nationalstrassengesetzes,³⁹⁸ wonach der Bundesrat Grundsätze über Nebenanlagen von Nationalstrassen festlegen kann, erlassene Verordnung unter Hinweis auf das Massgeblichkeitsgebot als genügende Grundlage für Grundrechtseinschränkungen.³⁹⁹

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum kantonalen Staatsrecht werden die Gewaltenteilung und die Delegationsgrundsätze verletzt durch ein Gesetz, welches die Regelung der Anstellungsbedingungen des Personals staatlicher Anstalten an die Leitungsorgane dieser Anstalten überträgt.⁴⁰⁰ Im Bund ermächtigt hingegen Art. 13 FINMAG⁴⁰¹ den Verwaltungsrat der FINMA ohne weitere Vorgaben, das öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnis ihres Personals mit einer durch den Bundesrat zu genehmigenden Verordnung zu regeln.

b) Legalitätsprinzip im Abgaberecht

Nach Art. 127 Abs. 1 BV muss die Ausgestaltung der Steuern in den Grundzügen im formellen Gesetz geregelt werden, mindestens der Kreis der Steuerpflichtigen, der Gegenstand der Steuer und deren Bemessung. Die Rechtsprechung wendet diese Bestimmung auch auf andere Abgaben als Steuern⁴⁰² und auch auf kantonale Abgaben an.⁴⁰³ Diese Faktoren müssen auch dann im for-

394 BGE 136 I 87 E. 8.3 S. 114 ff.

395 Art. 30 der Spielbankenverordnung vom 24.9.2004 (VSBG; SR 935.521); Art. 3–7 der Glücksspielverordnung vom 24.9.2004 (GSV; SR 935.521.21).

396 Art. 14 Abs. 1 SBG.

397 Vgl. 2C_177/2008 vom 20.6.2008 (RTiD 2009 I 269), wo ein Spielbankenbetreiber wegen Missachtung dieser Pflichten eine Verwaltungssanktion bezahlen musste, ohne dass die Legalität der Verordnung diskutiert worden wäre.

398 BG vom 8.3.1960 über den Bau von Nationalstrassen (NSG; SR 725.11).

399 BGE 109 Ib 285; Urteil 2A.142/2005 vom 24.11.2005 (ZBI 107/2006 S. 550) E. 3.

400 BGE 128 I 113 E. 3.

401 Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1).

402 BGE 131 II 735 E. 3.2.

403 BGE 135 I 130 E. 7.2, 132 I 157 E. 2.2.

mellen Gesetz geregelt sein, wenn dieses die Kompetenz zur Festlegung einer Abgabe an eine nachgeordnete Behörde delegiert, doch sind die Anforderungen für gewisse Arten von Kausalabgaben gelockert, soweit das Mass der Abgabe durch überprüfbare verfassungsrechtliche Prinzipien (Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip) begrenzt wird und nicht allein der Gesetzesvorbehalt diese Schutzfunktion erfüllt.⁴⁰⁴

So sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ungenügende gesetzliche Grundlagen: Ein Gesetz, das zwar regelt, für welche Strassenfahrzeuge eine Motorfahrzeugsteuer zu entrichten ist und dass sich diese nach der Zahl der Tage der Zulassung zum Verkehr und dem Gesamtgewicht des Fahrzeuges richtet, aber die Befugnis zur Bestimmung der Besteuerungsgrundlagen, der Abgabepflichtigen und des Steuertarifs delegiert;⁴⁰⁵ ein Gesetz, welches die Behörden ermächtigt, «für ihre Amtshandlungen den Beteiligten Kosten» aufzuerlegen, die nur mit einem maximalen Betrag limitiert sind, auch wenn es sich um kostenabhängige Kausalabgaben handelt;⁴⁰⁶ ein Gesetz, das für die Bemessung einer Abgabe nur drei Kriterien vorsieht, aber weder die Gewichtung dieser Kriterien noch die maximale Höhe der Abgabe festlegt.⁴⁰⁷ Auch Lenkungsabgaben bedürfen einer formellgesetzlichen Grundlage oder zumindest einer Grundlage in einem verwaltungsrechtlichen Vertrag.⁴⁰⁸

Im Bundesrecht gibt es demgegenüber viele Abgaben, bei welchen das formelle Gesetz nicht alle Elemente festlegt, die nach der Rechtsprechung zum kantonalen Staatsrecht auf formellgesetzlicher Ebene geregelt sein müssten. Das Bundesgericht hat jeweils diese Abgaben als zulässig erachtet, weil infolge von Art. 190 BV die formellgesetzliche Grundlage und der dem Verordnungsgeber eingeräumte Spielraum verbindlich sind, unabhängig davon, ob die Delegationsnorm dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitserfordernis genügt.⁴⁰⁹ Ungenügend wäre bei einer verfassungsrechtlichen Überprüfbarkeit z.B. die in Art. 32e USG enthaltene Abgabe zur Finanzierung der Sanierung belasteter Standorte.⁴¹⁰ Verfassungsrechtliche Bedenken erweckte der bis Ende 2004 in Kraft gewesene Art. 4 des Bundesgesetzes vom 4.10.1974 über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes,⁴¹¹ welcher die Grundlage für zahlrei-

404 BGE 135 I 130 E. 7.2, 132 II 371 E. 2.1, 131 II 735 E. 3.2, 126 I 180 E. 2a.

405 BGE 124 I 216 E. 4c.

406 BGE 123 I 248 E. 3.

407 BGE 129 I 346 E. 5.3.

408 Zur Publikation vorgesehene Urteil 1C_501/2009 vom 4. Januar 2010 E. 3 und 4; Urteil 1C_363/2009 vom 4. 1. 2010 E. 3.

409 Vgl. BGE 131 II 735 E. 4.1, 128 II 247 E. 3.3 und 5; Urteil 2A.62/2005 vom 22.3.2006 E. 4.1. MÜLLER, Gedanken, S. 424 f. Anders verhält es sich, wenn die Verordnung, welche die Gebühr festlegt, nicht auf einer Delegationsnorm beruht. In diesem Fall ist Art. 190 BV nicht anwendbar und die bloss auf Verordnungsstufe festgelegte Gebühr ist unzulässig (BGE 131 II 735 E. 4.4 bzgl. Fernmeldekonzessionsgebühr).

410 BGE 131 II 271 E. 7.4 S. 287.

411 SR 611.010.

che auf Verordnungsstufe festgelegte Gebühren bildete, aber im Lichte der genannten Grundsätzen wohl als ungenügende Grundlage zu betrachten wäre.⁴¹²

Auch manche andere Abgabe erscheint in diesem Lichte als problematisch, so die Spielbankenabgabe gemäss Art. 40 ff. SBG,⁴¹³ die Aufsichtsabgaben, die in verschiedenen Bereichen erhoben werden,⁴¹⁴ wohl auch die Empfangsgebühren für Radio und Fernsehen gemäss Art. 68 ff. RTVG⁴¹⁵ und die Beiträge zur Finanzierung von Selbsthilfemassnahmen gemäss Art. 9 Abs. 2 LwG.⁴¹⁶ Desgleichen hat das Bundesgericht die landwirtschaftlichen Lenkungsabgaben, die im Gesetz nur dem Grundsatz nach geregelt sind, unter Hinweis auf den vom Gesetz dem Bundesrat delegierten Ermessensspielraum als zulässig erachtet.⁴¹⁷ Kaum genügend gesetzlich festgelegt sind auch die Einfuhrzölle für Landwirtschaftsprodukte, soweit sie vom formellgesetzlich erlassenen Zolltarif⁴¹⁸ abweichen.⁴¹⁹

3. *Unabhängigkeit der Justiz (Art. 191 c BV)*

Die Unabhängigkeit der Justiz verlangt nach der Rechtsprechung, dass gerichtliche Urteile nicht anders als auf dem Wege des gerichtlichen Rechtsmittelzugs aufgehoben werden können. Nicht-richterliche Behörden dürfen keine gerichtlichen Urteile aufheben.⁴²⁰ Die Exekutive kann nicht die Vollstreckung eines Urteils aus politischen Gründen verweigern.⁴²¹ Der Gesetzgeber kann zwar pro futuro (und in den Schranken des Rückwirkungsverbots allenfalls rückwirkend) die Gesetzgebung ändern, auf der ein gerichtliches Urteil beruht; aber weder Bundesversammlung noch Gesetzgeber können gerichtliche Urteile aufheben.⁴²²

412 Vgl. BGE 128 II 247 E. 5; Urteil 2P.134/2003 vom 6.9.2004 (SJ 2005 I 205) E. 11.3; anders Urteil 2A.75/1996 vom 21.10.1996 (RDAT 1997 I 54) E. 4.

413 Vgl. BGE 131 II 562 E. 3.2.

414 Vgl. Urteil 2C_729/2007 vom 25.6.2008 E. 4 bzgl. der Aufsichtsabgabe gemäss Art. 22 GwG (in Kraft gewesen vom 1.1.2006 bis 31.12.2008); vgl. heute Art. 15 FINMAG.

415 Vgl. zu Art. 55 aRTVG Urteil 2A.528/2006 vom 6.2.2007 E. 5.2; 2A.426/2002 vom 23.6.2003 (RDAT 2003 II N. 57) E. 1.4/5.

416 Urteil 2A.62/2005 vom 22.3.2006, wo die Abgaben unter Hinweis auf Art. 190 BV geschützt wurden.

417 Urteil 2C_663/2008 vom 23.11.2009 E. 2.3 (betr. Art. 47 LwG).

418 Zolltarifgesetz vom 9.10.1986 (ZTG; SR 632.10).

419 Art. 10 Abs. 1 ZTG; Art. 17 ff. LwG; Art. 5–7 sowie Anhänge 1–3 der Agrareinfuhrverordnung vom 7.12.1998 (AEV; SR 916.01); Art. 1 des BG vom 13.12.1974 über die Ein- und Ausfuhr von Erzeugnissen aus Landwirtschaftsprodukten (SR 632.111.72).

420 BGE 120 Ia 19 E. 4a S. 28 f.; KIENER, *Unabhängigkeit*, S. 242; vgl. BGE 132 I 229 E. 9.3.

421 BGE 119 Ia 28 E. 3 S. 33 f.

422 HALLER, *Kommentar (a)BV*, N 30 Art. 106; BIAGGINI, *BV-Kommentar*, N 5 zu Art. 191 c; KIENER, *Unabhängigkeit*, S. 245; RHINOW/SCHEFER, S. 554; vgl. zur Unzulässigkeit eines Eingriffs der Legislative in das gerichtliche Verfahren auch die Urteile des EGMR 39374/98 vom 7.11.2000 i.S. Anagnostopoulos g. Griechenland, § 20 f., 41209/98 vom 28.3.2000 i.S. Georgiadis g. Griechenland, § 25.

Gegen diese Grundsätze verstossen auf bundesgesetzlicher Ebene Art. 3 des Gesetzes vom 20. Juni 2003 über die Aufhebung von Strafurteilen gegen Flüchtlingshelfer zur Zeit des Nationalsozialismus⁴²³ sowie Art. 3 Abs. 2 des Gesetzes vom 20. März 2009 über die Rehabilitierung der Freiwilligen im Spanischen Bürgerkrieg,⁴²⁴ durch welche auf dem Wege der Gesetzgebung rechtskräftige Gerichtsurteile aufgehoben werden, und zwar ex tunc, um auszudrücken, dass diese Urteile nie rechtmässig waren.⁴²⁵

Gegen diese Grundsätze versties sodann der Bundesrat, als er in der Sud Provizel-Affäre ein bundesgerichtliches Urteil⁴²⁶ nicht umsetzte, sondern Vorkehren traf, um die Vollstreckung zu verhindern.⁴²⁷

4. *Verfahrensbestimmungen für das Gesetzgebungsverfahren*

Sieht das (kantonale) Verfassungsrecht für einen Erlass eine zweimalige Lesung im Parlament vor, so ist ein Erlass, der nur einer einmaligen Lesung unterstellt wurde, verfassungswidrig und auf Beschwerde hin aufzuheben.⁴²⁸ Dergleichen kann das Bundesgericht überprüfen, ob der kantonale Gesetzgeber mit Recht eine Dringlichkeitsklausel angerufen hat.⁴²⁹

Demgegenüber ist nach herrschender Auffassung ein Bundesgesetz auch dann massgebend, wenn es in Verletzung der verfassungsmässigen Verfahrensbestimmungen (namentlich Art. 159 BV) zustande gekommen ist.⁴³⁰ Auch eine richterliche Überprüfung, ob die materiellen Voraussetzungen der Dringlicherklärung (Art. 165 BV) gegeben sind, ist wohl nicht möglich.⁴³¹

5. *Weitere Verfassungsbestimmungen*

a) *Moorschutz (Art. 78 BV)*

Nach Art. 78 Abs. 5 BV dürfen in Mooren und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und gesamtschweizerischer Bedeutung keine Anlagen gebaut werden, ausser Einrichtungen, die dem Schutz oder der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung dienen. Das NHG enthält aber in seinen Art. 23a–23d

423 SR 371.

424 SR 321.1.

425 Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, BBl 2002 7797.

426 BGE 115 II 401.

427 Darstellung bei BAUMANN, Einfluss, S. 348 ff.

428 BGE 133 I 178 E. 3.

429 Urteil 1P.118/2002 vom 9.8.2002.

430 FLEINER, Prüfung, S. 10a f.; HALLER, Kommentar (a)BV, Rz. 209 zu Art. 113; VON WYSS, St. Galler BV-Kommentar, N 5 zu Art. 159; VON WYSS, Maximen, S. 238; BIAGGINI, BV-Kommentar, N 4 zu Art. 159; AUBERT, Kommentar (a)BV, N 7 zu Art. 87; für Überprüfbarkeit, jedenfalls bei qualifizierten Mängeln, SCHERRER, S. 214 ff.

431 Der Missbrauch des Dringlichkeitsrechts war schon in den 30er Jahren des 20. Jahrhunderts ein Grund für den Ruf nach Verfassungsgerichtsbarkeit, führte dann aber zu Art. 89^{bis} aBV, wodurch auch die dringlichen Erlasse nachträglich dem Referendum unterstellt wurden (NEF, S. 165a ff.)

eine unterschiedliche Schutzintensität für Moore einerseits und Moorlandschaften andererseits und erlaubt in letzteren gewisse Anlagen, die über den Rahmen von Art. 78 Abs. 5 BV hinausgehen, was aufgrund von Art. 190 BV massgebend ist.⁴³²

b) Alpenquerender Transitverkehr (Art. 84 BV)

Gemäss Art. 84 BV i.V.m. Art. 196 Ziff. 1 BV muss der alpenquerende Güterverkehr von Grenze zu Grenze bis 2004 auf der Schiene erfolgen. Das Güterverkehrsverlagerungsgesetz vom 19. Dezember 2008⁴³³ verschiebt in seinem Art. 3 dieses Ziel auf zwei Jahre nach Inbetriebnahme des Gotthard-Basis-Tunnels, was der Verfassung widerspricht.⁴³⁴ Der Verfassung widerspricht auch bereits das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der EG über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse,⁴³⁵ weil es die verfassungsgetreue Umsetzung des Verlagerungsziels verunmöglicht.⁴³⁶

c) Berufliche Vorsorge (Art. 113 BV)

Das Bundesgericht hat unter Hinweis auf Art. 190 BV offen gelassen, ob die Regelung im BVG das verfassungsmässige Leistungsziel erfüllt.⁴³⁷

d) Gentechnologie (Art. 120 BV)

Die bundesgesetzlichen Bestimmungen über Tierversuche konkretisieren verbindlich die Abwägung zwischen Forschungsfreiheit und Würde der Kreatur.⁴³⁸

e) Staatshaftung (Art. 146 BV)

Nach Art. 146 BV haftet der Bund für Schäden, die seine Organe in Ausübung amtlicher Tätigkeiten widerrechtlich verursachen. Eine solche Bestimmung begründet an sich verfassungsunmittelbar eine Staatshaftung.⁴³⁹

Infolge von Art. 190 BV kann es aber keinen Staatshaftungsanspruch gegen den Bund geben infolge von Schaden, der einem Privaten durch den Abschluss

432 BGE 123 II 248 E. 3a/cc; Urteil 1A.14/1999 vom 7.3.2000 (RDAF 2000 I 261) E. 3b.

433 GVVG, SR 740.1.

434 BBI 2007 4508; BIAGGINI, BV-Kommentar, N 9 zu Art. 84.

435 SR 0.740.72.

436 LENDI, St. Galler BV-Kommentar, N 6 und 13 zu Art. 84; AUBERT/MAHON, N 9 zu Art. 84.

437 Urteil 2A.398/2002 vom 9.1.2003 E. 3.1.

438 BGE 135 II 384 E. 3.1.

439 BGE 120 Ib 411 nicht publ. E. 1b; vgl. Urteile 2P.351/1996 vom 26.2.1998 E. 2b und 1P.263/1997 vom 12.11.1997 (Pra 1998 Nr. 78) E. 1.

eines Staatsvertrags⁴⁴⁰ oder durch gesetzgeberische Arbeiten⁴⁴¹ oder Unterlassungen entstanden ist. Bei umfassender Verfassungsgerichtsbarkeit liesse sich ein solcher Haftungsanspruch nicht mehr ohne weiteres verneinen, sondern es müsste geprüft werden, ob der Abschluss eines Staatsvertrags verfassungswidrig ist. Auch müsste wohl eine Haftung des Bundes für Schädigung durch verfassungswidrige Gesetze angenommen werden.

VI. Ergebnisse

Die eingangs erwähnte Hypothese, es gebe kaum verfassungswidrige Bundesgesetze, ist zu differenzieren:

Es gibt in der Tat relativ wenige Bundesgesetze, die klar und eindeutig einer bestimmten Verfassungsnorm widersprechen. Dazu gehören die Bestimmungen im Namens- und Bürgerrecht sowie im AHV-Recht, welche Frauen und Männer unterschiedlich behandeln und klar gegen Art. 8 Abs. 3 BV verstossen,⁴⁴² sodann einige kompetenzwidrige Bundesgesetze⁴⁴³ und schliesslich die Verletzung des zeitlich klar festgelegten Umlagerungsziels von Art. 84 und Art. 196 Ziff. 1 BV durch das Güterverkehrsverlagerungsgesetz.⁴⁴⁴

Soweit ersichtlich gibt es kein Bundesgesetz, welches gegen zentrale Menschen- oder Minderheitenrechte verstösst oder im Sinne der Radbruch'schen Formel die Gerechtigkeit im Kern verletzt.

Hingegen gibt es nicht wenige Bestimmungen in Bundesgesetzen, die zwar nicht klar einer Verfassungsnorm widersprechen, wohl aber gegen die Interpretation, die das Bundesgericht der Verfassung gegeben hat, und die somit – am Massstab der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gemessen – als verfassungswidrig oder verfassungsrechtlich zumindest problematisch erscheinen. Am häufigsten sind folgende Konstellationen:

Etliche Bundesgesetze treffen Unterscheidungen, welche das Bundesgericht im kantonalen Recht als rechtsungleich oder diskriminierend qualifiziert hat.⁴⁴⁵

Einige Bundesgesetze enthalten Grundrechtseinschränkungen, die das Bundesgericht im kantonalen Recht als unverhältnismässig beurteilt hat.⁴⁴⁶

Bei einer erweiterten Verfassungsgerichtsbarkeit wären gesetzliche Umschreibungen des Eigentumsinhalts am verfassungsrechtlichen Eigentumsbe-

440 Urteil 2A.102/1993 vom 6.10.1995 (Pra 1997 Nr. 20) E. 4 (in casu: Abkommen vom 24.9.1975 mit Belgien über soziale Sicherheit [SR 0.831.109.172.1], wodurch Kongo-Schweizer geschädigt wurden).

441 Urteil 2A.362/2000 vom 10.12.2001 E. 3.3.2.

442 Vorne B.II.3.f.

443 Vorne B.IV.1 und 2.

444 Vorne B.V.5.b.

445 Vorne B.II.3.

446 Vorne B.II.7, 12a.

griff zu messen⁴⁴⁷ und könnten verfassungswidrige Staatsverträge und Gesetze eine Staatshaftung begründen.⁴⁴⁸

Manche Bundesgesetze halten die rechtsprechungsgemässen Delegationsregeln bzw. Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage (Art. 127 Abs. 1 und Art. 164 BV) nicht ein, namentlich im Abgabenrecht.⁴⁴⁹

Bei einigen Bundesgesetzen ist die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes fraglich.⁴⁵⁰

Es steht keineswegs fest, dass das Bundesgericht all diese Gesetze bei unbeschränkter Verfassungsgerichtsbarkeit als verfassungswidrig beurteilt hätte. Es hat dies zwar gelegentlich bejaht oder zumindest durchblicken lassen. In anderen Fällen, in denen das Bundesgericht ausdrücklich Art. 190 BV erwähnt hat, mag dies auch bloss darauf zurückzuführen sein, dass in den Rechtsschriften eine Verfassungswidrigkeit geltend gemacht wurde. Immerhin zeigen diese Beispiele auf, dass bei vielen Gesetzen mit Fug die Verfassungsmässigkeit in Frage gestellt werden könnte und bei uneingeschränkter Verfassungsgerichtsbarkeit vom Bundesgericht tatsächlich überprüft werden müsste.

Es gibt sodann Beschlüsse von Bundesversammlung und Bundesrat, die aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht unbedenklich sind, v.a. im Bereich der politischen Rechte (Einheit der Materie und Form).⁴⁵¹

Die These, das Bundesgericht sei zurückhaltend in der Ausübung seiner Verfassungskontrolle, ist ebenfalls etwas zu differenzieren. Es scheint, dass die Rechtsprechung in letzter Zeit gegenüber früher etwas strenger oder aktivistischer geworden ist. So hat das Bundesgericht bei unveränderter Verfassungslage neue Regeln aufgestellt und gestützt darauf Regelungen als verfassungswidrig erklärt, die vorher seit je unangefochten praktiziert worden waren.⁴⁵² In anderen Fällen hat es Gesetze als verfassungswidrig beurteilt, die es früher ausdrücklich als zulässig erachtete.⁴⁵³ Des weiteren hat es verfassungsmässige Rechte entwickelt, die so nicht in der Verfassung stehen, und gestützt darauf kantonale Gesetze als unzulässig erachtet, so das Recht auf informationelle Selbstbestimmung⁴⁵⁴ oder das Recht auf Aussageverweigerung.⁴⁵⁵ Vor allem in Bezug auf den Schutz der Privatsphäre weichen die Massstäbe des Bundesgerichts von gesetzlichen Regelungen ab.⁴⁵⁶ Auch in Bezug auf die Rechtsgleichheit scheint die Rechtsprechung tendenziell etwas strenger zu werden. Biswei-

447 Vorne B.II.11.

448 Vorne B.V.5.e.

449 Vorne B.V.2.

450 Vorne B.IV.

451 Vorne B.III.2.

452 Verbot der Urnenabstimmungen für Einbürgerungen (vorne B.II.13.b).

453 So das Plakatmonopol auf privatem Grund (vorne B.II.12).

454 Vorne B.II.7; Art. 13 Abs. 2 BV schützt nur vor *Missbrauch* persönlicher Daten, aber nicht vor jeder Datenbearbeitung.

455 Vorne B.II.13.a.

456 Vorne B.II.7.

len hat das Bundesgericht allerdings auch strenge Massstäbe gesetzt und später wieder relativiert.⁴⁵⁷

C. Normativer Teil: Wünschbarkeit einer Ausweitung der Verfassungsgerichtsbarkeit

In diesem Abschnitt wird diskutiert, ob eine Ausweitung der Verfassungsgerichtsbarkeit aus rechts- und verfassungstheoretischer bzw. verfassungspolitischer Sicht wünschbar sei. Zunächst werden summarisch die Argumente aufgeführt, welche gemeinhin zur Begründung der Verfassungsgerichtsbarkeit vorgebracht werden (hinten Ziff. I). Dann wird zunächst die Konkretisierungsbedürftigkeit der Verfassungsnormen diskutiert (hinten Ziff. II), weil diese die rechtspolitische Beurteilung der Wünschbarkeit einer Verfassungsgerichtsbarkeit entscheidend beeinflusst. Anschliessend werden die einzelnen Argumente, die pro oder kontra Verfassungsgerichtsbarkeit vorgebracht werden, diskutiert, unter Berücksichtigung der in Teil B gewonnenen empirischen Erkenntnisse über das Funktionieren der Verfassungsgerichtsbarkeit bzw. ihres Fehlens (hinten Ziff. III). Es versteht sich, dass diese Diskussion rechts- und verfassungspolitisch wertend ist, wobei absprachegemäss hier ein gegenüber der Verfassungsgerichtsbarkeit eher kritischer Standpunkt vertreten wird.

I. Die hauptsächlichen Argumente für die Verfassungsgerichtsbarkeit

Die klassische rechtstheoretische Begründung der Verfassungsgerichtsbarkeit (Kelsen) ist die *Normenhierarchie*: Die Verfassung ist die Grundnorm, auf der alle anderen Normen beruhen und die diesen logisch vorangehen muss,⁴⁵⁸ somit auch der einfachen Gesetzgebung. Folgerichtig haben die Gerichte die Gesetze daraufhin zu überprüfen, ob sie die Verfassung einhalten.⁴⁵⁹ Verfassungsgerichtsbarkeit sichert den Vorrang der Verfassung.⁴⁶⁰

Eine Variante dieser Argumentation beruht auf dem *Völkerrecht*, das als normhierarchisch dem Landesrecht übergeordnet betrachtet wird, so dass ihm im Rahmen der Rechtsanwendung auch gegenüber nationalen Gesetzen der Vorrang zukommt. Das gilt auch für die internationalen Menschenrechtsübereinkommen, namentlich die EMRK. Dies wird oft als Argument für einen gene-

457 Z.B. in Bezug auf Kinderzulagen an Personen im Ausland (vorne B.II.3.a), die Rechtsgleichheit im Steuerrecht (vorne B.II.3.b) oder die Einhaltung von allgemein geltenden Vorschriften im Verhältnis zur Glaubens- und Gewissensfreiheit (vorne B.II.8).

458 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 228 ff.; Starck, *Vorrang*, S. 19 f.

459 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 243, 275 f.; vgl. Adamovich, *Verfassungsgerichtshof*, S. 75; Korinek/Martin, S. 69.

460 Auer/Malinverni/Hottelier, Vol. I, S. 644 f.; Starck, *Vorrang*, S. 12; vgl. Kälin, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie*, S. 87 f.; Ständerat Wicki in *Amtl. Bull.* 1998 S 258.

rellen Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit betrachtet, weil es sonst zwei unterschiedliche Kategorien von Grundrechten gebe, nämlich solche, die der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegen, weil sie mit EMRK-Grundrechten übereinstimmen, und anderen, welche nicht gerichtlich durchsetzbar sind, weil sie nur in der nationalen Verfassung enthalten sind.⁴⁶¹ Dadurch werde die Verfassung gegenüber der EMRK abgewertet.⁴⁶²

Auch mit der *Gewaltenteilung* kann die Verfassungsgerichtsbarkeit begründet werden: Wenn die Verfassung Kompetenzen auf verschiedene Staatsorgane verteilt, ist eine Kontrolle erforderlich, ob die Organe ihre Zuständigkeiten einhalten.⁴⁶³ Die Schlichtung von Organstreitigkeiten ist denn auch in vielen Staaten eine wichtige Aufgabe der Verfassungsgerichte.⁴⁶⁴

Die Verfassungsgerichtsbarkeit wird aber auch mit *demokratischen Argumenten* gerechtfertigt: Die Justiz muss sicherstellen, dass die Legislative nicht die Verfassung als Ausdruck der Volkssouveränität verletzt.⁴⁶⁵ Die schweizerische Variante dieses Arguments legt das Gewicht darauf, dass die Verfassung durch das obligatorische Referendum demokratisch besser legitimiert ist als das Gesetz mit dem bloss fakultativen Referendum und aus diesem Grund gegenüber dem einfachen Gesetz Vorrang geniessen muss.⁴⁶⁶ Sodann schützt die Verfassungsgerichtsbarkeit das Stimmrecht und den rechtmässigen Verlauf des politischen Prozesses und damit die demokratische Willensbildung.⁴⁶⁷

In Bundesstaaten wird die Verfassungsgerichtsbarkeit *föderalistisch* begründet: Sie schützt die verfassungsmässig festgelegte Kompetenzaufteilung zwischen Zentral- und Gliedstaat.⁴⁶⁸ Auch in der Schweiz ist das föderalistische Argument traditionell ein wichtiges ⁴⁶⁹ Argument für einen Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit: Verfassungsgeber ist nicht nur das Volk, sondern Volk und Stände gemeinsam. Für jede Verfassungsänderung ist neben dem Volks-

461 Berichterstatter Fluri, zur p.I. Studer, Amtl. Bull. 2009 N 690; CHIARIELLO, S. 118; FISCHBACHER, S. 124 f.; MÜLLER, Verfassung, S. 125; PFISTER, S. 396; RHINOW, Überprüfung, S. 41 f.; RHINOW/SCHEFER, S. 550 f.

462 KOLLER, Ausbau, S. 228; MAHON, Droit constitutionnel, S. 200 f.; ZIMMERLI, Sicht, S. 257.

463 BÖCKENFÖRDE, S. 15; STARCK, Vorrang S. 23.

464 AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 45 ff.

465 EBERL, S. 239 ff., 277 ff.; KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 90 f.

466 HALLER, Ausbau, S. 505; HALLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 178 f.; KOLLER, Ausbau, S. 232; NEF, S. 230a; RHINOW, Überprüfung, S. 43; RHINOW/SCHEFER, S. 552; so auch die Begründung für die p.I. Müller-Hemmi.

467 KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 106 ff.; RHINOW, Überprüfung, S. 38; TORNAY, S. 12 f., 357 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 186.

468 AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 40 ff.; BÖCKENFÖRDE, S. 15; STARCK, Vorrang, S. 19; so auch eine starke Gewichtung in den Anfängen der US-amerikanischen Diskussion, STARCK, Vorrang, S. 25; KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 177; SCHINDLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 28 ff.

469 Botschaft neue Bundesverfassung, S. 509; AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 40 ff., 59; HALLER, St. Galler BV-Kommentar, N 50 zu Art. 189; KOLLER, Ausbau, S. 228 f.; NEF, S. 173 a f., 293 a ff.; RAPPARD, S. 144 a ff.; RHINOW, Überprüfung, S. 43 f.; ZIMMERLI, Sicht, S. 257 f.; Berichterstatter Sommaruga, zur p.I. Studer, Amtl. Bull. 2009 N 689.

mehr das Ständemehr erforderlich,⁴⁷⁰ während für Gesetze das Volksmehr ausreicht.⁴⁷¹ Das Fehlen einer Verfassungsgerichtsbarkeit über Gesetze kann deshalb dazu führen, dass mit einfachem Volksmehr das Erfordernis des Ständemehrs umgangen wird.⁴⁷²

Meistens wird die Verfassungsgerichtsbarkeit mit dem Argument des *Rechtsstaats* motiviert: Versteht man unter Rechtsstaat vor allem die gerichtliche Überprüfbarkeit aller Staatsakte, dann ist jede Einschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit, namentlich auch jede Beschränkung der Normenkontrolle, eine Einschränkung des Rechtsstaatsprinzips.⁴⁷³ Verbreitet ist in der schweizerischen Lehre die Optik eines Spannungsverhältnisses zwischen Demokratie und Rechtsstaat, wobei das Fehlen einer Normenkontrolle über Bundesgesetze Ausdruck einer Überhöhung des Demokratieprinzips sei, die im Sinne einer Gleichberechtigung des Rechtsstaatsprinzips zu korrigieren sei.⁴⁷⁴ Häufig wird argumentiert, diese Einschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit sei nur historisch zu verstehen, da früher die meisten Kompetenzen bei den Kantonen lagen, gegenüber welchen die Verfassungsgerichtsbarkeit seit je uneingeschränkt bestand. Da heute Bundesgesetze viel zahlreicher seien als kantonale Gesetze und damit auch die Gefahr einer Verfassungsverletzung durch den Bundesgesetzgeber zunehme, sei die Vorstellung überholt, verfassungsmässige Rechte müssten primär gegenüber den Kantonen geschützt werden.⁴⁷⁵

Generell wird postuliert, der Rechtsstaat bedürfe einer rechtlichen *Kontrolle der politischen Machtausübung*,⁴⁷⁶ sei dies als Kontrolle über das *Verfahren* des politischen Prozesses, sei es als *materielle Gerechtigkeitskontrolle* über dessen inhaltliche Ergebnisse, was nur den Gerichten obliegen könne.⁴⁷⁷ In diesem Sinne wird die Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Wahrung des «richtigen Rechts» bzw. zentraler rechtsstaatlicher Anliegen wie Freiheit, Gerechtigkeit, Grundrechte oder besonders bedeutender Grundsätze und Grundwerte erblickt,⁴⁷⁸ insbesondere auch zum Schutze von Minderheiten.⁴⁷⁹

470 Art. 195 BV.

471 Art. 141 BV.

472 HALLER, St. Galler BV-Kommentar, N 50 zu Art. 189; NEF, S. 293 a f.; RHINOW, Überprüfung, S. 43 f.

473 So HÄFELIN/HALLER/KELLER, S. 626; HALLER, Bundesgericht, S. 100; RHINOW/SCHEFER, S. 551 («rechtsstaatlich unhaltbare Lücke im Rechtsschutz»).

474 HALLER, Bundesgericht, S. 100; HANGARTNER, St. Galler BV-Kommentar, N 3 zu Art. 190; HÄNER, Überprüfung, S. 493, 504; NEF, S. 228 a ff.; SPESCHA, S. 182 f.

475 Botschaft neue Bundesverfassung, S. 506 f.; KOLLER, Ausbau, S. 228. NAY, Loi, S. 25. NAY, Bundesgerichtsgesetz, S. 1473; RHINOW, Überprüfung, S. 41. So auch die Begründung der p.I. Müller-Hemmi.

476 KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 109 f.

477 TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 186 f.

478 Botschaft neue Bundesverfassung, S. 506; KOLLER, Ausbau, S. 229; RHINOW, Überprüfung, S. 37 f.

479 CHIARIELLO, S. 385, 388; HALLER, Verfassungsfortbildung, S. 10 ff.; KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 1174; MÜLLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 92 ff.; RHINOW, Überprüfung, S. 38; SCHERRER, S. 67; THÜRER, Kosmopolitisches Staatsrecht, S. 432.

II. Konkretisierungsbedürftigkeit der Verfassung als Grundproblem der Verfassungsgerichtsbarkeit

1. *Die Verfassungsgerichtsbarkeit als Teil der allgemeinen Rechtsprechung?*

Das neuzeitliche kontinentaleuropäische Bild des gewaltenteiligen demokratischen Rechtsstaates beruht auf einer Unterscheidung und Trennung von Rechtsetzung und Rechtsprechung: Rechtsetzung ist das Aufstellen von Gesetzen auf dem demokratisch legitimierten politischen Weg. Der Rechtsetzungsdiskurs führt aufgrund von unterschiedlichen Wertungen, Interessen und Präferenzen zu einer politisch gewollten Norm. Rechtsprechung ist demgegenüber etwas qualitativ anderes. Sie ist die gerichtliche Anwendung der politisch erlassenen Rechtsnormen. Der Rechtsanwendungsdiskurs führt nach juristischen Kriterien aufgrund der vorgegebenen Normen zu einem gesetzmässigen Entscheid.

So gesehen erscheint die Verfassungsgerichtsbarkeit als ein unproblematischer Teil der allgemeinen Rechtsprechung: Sie wendet die Verfassung an und beurteilt als Rechtsanwendungsfrage, ob ein Gesetz verfassungsgemäss sei oder nicht.⁴⁸⁰

In Wirklichkeit unterscheidet sich aber die Verfassungsgerichtsbarkeit in mehrfacher Hinsicht wesentlich von der übrigen Gerichtsbarkeit:

2. *Besonderheiten der Verfassungsgerichtsbarkeit*

a) *Qualifizierte Unbestimmtheit vieler Verfassungsnormen*

Die Qualifikation der Verfassungsgerichtsbarkeit als Teil der allgemeinen Rechtsprechung wäre ohne weiteres zutreffend, wenn die Verfassungsauslegung – *lege artis* vorgenommen – zu einem juristisch richtigen Ergebnis führe, das zu finden Aufgabe der Gerichte ist. Ein solches Rechts- und Verfassungsverständnis klingt etwa an, wenn argumentiert wird, es gehe mit der Verfassungsgerichtsbarkeit darum, den Vorrang der Verfassung sicherzustellen, was nur die institutionelle Konsequenz aus diesem Vorrang sei,⁴⁸¹ oder wenn argumentiert wird, ein bestimmter Rechtsakt sei verfassungswidrig oder verfassungsmässig, *weil* das Verfassungsgericht dies so entschieden habe: Das Gerichtsurteil erscheint als kognitiv *richtiges* Erkenntnis.

Nach heute unbestrittener Auffassung trifft allerdings die rechtstheoretische Voraussetzung dieser Konzeption nicht zu: Der Sinn von Normen steht anerkanntermassen häufig nicht fest, so dass der Rechtsanwendungsakt nicht durch die Rechtsnorm determiniert ist. Nach einigen Lehrmeinungen gibt es sogar überhaupt keine klaren Normen und ist jeder Rechtsanwendungsakt beliebig und vom Ermessen des Rechtsanwenders abhängig. Damit würde auch die qua-

480 So die klassische Betrachtung der Verfassungsgerichtsbarkeit in der österreichischen Auffassung (KORINEK/MARTIN, S. 69).

481 KOLLER, Ausbau, S. 232.

litative Grenze zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung aufgehoben. Das ist stark übertrieben. Viele Normen haben zumindest im praktischen Kontext einen klaren und unzweideutigen Sinn;⁴⁸² es ist daher nach wie vor rechtstheoretisch sinnvoll und zudem aus verfassungsrechtlichen Gründen ⁴⁸³ notwendig, zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung zu unterscheiden.

In einem mehr oder weniger grossen Grenzbereich ist aber die Unterscheidung zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung unscharf. In diesem Bereich setzt der Rechtsanwender mit seiner Entscheidung nicht bloss das durch die Rechtsnorm Vorentschiedene um, sondern er wählt unter mehreren vertretbaren Entscheidungsvarianten die eine aus. Rechtsprechung ist daher in einem gewissen Rahmen zugleich schöpferische Rechtskonkretisierung⁴⁸⁴ bzw. Schaffung von Richterrecht.

Das ist nicht ausschliesslich ein Problem der Verfassungsgerichtsbarkeit, sondern der Rechtsanwendungsmethodik und der richterlichen Tätigkeit generell. Aber je unbestimmter die anzuwendende Norm ist, desto breiter ist der Rahmen der vertretbaren Konkretisierungen und desto weniger kann ein bestimmter Entscheid als vorgegeben betrachtet werden; desto unschärfer wird die Unterscheidung zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung und desto grösser der Bereich gerichtlicher Rechtsschöpfung.

Das Verfassungsrecht zeichnet sich gegenüber dem subkonstitutionellen Recht durch eine wesentlich höhere Unbestimmtheit aus. Zwar gibt es auch im Verfassungsrecht Bestimmungen, die eindeutig und klar sind. Wenn gemäss Art. 149 BV der Nationalrat aus 200 Abgeordneten besteht, dann wäre ein Gesetz, welches den Nationalrat auf 201 Abgeordnete vergrössert, eindeutig verfassungswidrig. Aber bei den meisten Verfassungsnormen ist die Interpretations- oder Konkretisierungsbedürftigkeit viel grösser als bei den meisten einfachgesetzlichen Normen.⁴⁸⁵ Deshalb ist auch der rechtsschöpferische Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit erheblich grösser als derjenige der sonstigen Justiz.

b) Insbesondere: Zielnormen

Hochgradig konkretisierungsbedürftig sind insbesondere Programm- und Zielnormen, wie sie in Verfassungen – auch in der schweizerischen Bundesverfas-

482 Ich erlaube mir, dazu näher auf meine Ausführungen zu verweisen in SEILER, Rechtsanwendung, S. 38 ff., 52 f., 115.

483 Weil die Verfassung die Begriffe der Rechtsetzung und der gesetzlichen Grundlage kennt und dafür besondere Organzuständigkeiten bezeichnet, Art. 36 Abs. 1, Art. 127 Abs. 1, Art. 163 Abs. 1, Art. 164 BV.

484 BIAGGINI, Verfassung, S. 3 ff., 60 Fn. 67 mit zahlreichen Hinweisen; RENÉ RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, Basel 1979, S. 195 ff.; RHINOW, Funktionen, S. 195.

485 EBERL, S. 447; HALLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 179; HUBER, Probleme, S. 108 f.; HUBER, Formenreichtum, S. 182 ff.; J.P. MÜLLER, Kommentar (a)BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 32; RÜTSCHÉ, Rechtsfolgen, S. 311 f.; SCHINDLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 48 f.; Zwischenbericht Bundesrechtspflege, S. 49.

sung – häufig anzutreffen sind. Verfassungsrechtliche Zielnormen sind wenig geeignet für richterliche Konkretisierungen, weil Justiziabilität ein Mindestmass an Positivität und Klarheit voraussetzt.⁴⁸⁶

Das ist nicht ein spezifisches Problem der Verfassung, sondern ergibt sich aus normtheoretischen Gründen und gilt gleichermassen für Ziel- oder Finalnormen auf einfachgesetzlicher Stufe: Eine Zielvorgabe allein führt nicht zur Realisierung dieses Ziels. Dazu sind weitere Schritte bzw. Massnahmen erforderlich. Diese können sehr unterschiedlich und zudem oft einschneidend für (alle oder einzelne) Individuen und kostspielig für den Staat sein. Der Zweck heiligt nicht alle Mittel, ein Ziel legitimiert nicht alle Massnahmen, die erforderlich wären, um das Ziel zu erreichen.

Zudem stehen Ziele in aller Regel in Konkurrenz oder in Konflikt mit anderen rechtlich festgelegten Zielen. Anders als bei Rechtssätzen im engeren Sinne (Konditionalnormen) kann bei Zielnormen ein Normenkonflikt nicht durch die Regeln der Normenkollision geregelt werden, sondern er bedarf der Abwägung. Dabei kann normalerweise kein Ziel uneingeschränkt realisiert werden, weil sich dies negativ auf andere Ziele auswirken würde. Aus all diesen Gründen können Zielnormen normalerweise für sich allein keine justiziablen Rechtsfolgen haben; sie können weder Rechtsansprüche begründen noch eine gesetzliche Grundlage darstellen für Eingriffe.⁴⁸⁷

Das gilt erst recht für verfassungsmässige Ziele: Es kann funktionell nicht Aufgabe der Gerichte sein, die Prioritäten bei der Zuteilung staatlicher Mittel festzusetzen.⁴⁸⁸ Unter mehreren zulässigen Lösungen hat die demokratische Politik zu wählen, nicht das Gericht.⁴⁸⁹ Andernfalls würde Gesetzgebung nicht mehr im Rahmen der Verfassung, sondern zur Erfüllung der Verfassung erfolgen, nach rein juristischen Massstäben und unter Zurückdrängung anderer Überlegungen.⁴⁹⁰ Eine richterliche Konkretisierung ist ohnehin ausgeschlossen, wenn die Umsetzung des Ziels Massnahmen bedingen würde, für welche ein Gesetzesvorbehalt gilt.

c) *Insbesondere: Grundrechte*

Hochgradig unbestimmt sind ausgerechnet diejenigen Verfassungsbestimmungen, die meistens im Hauptfokus der Verfassungsgerichtsbarkeit stehen, nämlich die Grundrechte.⁴⁹¹ Sie gelten zwar im Unterschied zu Zielnormen als un-

486 HESSE, S. 176 f.; STARCK, Vorrang, S. 29 ff.; eingehend AUBERT, constitution, S. 127 ff.

487 BGE 125 I 21 E. 5a, 117 Ia 27 E. 7b. Das ist auch der Grund dafür, dass völkerrechtlichen Zielnormen eine unmittelbare Anwendbarkeit abgesprochen wird (BGE 130 I 113 E. 3.3, 126 I 240 E. 2b); vgl. auch zu Art. 11 BV BGE 126 II 377 E. 5d S. 391 f.

488 BGE 129 I 12 E. 6.4.

489 TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 193.

490 STARCK, Vorrang, S. 30.

491 CHIARIELLO, S. 354, 364 ff.; BERNHARDT, Rechtsfortbildung, S. 93; BÖCKENFÖRDE, S. 12 f., HESSE, S. 17.

mittelbar anwendbar, so dass der Einzelne sich darauf berufen kann, sind indes-
sen stark konkretisierungsbedürftig.

Das gilt schon für die Umschreibung des Schutzbereichs, sogar bei Grund-
rechten, die auf den ersten Blick eine klare Bedeutung haben, wie das Recht
auf Ehe (Art. 14 BV): Wird unter «Ehe» die Verbindung von zwei Personen un-
terschiedlichen Geschlechts verstanden, sind Gesetze, welche Homosexuellen-
ehe oder Polygamie untersagen, keine Grundrechtsbeeinträchtigung, sondern
schützen im Gegenteil das verfassungsrechtliche Bild der Ehe. Wird unter
«Ehe» jedoch jede Liebesverbindung von Personen verstanden, dann beein-
trächtigen solche Gesetze das Grundrecht.

Noch viel unbestimmter sind Begriffe wie Menschenwürde. Sie mögen als
abstrakte Begriffe in allgemeiner Weise generelle Zustimmung finden, doch
hört der Konsens rasch auf, wenn es darum geht, daraus konkrete Ergebnisse
zu folgern.⁴⁹² Man kann im Tragen einer Burka eine Verletzung der Menschen-
würde erblicken oder umgekehrt gerade Ausdruck der Würde der Frau. Man
kann Embryonenforschung als Verletzung der Menschenwürde betrachten, die
von Verfassungen wegen verboten gehört,⁴⁹³ oder umgekehrt als Chance, bisher
unheilbare schwerste Behinderungen zu therapieren und dadurch den Betroffen-
en ein menschenwürdiges Leben zu ermöglichen.

Eine besonders eindruckliche Fortentwicklung hat die persönliche Freiheit
oder das Persönlichkeitsrecht erlebt. Das deutsche Bundesverfassungsgericht
hat daraus ein «informationelles Selbstbestimmungsrecht» entwickelt,⁴⁹⁴ wel-
ches auch vom EGMR und in der Folge vom Bundesgericht übernommen
wurde⁴⁹⁵ und darin besteht, dass jede Person ein Recht darauf hat, selbst be-
stimmen zu können, ob und zu welchem Zwecke Informationen über sie bear-
beitet werden;⁴⁹⁶ schon die blosse Aufbewahrung von Personendaten berührt
den Schutzbereich, unabhängig davon, ob und wie diese Daten überhaupt ver-
wendet werden.⁴⁹⁷ Da kaum eine staatliche Tätigkeit denkbar ist, bei welcher
nicht Personendaten aufbewahrt werden müssten, hätte das Recht auf informa-
tionelle Selbstbestimmung – konsequent durchgeführt – zur Folge, dass das ge-
samte staatliche Handeln per se eine Grundrechtseinschränkung ist. Das Kon-
zept wird so konsequent von niemandem angewendet, aber es eröffnet die
Möglichkeit, selektiv jede beliebige bzw. subjektiv missliebige staatliche Tätig-
keit als unzulässig zu erklären mit der Begründung, sie schränke ohne hinrei-

492 EICHENBERGER, Verfassung, S. 174 f.; MÜLLER-WEWEL, S. 157. Kritisch zu inflationärer
Anrufung der Menschenwürde auch KLEY, Sakralisierung, S. 102 ff.; ähnlich SCHULZE-FIE-
LITZ, S. 370 f.: bestimmte Partialethiken werden zur Bürgerpflicht gemacht.

493 Hinweis auf solche Stimmen bei HOFMANN, Recht, S. 381; SCHULZE-FIELITZ, S. 367 ff.

494 BVerfGE 65, 1, 43.

495 Vgl. vorne B.II.7.

496 MÜLLER/SCHEFER, S. 164 ff.

497 Statt vieler: EGMR, Urteil 30562/04 vom 4.12.2008 i.S. Marper g. Vereinigtes Königreich,
§ 67; BGE 133 I 77 E. 3.2 S. 80, 129 I 232 E. 4.3.1, 128 II 259 E. 3.2, 125 I 257 E. 3b S. 260;
MÜLLER/SCHEFER, S. 164 ff.

chende gesetzliche Grundlage oder in unverhältnismässiger Weise Grundrechte ein.⁴⁹⁸

Ein Sonderproblem wirft die Rechtsgleichheit auf: Bekanntlich sind nie zwei Lebenssachverhalte in jeder Beziehung deckungsgleich. Jede generelle Norm fasst eine Vielzahl von Lebenssachverhalten zusammen, die in einigen Elementen übereinstimmen, sich in anderen aber unterscheiden. Das Problem der Rechtsgleichheit ist immer das *Tertium comparationis*, d.h. die Frage, welche Sachverhaltsmerkmale als massgeblich für eine Gleich- bzw. Ungleichbehandlung betrachtet werden können. Abgesehen von den verfassungsrechtlich ausdrücklich als unzulässig genannten Unterscheidungskriterien (z.B. Geschlecht⁴⁹⁹) ergibt sich nicht aus der Verfassung, welche Unterscheidungskriterien massgeblich oder unzulässig sind. Dies enthält erhebliche Wertungsspielräume.⁵⁰⁰ So hat z.B. das Bundesgericht die Dumont-Praxis im Steuerrecht mit der Rechtsgleichheit begründet, indem es den Erwerber der nicht unterhaltenen Liegenschaft mit dem Erwerber einer unterhaltenen Liegenschaft verglichen hat, der keine Abzüge machen könnte. Der Gesetzgeber hat in der Folge die Aufgabe der Dumont-Praxis ebenfalls mit der Rechtsgleichheit begründet, weil er den Erwerber der nicht unterhaltenen Liegenschaft mit dem Voreigentümer der unterhaltenen Liegenschaft verglichen hat, welcher die Abzüge hätte vornehmen können.⁵⁰¹ Aus der Verfassung ergibt sich nicht, welcher dieser Vergleiche zutreffender ist.

Sodann erlaubt die Verfassung ausdrücklich dem Gesetzgeber, Grundrechte einzuschränken, wenn die Einschränkung durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt und zudem verhältnismässig ist.⁵⁰² Die in Menschenrechtsdebatten bisweilen vertretene Auffassung, Grund- und Menschenrechte dürften nicht relativiert werden, sondern müssten uneingeschränkt oder absolut oder vollkommen verwirklicht werden, hat keine verfassungsrechtliche Grundlage und ist offensichtlich weltfremd: Weder theoretisch noch praktisch ist eine Rechts- und Gesellschaftsordnung vorstellbar, die keine Grundrechte einschränkt.

Zentral ist dabei meistens die Verhältnismässigkeit. Diese verlangt eine Abwägung der verschiedenen involvierten Rechtsgüter. Die Verfassung enthält aber keine konkreten Massstäbe für diese Abwägung:⁵⁰³ Es steht nicht in der Verfassung, ob die Aufbewahrung von Videoaufzeichnungen während hundert Tagen oder einem Jahr verhältnismässig ist oder nicht.⁵⁰⁴

498 Vgl. zu solchen Argumentationen etwa MÜLLER/SCHEFER, S. 167 Fn. 29; KÄLIN, ZBJV 2004 S. 657 (Rezension von BGE 129 V 323).

499 Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV.

500 RÜTSCHKE, Rechtsfolgen, S. 314.

501 Vgl. vorne B.II.3.b.

502 Art. 36 BV.

503 MORAND, méthodologie, S. 57 f.

504 Vgl. vorne B.II.7.

Zudem sind Grundrechtsfragen oft Grundrechts*kollisions*fragen; dabei geht es von vornherein nicht darum, *ob* Grundrechte eingeschränkt werden sollen, sondern darum, *wessen* Grundrechte geschützt und wessen Grundrechte eingeschränkt werden sollen. Was man dem einen an Grundrechten gibt, nimmt man dem andern weg.⁵⁰⁵ Die Meinungsfreiheit oder die Medienfreiheit tritt in Konflikt zur Menschenwürde oder zum Schutz der Privatsphäre, wenn pornographische⁵⁰⁶ oder persönlichkeitsrelevante Informationen verbreitet werden. Die Religionsfreiheit steht im Konflikt zur körperlichen Unversehrtheit, wenn es darum geht, ob die Beschneidung von Kindern bestraft werden soll oder nicht. Die Antworten auf solche Kollisionsfragen stehen nicht in der Verfassung.

Zu zusätzlicher Unbestimmtheit hat die neuere Entwicklung der Grundrechtstheorie beigetragen, wonach die Grundrechte nicht nur eine defensive Funktion haben, sondern auch eine objektive Wertordnung darstellen und positive Schutz- und Leistungspflichten des Staates bzw. eine (mittelbare) Drittwirkung der Grundrechte unter Privaten begründen können.⁵⁰⁷ Diese Konzeptionen sind auch in Art. 35 Abs. 1 und 3 BV enthalten, wonach Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen müssen und die Behörden im Sinne einer indirekten Drittwirkung dafür sorgen, dass die Grundrechte auch unter Privaten wirksam werden, «soweit sie sich dazu eignen».

Die «potenzielle Sprengkraft»⁵⁰⁸ dieser Konzeption ist augenfällig: Im defensiven Grundrechtsverständnis ist zwar immer der Schutz von öffentlichen oder privaten Interessen als legitimer Grund anerkannt worden, um Grundrechte einzuschränken, und das Zivil-, Straf- und Verwaltungsrecht hat seit jeher zahlreiche Vorschriften aufgestellt, um Rechtsgüter zu schützen. Die ganze Rechtsordnung besteht im Grunde darin, Interessen- und Rechtssphären verschiedener Beteiligter abzugrenzen. Insoweit ist die staatliche Schutzpflicht keineswegs eine neue Erfindung der Grundrechtslehre, sondern der Gesetzgeber hat sie immer schon wahrgenommen. Es blieb aber seiner Beurteilung überlassen, wie weit diese Schutzpflicht reichen soll, d.h. ob und wie weit er zu diesem Zweck in (defensive) Grundrechte eingreifen soll. Wird aber der Schutz als verfassungsrechtliche Pflicht betrachtet, so kann diese von einem Verfassungsgericht durchgesetzt werden, z.B. auch mit der Folge, dass die Unterlassung

505 WILDHABER, Gerichte, S. 104.

506 Vgl. dazu BGE 133 II 136 E. 6.

507 Diese Konzeption ist vor allem in der Garantie der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte gemäss UNO-Pakt I (SR 0.103.1) enthalten (s. zum Spannungsverhältnis zwischen diesen Rechten und den bürgerlichen und politischen Rechten ALBERTINI MASON, S. 76 ff.). Indessen wurden später auch aus den bürgerlichen Rechten Schutzpflichten abgeleitet, so vor allem in der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts (Darstellung bei STARCK, Verfassungsauslegung, S. 55 ff.; CHIARIELLO, S. 164 ff.) und des EGMR (Darstellung bei CHIARIELLO, S. 231 ff.). Vgl. aus der neueren Literatur BESSON, Obligations, S. 58 ff.; EGLI, Drittwirkung, passim; MARTIN, S. 12 ff., 23 ff.; MÜLLER/SCHEFER, S. 53 ff., 74 ff. Zur schweizerischen Rechtsprechung s. vorne B.II.14.a.

508 BIAGGINI, BV-Kommentar, N 3 zu Art. 35.

dieser Pflicht eine Staatshaftung zur Folge hat.⁵⁰⁹ Zudem ist der Schutz der Einen regelmässig mit Eingriffen in die Rechtspositionen Anderer verbunden.⁵¹⁰ Wird die Schutzpflicht als verfassungsrechtliche verstanden, so kann eine Gesetzgebung nicht nur deswegen verfassungswidrig sein, weil sie zu Unrecht in (defensiv verstandene) Grundrechte eingreift, sondern auch deswegen, weil sie zu Unrecht *nicht* in Grundrechte eingreift.

Wird ein Verwarter vor seiner Entlassung einer psychiatrischen Begutachtung unterzogen, so kann die dadurch verursachte Verlängerung des Freiheitsentzugs das Recht auf Freiheit verletzen.⁵¹¹ Wird er hingegen ohne genügende Abklärungen in Freiheit entlassen und begeht er anschliessend Tötungsdelikte, so verletzt der Staat die grundrechtliche Pflicht auf Schutz des Lebens.⁵¹²

Ein weit verstandener grundrechtlicher Schutzbereich verbunden mit der Konzeption von Schutzpflichten und (indirekter) Drittwirkung führt zu einem prinzipiell unbegrenzten Grundrechtsverständnis. Damit kann einerseits jede rechtliche und rechtspolitische Frage zu einer Grundrechtsfrage gemacht werden, die vom Verfassungsrichter als solche thematisiert werden kann.⁵¹³ Andererseits wird das Ergebnis jeder grundrechtlichen Diskussion praktisch beliebig: Man kann zu jeder Rechtsfrage sowohl die eine Lösung als auch ihr Gegenteil grundrechtlich begründen.⁵¹⁴ Das stellt die Grundrechtsdogmatik vor juristisch kaum lösbare Schwierigkeiten.⁵¹⁵

Man kann – wie der amerikanische Supreme Court – ein Gesetz, welches den Schwangerschaftsabbruch verbietet, als unzulässige Einschränkung der persönlichen Freiheit betrachten.⁵¹⁶ Man kann umgekehrt – wie das deutsche Bundesverfassungsgericht – ein Gesetz, welches den Schwangerschaftsabbruch zulässt, als Verletzung der staatlichen Pflicht zum Schutz des Lebens betrachten.⁵¹⁷

Aus der Grundrechtsordnung kann eine Verpflichtung des Gesetzgebers abgeleitet werden, extremistische Äusserungen zu verbieten;⁵¹⁸ es lässt sich umgekehrt argumentieren, die Meinungsfreiheit stehe auch Extremisten zu.⁵¹⁹ Ein strafrechtliches Verbot von Holocaust-Leugnung kann als verfassungsrechtli-

509 Vgl. CHRISTIAN HOPPE, Staatshaftung und Rechtsschutz bei Verletzung grundfreiheitlicher Schutzpflichten, Frankfurt usw. 2006.

510 BGE 126 II 300 E. 5b; BESSON, Obligations, S. 93; MARTIN, S. 31 ff.

511 So Urteil des EGMR 55894/00 vom 13. 7. 2006 i.S. Fuchser g. Schweiz, § 48 ff.

512 So Urteil des EGMR 28634/06 vom 15. 12. 2009 i.S. Maiorano g. Italien, § 110 ff.

513 EICHENBERGER, Verfassung, S. 167; GRIMM, S. 168 ff.

514 Ähnlich MORAND, méthodologie, S. 57

515 STARCK, Verfassungsauslegung, S. 33 f.

516 Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

517 BVerfGE 39, 1; 88, 203; vgl. HALLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 179 f.

518 Vgl. das «Radikalenurteil» des deutschen Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 39 334.

519 CHRYSSOGONOS, S. 52, in Kritik am Radikalenurteil.

che Verpflichtung⁵²⁰ oder als verfassungswidrige Verletzung der Meinungsfreiheit⁵²¹ betrachtet werden.

Darstellungen, die Religionen verspotten oder Homosexualität verurteilen, lassen sich mit dem drittwirkenden Diskriminierungsverbot verbieten;⁵²² umgekehrt lassen sich solche Verbote als unzulässige Einschränkung der Meinungsfreiheit betrachten.⁵²³

Aus der Drittwirkung der Meinungsfreiheit lässt sich ableiten, dass Medien verpflichtet sind, jede Meinungsäusserung Privater zu publizieren;⁵²⁴ eine solche Verpflichtung kann aber auch als bedenkliche Einschränkung der Medienfreiheit betrachtet werden.⁵²⁵

Man kann mit dem Argument der Meinungsfreiheit Einschränkungen von Wahlpropaganda als verfassungswidrig erklären⁵²⁶ oder umgekehrt aus einer konstitutiv verstandenen Rechtsgleichheit folgern, der Gesetzgeber müsse die Wahlkampfausgaben Privater einschränken oder gar verbieten.⁵²⁷

Der Bau von Standplätzen für Fahrende ausserhalb der Bauzone kann mit dem Diskriminierungsverbot geboten oder mit der Rechtsgleichheit verboten werden.⁵²⁸

Man kann die Reduktion von sozialversicherungsrechtlichen Anwartschaften als Einschränkung der Eigentumsgarantie betrachten.⁵²⁹ Umgekehrt kann man auch die Verpflichtung zur Bezahlung von Steuern oder Sozialversicherungsabgaben als Einschränkung der Eigentumsgarantie betrachten.⁵³⁰

520 So STEFAN SCHÜRER, Die Verfassung im Zeichen historischer Gerechtigkeit, Zürich 2009, S. 406, 415. Vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 6B.398/2007 vom 12.12.2007 (Pra 2008 Nr. 134) E. 6.

521 So das Urteil des spanischen Verfassungsgerichts vom 7.11.2007 (STC 235/2007).

522 So das Zürcher Verwaltungsgericht, Urteil vom 13.4.2000 (ZBI 102/2001 S. 103).

523 So MARTIN, S. 179.

524 Tendenziell in diese Richtung gehen etwa die Urteile des EGMR 24699/94 vom 28.6.2001, § 44 ff., und 32772/02 (Grosse Kammer) vom 30.6.2009 i.S. Verein gegen Tierfabriken g. Schweiz, § 78 ff., 91 ff., wo – ohne die Frage vertieft zu diskutieren – angenommen wird, dass eine private Fernsehgesellschaft verpflichtet sein kann, bestimmte Sendungen anderer Privater auszusenden. Vgl. auch das darauf hin ergangene zur Publikation vorgesehene Urteil 2F_6/2009 vom 4. November 2009 E. 3.2; Urteil Obergericht TG vom 22.3.2001 in ZBI 103/2002 268 ff. E. 4b (in Bezug auf privatwirtschaftlich organisierte staatliche Sender). Verneinend demgegenüber BGE 127 I 84 E. 4b m.w.H.

525 BURKERT, St. Galler BV-Kommentar, N 35 zu Art. 17.

526 So Urteil des US-Supreme Court vom 21.1.2010 Citizens United v. Federal Election Commission.

527 Darstellung solcher Auffassungen (Rawls, Walzer) bei MARTINA CARONI, Geld und Politik, Bern 2009, S. 373 ff., 382 f.

528 Vgl. dazu BGE 129 II 321.

529 So die auf Art. 1 des ZP 1 zur EMRK gestützte Praxis des EGMR, vgl. Urteil 60669/00 vom 12.10.2004 i.S. Asmundsson g. Island, § 39 ff.

530 So ebenfalls der EGMR gestützt auf Art. 1 ZP 1 EMRK, Urteil Van Raalte g. Niederlande vom 21.2.1997, Rec CourEDH 1997-I S. 173.

Man kann die Prostitution der Wirtschaftsfreiheit unterstellen⁵³¹ oder umgekehrt aus der Menschenwürde ableiten, der Staat sei verpflichtet, die Prostitution zu unterbinden. Pornographie kann dem Schutz der Meinungsfreiheit⁵³² oder der Kunstfreiheit⁵³³ unterstellt oder umgekehrt aus der Menschenwürde eine Pflicht des Staates abgeleitet werden, pornographische Darstellungen zu verbieten.⁵³⁴

Eine Verjährungsregelung kann als grundrechtswidrige Vereitelung des Gerichtszugangs (für den Geschädigten) betrachtet werden.⁵³⁵ Umgekehrt kann eine lange Verjährungsdauer oder Unverjährbarkeit als unverhältnismässig betrachtet werden.⁵³⁶

Mit einer Drittwirkung des Rechtsgleichheitsgebots oder des Diskriminierungsverbot lässt sich ein Gleichbehandlungsgebot unter Privaten⁵³⁷ begründen, mit einem als materielle Fairness verstandenen Gleichheitsgebot ein Gebot der Herstellung faktischer Gleichheit.⁵³⁸ Einen Kontrahierungszwang für privatrechtliche Verträge kann man aus dem Persönlichkeitsrecht oder dem Diskriminierungsverbot ableiten⁵³⁹ oder umgekehrt als verfassungswidrigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit betrachten.⁵⁴⁰

Man kann das Tragen eines Kopftuchs oder einer Burka als durch die Glaubensfreiheit geschützt betrachten⁵⁴¹ oder als eine vom Staat zu verbietende Unterdrückung der Frau.⁵⁴²

Mit der Gleichberechtigung von Frau und Mann in Verbindung mit Art. 35 BV lässt sich begründen, dass die Landeskirchen Frauen als Priesterinnen zulassen müssen. Umgekehrt lässt sich eine solche Verpflichtung als unzulässige

531 So BGE 101 Ia 473 E. 2; Urteile 2P.333/2001 vom 2.7.2002 (RDAT 2002 II N. 2) E. 3.2, 2P.165/2004 vom 31.3.2005 E. 5.1.

532 Vgl. MÜLLER/SCHEFER, S. 388 f., m.H. auf die Rechtsprechung des EGMR; BGE 133 II 136 E. 7 S. 150; Urteil 1P.169/1994 vom 15.6.1994 (EuGRZ 1994 S. 567) E. 4.1.

533 Vgl. Art. 197 Ziff. 5 StGB; Hinweise auf entsprechende Literaturstellen in BGE 131 IV 64 E. 10.

534 Vgl. Art. 7 Ziff. 1 des Europäischen Übereinkommens über das grenzüberschreitende Fernsehen (SR 0.784.405) und dazu BGE 134 II 260 E. 6.6, 133 II 136 E. 5.2.1.

535 Vgl. zu solchen Argumentationen BGE 134 IV 297 E. 4.3.5.

536 BBl 2007 5382 f. (Botschaft des Bundesrates zu Art. 123b BV).

537 So KURT PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, S. 130 ff., 298 ff., 599; HANGARTNER, Diskriminierung, S. 120 f.

538 So WIEDERKEHR, Fairness, S. 331 ff.

539 So TARKAN GÖKSU, Rassendiskriminierung beim Vertragsschluss als Persönlichkeitsverletzung, Freiburg 2003, S. 82 ff., 189 ff.; KURT PÄRLI, Verweigerter Abschluss einer Zusatzversicherung, HAVE 2007 S. 46 ff.; verneint im Urteil 5P.97/2006 vom 1.6.2006 E. 3 (auch im Lichte von Art. 35 BV); bejaht in BGE 129 III 35 E. 6 gestützt auf privatrechtliche Grundsätze (gute Sitten).

540 So MADELEINE CAMPRUBI, Kontrahierungszwang gemäss BGE 129 III 35: Ein Verstoß gegen die Wirtschaftsfreiheit, AJP 2004, S. 384 ff., 393, jedenfalls wenn dafür keine gesetzliche Grundlage besteht.

541 BGE 134 I 49 E. 2.3.

542 BGE 123 I 296 E. 4b/cc S. 312.

staatliche Einmischung in die innere Kirchenorganisation und als Verletzung der Religionsfreiheit betrachten.

Aus dem verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz lässt sich ein Recht des (Adoptiv-)Kindes auf Kenntnis seiner biologischen Eltern⁵⁴³ und eine Verpflichtung des präsidentiven Vaters ableiten, zu diesem Zweck eine DNA-Analyse erstellen zu lassen;⁵⁴⁴ dass die Entnahme einer DNA-Analyse zwecks Nachweises der leiblichen Abstammung *nicht* zugelassen wird, erscheint dann als unzulässiger Eingriff in das Recht auf Familienleben.⁵⁴⁵ Umgekehrt kann man aus dem Persönlichkeitsrecht ein Recht der Eltern ableiten, dass ihre Elternschaft dem Kind verborgen bleibt;⁵⁴⁶ eine DNA-Analyse erscheint gerade deswegen als Eingriff in das Recht auf Privatleben, weil dadurch die genetische Abstammung eruiert werden könnte.⁵⁴⁷

Man kann aus der persönlichen Freiheit ein Recht auf Suizid ableiten⁵⁴⁸ und mit der Schutzpflicht des Staates eine Verpflichtung des Gesetzgebers begründen, Suizidmedikamente zuzulassen.⁵⁴⁹ Umgekehrt kann man mit dem Recht auf Leben eine Schutzpflicht des Staates begründen, Selbstmord zu unterbinden.⁵⁵⁰

All diese Positionen lassen sich mit grundrechtlichen Argumentationen vertreten, aber keine davon ergibt sich aus der Verfassung.⁵⁵¹

Wenn in früheren Zeiten noch gesagt werden konnte, die schweizerischen Verfassungsnormen seien präzise genug, um einem Verfassungsgericht keinen übermässigen Spielraum zu belassen,⁵⁵² so trifft das heute jedenfalls auf die Grundrechte nicht mehr zu: Sie sind durch die Ausweitung der Grundrechts-

543 Art. 7 Abs. 1 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (UNO-Kinderrechtskonvention; SR 0.107); vgl. dazu BGE 128 I 63, wo ein absolutes Recht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung statuiert wird. Das Bundesgericht anerkennt die entgegenstehenden Interessen, geht aber davon aus, dass mit der Gesetzgebung und den ratifizierten völkerrechtlichen Abkommen die Abwägung abstrakt und verbindlich zu Gunsten der Kenntnisnahme vorgenommen wurde (E. 5, S. 77 f.).

544 BGE 134 III 241 E. 5.4.3; vgl. allerdings auch Art. 119 Abs. 2 lit. g BV und jetzt die gesetzliche Regelung in Art. 31 ff. des Bundesgesetzes vom 8.10.2004 über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG; SR 810.12).

545 So der EGMR, Urteil 58757/00 vom 13.7.2006 i.S. Jäggi g. Schweiz.

546 So ebenfalls der EGMR, der eine Interessenabwägung im Einzelfall betont und auch das Anonymitätsprinzip schützt (vgl. eingehend zu den verschiedenen Rechtsprechungen SAMANTHA BESSON, Das Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, ZSR 2005 I S. 39–71; kritisch zu den Abwägungen des EGMR BREITENMOSE, Subsidiarität, S. 130 ff.).

547 So der EGMR, Urteil 30562/04 vom 4.12.2008 i.S. Marper g. Vereinigtes Königreich, § 39 und 75.

548 BGE 133 I 58 E. 6.1 mit zahlreichen Hinweisen.

549 Vgl. zu solchen Argumentationen BGE 133 I 58 E. 5 und 6; Urteil 2C_839/2008 vom 1.4.2009 E. 3.

550 Urteil EGMR 5608/05 vom 16.10.2008 i.S. Renold g. Frankreich, § 85 ff.

551 Ausser wo ausnahmsweise eine spezielle Norm besteht, wie Art. 119 Abs. 2 lit. g BV bzgl. des Zugangs zu den Daten über die Abstammung.

552 NEF, S. 214a.

doktrin und namentlich durch Art. 35 BV konturlos geworden.⁵⁵³ Das Postulat, die Gesetze müssten sich an die Grundrechte halten, wird zu einer Leerformel, weil jeder unter Grundrechten etwas anderes verstehen kann.

d) *Verfassungsgerichtsbarkeit als Korrektur des Gesetzgebers*

Da jede Rechtsordnung lückenhaft und Rechtsprechung nie völlig gesetzesteterminiert ist,⁵⁵⁴ muss jedes Gericht Rechtsnormen anwenden, die einen Beurteilungs- oder Ermessensspielraum enthalten und insoweit konkretisierungsbedürftig sind. Es muss in solchen Fällen Ermessen im Einzelfall ausüben oder *modo legislatoris* richterrechtlich Lücken füllen. Es liesse sich daher argumentieren, der dargelegte weite richterliche Entscheidungsspielraum sei keine Besonderheit der Verfassungsgerichtsbarkeit.⁵⁵⁵

Indessen ist der Entscheidungsspielraum der Verfassungsgerichtsbarkeit einerseits *quantitativ* weitaus grösser als derjenige der sonstigen Justiz; andererseits besteht auch eine *qualitative* Besonderheit: Wenn ein Zivil- oder Strafgericht einen Streitfall zu beurteilen hat, so ist es unausweichlich, dass es die vom Gesetz offen gelassenen Fragen beantwortet. Aufgrund des Rechtsverweigerungsverbots und seiner Rechtsprechungsfunktion muss das Gericht den Streitfall entscheiden und dabei unter mehreren vertretbaren Lösungen eine als die verbindliche bezeichnen und gegebenenfalls gesetzliche Lücken füllen;⁵⁵⁶ denn es ist ausser dem Gericht niemand da, der diesen Entscheid treffen könnte.

Anders verhält es sich, wenn die Justiz einen Akt des Gesetzgebers beurteilt. Hier hat ein Staatsorgan, nämlich das gesetzgebende, die Verfassung bereits konkretisiert. Es ist nicht so, dass ohne Urteil des Verfassungsgerichts eine Frage offen bliebe; sie ist durch das Gesetz beantwortet. Aus dem Rechtsverweigerungsverbot folgt keine Pflicht des Gerichts, eine Lösung als die verbindliche zu bezeichnen.

Wenn zur Begründung oder Rechtfertigung eines «judicial activism» vorgebracht wird, ein «strict constitutionalism» sei gar nicht möglich, weil der wahre Wille des Verfassungsgebers nicht feststellbar sei,⁵⁵⁷ oder aufgrund des spezifisch richterlichen Entscheidungszwangs ergebe sich die Pflicht zu richterlicher Verfassungsfortbildung,⁵⁵⁸ so geht dies an der Sache vorbei: Denn ausser in Fällen von echten Lücken in Verfassung und Gesetz⁵⁵⁹ geht es nicht darum, dass das Gericht einen (nicht vorhandenen oder feststellbaren) Willen des Verfassungsgebers eruieren oder substituieren müsste, sondern darum, ob dann, wenn die Verfassung eine bestimmte Frage *nicht* vorentschieden hat, die Rege-

553 SCHUBARTH, Bedeutung, S. 177.

554 Vorne C.II.2.a.

555 So NEF, S. 225 a f.

556 BIAGGINI, Verfassung, S. 244 ff.

557 KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 93 ff., 164 f.

558 So bereits HUBER, Garantie, S. 151 a; CHIARIELLO, S. 362 f.

559 Vgl. dazu hinten C.III.4.i.

lung durch das Gericht oder durch den Gesetzgeber zu treffen ist. Wenn der Gesetzgeber eine Lösung getroffen hat und das Verfassungsgericht das Gesetz als verfassungswidrig beurteilt, so füllt es nicht eine Lücke, die sonst offen wäre, sondern es trifft eine *andere* Entscheidung als der Gesetzgeber.

e) *Verfassungsrichterrecht als Recht von Verfassungsrang*

Schliesslich hat das Verfassungs-Richterrecht auch einen anderen Rang als das sonstige Richterrecht: Richterrecht, welches Lücken oder Entscheidungsspielräume des Gesetzes ausfüllt, hat selber Gesetzesrang; es kann jederzeit durch den Gesetzgeber geändert werden. Richterrecht, welches die Verfassung konkretisiert, beansprucht hingegen selber Verfassungsrang und damit einen *Vorrang* auch gegenüber dem Gesetzgeber.⁵⁶⁰

Mit anderen Worten: Richterrecht in der Zivil-, Straf- oder Verwaltungsjustiz – auch wenn es bereichsweise quantitativ bedeutend sein mag – ist *subsidiär* zum Gesetz.⁵⁶¹ Der Gesetzgeber hat nicht das Regelungs*monopol*, aber den Regelungs*primat* gegenüber der Justiz. Demgegenüber ist Verfassungsgerichtsbarkeit *prioritär* gegenüber dem Gesetz. *Die Justiz hat den Regelungsprimat gegenüber dem Gesetzgeber.*

Wenn schon die Frage nach den Möglichkeiten und Grenzen richterlicher *Gesetzesfortbildung* von verfassungsrechtlicher Bedeutung ist,⁵⁶² so muss dies umso mehr gelten für diejenige nach den Möglichkeiten und Grenzen der richterlichen *Verfassungsfortbildung*.

3. *Quintessenz für die Frage der Verfassungsgerichtsbarkeit*

a) *Verfassungsrecht als Richterrecht*

Soweit die Verfassung offen ist, was insbesondere für die Grundrechte gilt, wird sie nicht nach herkömmlichen juristischen Methoden ausgelegt, sondern konkretisiert.⁵⁶³ Insoweit kann auch ein Entscheid eines Verfassungsgerichts nicht als blosser Akt der Rechts- oder Verfassungsanwendung, als hermeneutisches Erkennen des richtigen Verfassungsinhalts verstanden werden. Er geht über das vom Verfassungsgeber Vorentschiedene⁵⁶⁴ hinaus. Die Verfassungsge-

⁵⁶⁰ BÖCKENFÖRDE, S. 12; STERN, S. 21.

⁵⁶¹ So beruhen die Regeln des Allgemeinen Verwaltungsrechts weitgehend auf Richterrecht. Sie sind indessen subsidiär zu gesetzlichen Regelungen.

⁵⁶² So zutreffend BIAGGINI, Verfassung, S. 16 ff.

⁵⁶³ BÖCKENFÖRDE, S. 12 f.; CHIARIELLO, S. 353 f., 409, 411 f.; HESSE, S. 172 f.; HUBER, Probleme, S. 109 ff.; HUBER, Garantie, S. 141 a ff.; HUBER, Formenreichtum, S. 186 ff.; J.P. MÜLLER, Kommentar (a)BV, Einleitung zu den Grundrechte, Rz. 32; RHINOW, Überprüfung, S. 39; RÜTSCHKE, Rechtsfolgen, S. 311 f.; STERN, S. 17; TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, S. 151; WÜRTEMBERGER, S. 62.

⁵⁶⁴ So die eben so einfache wie zutreffende Umschreibung der richterlichen Rechtsfortbildung bei BIAGGINI, Verfassung, S. 59 ff.

richtsbarkeit und insbesondere die Grundrechtsgerichtsbarkeit hat eine starke rechtsschöpferische Funktion,⁵⁶⁵ sie ist Verfassungsfortbildung,⁵⁶⁶ «ein Akt kreativer Schaffung von Recht»,⁵⁶⁷ eine «mit der Verfassungsrechtsetzung geradezu konkurrierende Rechtsschöpfung von eigener Verantwortung»⁵⁶⁸ oder Quasi-Verfassungsgesetzgebung.⁵⁶⁹ Sie gibt vor, die Gesetze nach dem Massstab der Verfassung zu prüfen, stellt in Wirklichkeit aber diesen Massstab selber erst her.⁵⁷⁰

Wenn der amerikanische Supreme Court aus der Verfassungsbestimmung, wonach der Staat nicht «deprive any person of life, liberty, or property, without due process» dürfe, ableitet, ein Verbot des Schwangerschaftsabbruchs sei grundsätzlich verfassungsrechtlich nicht zulässig,⁵⁷¹ so lässt sich dies nicht als «richtige» Lösung aus der amerikanischen Verfassung ableiten, ebensowenig wie umgekehrt die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts, wonach gestützt auf den verfassungsrechtlichen Schutz des Lebens der Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich unzulässig sein müsse.⁵⁷² Vorentschieden ist die Frage mit der Verfassung jedenfalls nicht.⁵⁷³ Das Gericht hat erst die Regel aufgestellt, die es alsdann anwendet.

Ein grosser Teil dessen, was als Verfassungsrecht gilt, ist in Wirklichkeit Verfassungsrichterrecht. «The constitution is, what the judge says it is». Verfassungsgerichtsbarkeit bedeutet nicht Herrschaft der Verfassung, sondern Herrschaft der Verfassungsrichter.

565 HALLER, Bundesgericht, S. 125; HUBER, Garantie, S. 144a; KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 26 f., 135 f.; LIMBACH, S. 121; MORAND, méthodologie, S. 73 f.; TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 47 f., 194 f.; ISENSEE, S. 23 f.

566 CHIARIELLO, passim, besonders S. 91 ff., 190 ff., 274 ff.; HALLER, Verfassungsfortbildung, passim; STERN, S. 24 ff.

567 KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 136.

568 HUBER, Probleme, S. 111.

569 EBERL, S. 450.

570 TSCHANNEN, Verfassung, S. 798; das ist auch das Problem der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen: Wenn der Konkretisierungsspielraum der Verfassung grösser ist als derjenige des auszulegenden Gesetzes, dann ist die verfassungskonforme Auslegung nicht zielführend (CHRYSSOGONOS, S. 163; SEILER, Rechtsanwendung, S. 75 ff., 82).

571 Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

572 BVerfGE 39, 1; 88, 203.

573 Der U.S. Supreme Court legt zwar eingehend die historische Entwicklung der Gesetzgebung zum Schwangerschaftsabbruch dar; daraus mag sich entstehungsgeschichtlich ergeben, dass der historische Verfassungsgeber mit dem Schutz von «life» nicht das ungeborene Leben anvisierte. Daraus folgt aber nur, dass es dem Gesetzgeber erlaubt ist, den Schwangerschaftsabbruch zuzulassen, aber nicht umgekehrt, dass es ihm verboten wäre, das ungeborene Leben zu schützen. Das deutsche Bundesverfassungsgericht legt bei der Darlegung der Entstehungsgeschichte von Art. 2 Abs. 2 GG selber dar, dass umstritten war, ob damit der Schutz des keimenden Lebens erfasst werden sollte, und entsprechende Anträge, welche dies festlegen wollten, abgelehnt wurden (BVerfGE 39, 1, Rz. 136 ff.).

b) Das richterliche Vorverständnis

Die alles entscheidende Frage ist: Wenn sich die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht auf das in der Verfassung Vorentschiedene stützt: Worauf stützt sie sich denn?

Unweigerlich kommt man damit zum Thema der persönlichen Auffassungen und Werthaltungen der beteiligten Richter. Das richterliche Vorverständnis ist seit langem ein zentrales Thema der rechtsmethodischen Literatur.⁵⁷⁴ Seine Bedeutung hängt ab von der Weite des richterlichen Entscheidungsspielraums. Sie ist bei der Verfassungs-, insbesondere der Grundrechtskonkretisierung, bedeutend grösser als bei der Anwendung einfachen Gesetzesrechts. Die in der juristischen Methodenlehre vertretene Auffassung, die gerichtliche Rechtsanwendung sei weitestgehend von persönlichen Vorverständnissen und Wertungen des Richters geprägt, ist in dieser allgemeinen Form für diejenige Gerichtsbarkeit, welche Gesetze anwendet, stark übertrieben.⁵⁷⁵ Aber im Verfassungsrecht trifft sie weitgehend zu, insbesondere in grundrechtlichen Fragen: Diese sind «durch und durch wertgeladen».⁵⁷⁶

Die Grundrechte eignen sich daher in hervorragendem Masse, um persönliche weltanschauliche oder rechtspolitische Auffassungen unter Berufung auf angebliches Verfassungsrecht durchzusetzen. Andreas Auer hat schon vor Jahrzehnten festgestellt: «Die Kreuzritter, die für die Herrschaft und die Oberhoheit der Göttin Verfassung zu Felde ziehen, sind selten; zahlreich sind hingegen die Laienkrieger, die sich dieser Idee wie eines Schwertes bedienen, um eine Position zu verteidigen oder eine andere zu erobern.»⁵⁷⁷ Infolge der seitherigen Entwicklung der Grundrechtstheorie hat diese Erkenntnis an Aktualität noch erheblich gewonnen: Wie in keinem anderen Rechtsgebiet werden in der Verfassungsrechts- und insbesondere in der Grundrechtslehre häufig bestimmte Ergebnisse aus der Verfassung abgeleitet,⁵⁷⁸ die so nicht in der Verfassung stehen, sondern Ausfluss der persönlichen Weltanschauung oder politischen Einstellung der betreffenden Autoren sind.⁵⁷⁹

Das gilt auch für entsprechende Entscheide von Verfassungsgerichten. Es fällt schwer, sich die divergierenden Urteile von Verfassungsgerichten etwa zum Schwangerschaftsabbruch oder zur Datensicherung anders als mit persönlichen weltanschaulichen oder (verfassungs-)politischen Wertungen der mitwirkenden Gerichtsmitglieder zu erklären.

Dabei ist diese richterliche Verfassungsrechtsetzung – nicht anders als diejenige in einem Parlament – in der Regel ebenfalls umstritten, weil auch Verfas-

⁵⁷⁴ Statt vieler s. die Hinweise bei MÜLLER, Kunst, S. 1456 ff.

⁵⁷⁵ SEILER, Rechtsanwendung, S. 84 ff.

⁵⁷⁶ ADAMOVICH, Verfassungsgerichtshof, S. 81.

⁵⁷⁷ AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 107.

⁵⁷⁸ ISENSEE, S. 19.

⁵⁷⁹ SCHUBARTH, Gerechtigkeit, S. 369, spricht von «wissenschaftlich verbrämter Rechtspolitik».

sungsrichter mit valablen Argumenten unterschiedlicher Meinung sein können. Die politisch/weltanschauliche Bedingtheit und teilweise Polarisierung der richterlichen Auffassungen ist vor allem dort eindrucklich, wo Verfassungsgerichte dissenting opinions publizieren.⁵⁸⁰ Wo dies nicht der Fall ist, sind die unterschiedlichen Positionen dem Publikum weniger bewusst, aber nichtsdestoweniger vorhanden. Noch evidenter wird dies, wenn nicht nur die Praxis eines einzelnen Verfassungsgerichts betrachtet wird, sondern rechtsvergleichend diejenige verschiedener Verfassungsgerichte. Oft kommen sie zu unterschiedlichen Ergebnissen, auch wenn die Verfassungen, welche sie anwenden, ungefähr gleich lauten.⁵⁸¹ Offensichtlich wird der Anteil persönlicher Wertungen schliesslich angesichts von Änderungen der Gerichtspraxis: Ein besonders bekanntes historisches Beispiel ist die Rechtsprechung des US-Supreme Court, der in den 30er Jahren des 20. Jahrhunderts mehrere Gesetze des New Deal als verfassungswidrig beurteilte, bis er dann 1937 die Praxis änderte: Nunmehr wurden diese Gesetze auf wundersame Weise verfassungskonform – nicht weil die Verfassung geändert hätte, sondern weil *ein* Mitglied des Gerichts seine Meinung änderte.⁵⁸² Faktisch erhält die Mehrheit des Verfassungsgerichts verfassungsgebende Kompetenz.⁵⁸³ Dabei gehen Praxisänderungen meistens weniger mit besserer juristischer Erkenntnis der einzelnen Gerichtsmitglieder einher, sondern mit einer Änderung der personellen Zusammensetzung des Gerichts.⁵⁸⁴

Kurz: Der Ausgang verfassungsgerichtlicher Entscheide hängt nicht von der Verfassung ab, sondern – viel mehr als bei der Anwendung einfachgesetzlichen Rechts – von den persönlichen Auffassungen der oft zufälligen⁵⁸⁵ Mehrheiten der beteiligten Richter.

Es erstaunt ausserordentlich, dass die in der allgemeinen Rechtsmethodik eingehend geführte Debatte um das richterliche Vorverständnis in der Diskussion um die Verfassungsgerichtsbarkeit so gut wie keine Rolle spielt, obwohl sie hier bedeutend wichtiger wäre als bei der sonstigen Justiz.

c) *Die Frage nach der Verfassungsgerichtsbarkeit als Frage nach der Stellung des Richterrechts*

Die Diskussion über die Wünschbarkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit muss von diesem Befund ausgehen: Ein grosser Teil dessen, was als Verfassungs-

580 Beispiele bei ISENSEE, S. 34 ff.

581 Vgl. z.B. die vergleichende Darstellung bei GROTE S. 15 ff. zur Praxis der Verfassungsgerichte ost- und mitteleuropäischer Länder zu verschiedenen Grundprinzipien wie Rechtsstaat, Gewaltenteilung, Unabhängigkeit der Justiz usw.

582 SCHINDLER, Prüfungsrecht, S. 297 f.

583 SCHUBARTH, Bedeutung, S. 179.

584 SCHINDLER, Prüfungsrecht, S. 297 f., mit Beispielen aus der Rechtsprechung des US-Supreme Court.

585 SCHUBARTH, Bedeutung, S. 183 f.

recht gilt, steht nicht in der Verfassung, sondern ist Richterrecht, welches Verfassungsrang beansprucht.

Soweit Verfassungsnormen offen und konkretisierungsbedürftig sind, ist das Problem der Verfassungsgerichtsbarkeit deshalb nicht, ob verfassungswidrige Gesetze massgebend sein sollen, sondern die Frage, was der Inhalt der Verfassung ist,⁵⁸⁶ oder anders gefragt: Wer soll das letzte Wort haben in der Konkretisierung des in der Verfassung offen gelassenen Spielraums?⁵⁸⁷ Wer hat die Deutungshoheit über verfassungsrechtliche Begriffe?⁵⁸⁸

In Systemen, die eine Verfassungsgerichtsbarkeit kennen, ist es das Verfassungsgericht: Sein Urteil ist massgebend, nicht weil es die einzig richtige Auslegung der Verfassung wäre, sondern weil die staatsrechtliche Ordnung dem Gericht die letztinstanzliche Kompetenz gegeben hat, die Verfassung zu konkretisieren. In Systemen, die keine Verfassungsgerichtsbarkeit kennen, ist es der Gesetzgeber. So oder so ist es nicht die Verfassung, die sagt, was gelten soll. Es geht also nicht um das Verhältnis zwischen Verfassung und Gesetz, sondern um dasjenige zwischen (Verfassungs)Richterrecht und politischer Rechtsetzung bzw. darum, wo die Grenze zwischen Recht und Politik verläuft.

d) Konsequenzen für die Fragestellung

Niemand bestreitet, dass es Verfassungsbestimmungen geben kann, die klar sind, und Gesetze, die eindeutig gegen die Verfassung verstossen, in der Schweiz z.B. das unterschiedliche Pensionierungsalter für Mann und Frau. Aber bei den allermeisten Gesetzen, deren Verfassungswidrigkeit fraglich ist, geht es eher um mehr oder weniger grosse Konkretisierungsspielräume oder um Verstösse gegen Regeln, welche die Gerichtsbarkeit erst aufgestellt hat. Das gilt insbesondere auch für die schweizerische Bundesgesetzgebung.⁵⁸⁹

Um die Wünschbarkeit einer erweiterten Verfassungsgerichtsbarkeit zu beurteilen, rechtfertigt es sich deshalb, zwei Fragen auseinanderzuhalten, nämlich:

- Ist eine Verfassungsgerichtsbarkeit gerechtfertigt und erforderlich, um (klar) verfassungswidrige Gesetze zu verhindern?
- Ist eine richterliche Verfassungsrechtsschöpfung erwünscht/legitim? Soll das (Verfassungs)Richterrecht über dem Gesetz stehen?

586 SCHUBARTH, Bedeutung, S. 172 f.; SCHUBARTH, Gerechtigkeit, S. 382 f.; STEINEGGER, S. 51 f.

587 AUBERT, Constitution, S. 109; HALLER, Verfassungsfortbildung, S. 13, HALLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 179.

588 HOFMANN, Recht, S. 384.

589 Vorne B.VI.

Im Sinne einer Sprachregelung wird im Folgenden terminologisch unterschieden zwischen

- *strikte Verfassungsgerichtsbarkeit*: eine Verfassungsgerichtsbarkeit, die sich darauf beschränkt, klare Verstösse gegen die Verfassung zu sanktionieren, im Übrigen aber dem Gesetzgeber die Konkretisierung des in der Verfassung offen gelassenen Spielraums überlässt; dabei geht es um das Verhältnis zwischen Verfassung und Gesetz;
- *richterliche Verfassungsfortbildung*: eine Verfassungsgerichtsbarkeit, welche den in der Verfassung offen gelassenen Spielraum selber mit Verbindlichkeit für den Gesetzgeber konkretisiert und verfassungsfortbildend wirkt; dabei geht es um das Verhältnis zwischen Richterrecht und politischer Rechtsetzung.

Selbstverständlich ist diese Unterscheidung – wie die meisten Unterscheidungen im Recht – in einem mehr oder weniger grossen Grenzbereich unscharf. Trotzdem ist die Ausdifferenzierung der Fragestellung zumindest typologisch sinnvoll: Sie macht die Diskussion transparent und führt dazu, dass offen über die wirklichen Probleme gesprochen werden kann.

Denn es ist offensichtlich: Die Befürworter der Verfassungsgerichtsbarkeit plädieren meistens für eine aktive richterliche Verfassungsfortbildung. Und die Gegner der Verfassungsgerichtsbarkeit lehnen diese meistens⁵⁹⁰ gerade aus diesem Grunde ab, weil sie einen richterlichen Aktivismus befürchten, der die demokratische Politikgestaltung einschränkt.⁵⁹¹ Darin lag schon immer der Hauptgrund für die Skepsis gegenüber der Verfassungsgerichtsbarkeit.⁵⁹²

In der Diskussion um die Verfassungsgerichtsbarkeit sollte daher immer offen dargelegt werden, was man unter Verfassungsgerichtsbarkeit versteht und was man damit bezweckt: Geht es um eine Kontrolle der Vereinbarkeit mit der geltenden Verfassung oder um eine richterliche Verfassungsfortbildung?

Im Folgenden werden die einzelnen Argumente, welche im Zusammenhang mit der Verfassungsgerichtsbarkeit vorgebracht werden, jeweils im Lichte dieser beiden Fragestellungen diskutiert.

590 Anders der Ansatz von AUER, welcher (früher) Art. 113 Abs. 3 aBV gerade damit rechtfertigte, dass in seinem Schatten das Bundesgericht eine richterliche Verfassungsfortbildung habe betreiben können (Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 109 f.).

591 SCHUBARTH, Bedeutung, S. 173, unterscheidet zwei Grundmentalitäten in der Richterschaft: Diejenige, die der Auffassung folgten, es sei Sache des Gesetzgebers, das Gesetz verfassungskonform zu schaffen, und diejenigen, die glauben, Neues in die Verfassung hineinlesen zu können, dies dann aus der Verfassung herauszudeduzieren, und damit anstelle des Gesetzgebers das Gesetz zu modifizieren. «Der Hauptgrund, weshalb in der Schweiz – vielleicht nicht bei einer ausgewählten staatsrechtlichen Elite, aber bei vielen Durchschnittsbürgern, die aber immer noch höchstes Verfassungsorgan sind – eine Skepsis gegen die konkrete Normenkontrolle besteht, liegt genau in der Angst vor diesem Richtertyp.» Ähnlich SCHUBARTH, Gerechtigkeit, S. 383 f.

592 PANCHAUD, S. 38 a, 42 a; SCHINDLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 48 f.

III. Diskussion der einzelnen Argumente

1. Normenhierarchie

Das Normenhierarchie-Argument zu Gunsten der Verfassungsgerichtsbarkeit⁵⁹³ leuchtet *prima vista* als logisch ein. Was höherrangig ist, hat Vorrang vor dem tieferen. Wenn eine Verordnung vom Gericht auf ihre Gesetzmässigkeit hin überprüft werden soll, warum dann nicht das Gesetz auf seine Verfassungsmässigkeit?

Allerdings folgt aus der Normenhierarchie nicht logisch zwingend, dass der Vorrang der Verfassung nur durch den Richter sichergestellt werden könnte.⁵⁹⁴ Die Normenhierarchie ist etwas anderes als die Frage, wer für ihre Einhaltung zuständig ist.⁵⁹⁵ Aus praktischen Gründen muss irgendein Staatsorgan abschliessend und verbindlich über die Verfassungsmässigkeit eines Gesetzes entscheiden. In den meisten Staaten, die eine Verfassungsgerichtsbarkeit kennen, ist denn auch für die Gesetzesprüfung nicht jedes Gericht zuständig, sondern ausschliesslich ein besonderes Verfassungsgericht. Hat dieses entschieden, sind alle anderen Gerichte daran gebunden. Auch die Gerichte (mit Ausnahme des Verfassungsgerichts) sind also nicht befugt, selber die Normenhierarchie anzuwenden, sondern sie sind an die Beurteilung eines anderen Organs gebunden. Ausschluss der Verfassungsgerichtsbarkeit ist keine Absage an die Normenhierarchie, sondern bedeutet einfach, dass für die Kontrolle ihrer Einhaltung nicht die Justiz, sondern ein anderes Organ zuständig ist, nämlich der Gesetzgeber.⁵⁹⁶ Im Gesetzgebungsverfahren wird denn auch die Verfassungsmässigkeit der Gesetze geprüft, was allenfalls noch optimiert werden kann.⁵⁹⁷

Sodann lässt sich eine richterliche Verfassungsrechtsetzung mit dem Normenhierarchie-Argument nicht begründen. Soweit die Verfassung stark konkretisierungsbedürftig ist,⁵⁹⁸ verhält sie sich zur Gesetzgebung normtheoretisch eher wie die *lex generalis* zur *lex specialis* als wie die *lex superior* zur *lex inferior*. Richterliche Verfassungsfortbildung stellt insoweit nicht die Einhaltung der Suprematie der Verfassung sicher; sie setzt nicht im Sinne der Normenhierarchie die Verfassung über das Gesetz, sondern eher im Sinne einer Institutionenhierarchie das Verfassungsgericht über den Gesetzgeber.

⁵⁹³ Vorne C.I.

⁵⁹⁴ BÖCKENFÖRDE, S. 10; HALLER, Ausbau, S. 507; SCHINDLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 26 f.

⁵⁹⁵ Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 272.

⁵⁹⁶ TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 151.

⁵⁹⁷ Vgl. Bericht des Bundesrates vom 5.3.2010 «Stärkung der präventiven Rechtskontrolle», BBl 2010 2187 ff.

⁵⁹⁸ Vorne C.II.

2. *Völkerrecht*

a) *Im Allgemeinen*

Nach geltender Verfassung ist das Völkerrecht nicht auf seine Verfassungsmässigkeit überprüfbar. Die historische Begründung war die gleiche wie in Bezug auf die Bundesgesetze, nämlich dass auch Staatsverträge von der Bundesversammlung genehmigt werden, weshalb aufgrund der Parlamentssuprematie diese Akte nicht gerichtlich überprüfbar sein sollen.⁵⁹⁹ Heute wird in Politik und Rechtslehre die Unüberprüfbarkeit des Völkerrechts mit dem Vorrang des Völkerrechts begründet.⁶⁰⁰

In einem monistischen System, in welchem das Völkerrecht landesintern ohne gesetzliche Umsetzung gültig ist und aufgrund des Vorrangs des Völkerrechts dem Landesrecht vorgeht, sind im Ergebnis die Gesetze nachrangig zum Völkerrecht, was gerichtlich durchsetzbar ist. Insofern hat das Völkerrecht eine ähnliche Funktion wie eine umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit: Gerichte überprüfen Gesetze auf ihre Vereinbarkeit mit übergeordneten Normen hin.

Die schweizerische Rechtspraxis räumt unter Berufung auf den Vorrang des Völkerrechts und unter dem Vorbehalt der Schubert-Praxis dem unmittelbar anwendbaren Völkerrecht den Vorrang ein gegenüber dem Landesrecht und damit auch gegenüber dem Bundesgesetz.⁶⁰¹ Um den Vorrang des Völkerrechts durchzusetzen, bedarf es deshalb keiner Verfassungsgerichtsbarkeit.

Erst recht kann die Verfassungsgerichtsbarkeit kein Instrument sein, um – wie dies gelegentlich postuliert wird – völkerrechtswidrige Verfassungsinitiativen zu verhindern. Um dies zu erreichen, müssten die Ungültigkeitsgründe für Volksinitiativen (Art. 139 Abs. 3 BV) geändert werden.⁶⁰²

Eine Verfassungsgerichtsbarkeit müsste im Gegenteil das Völkerrecht in Frage stellen, soweit dieses verfassungswidrig ist. Erstaunlicherweise wird freilich in der aktuellen Diskussion um die Verfassungsgerichtsbarkeit die Verfassungsmässigkeit des Völkerrechts kaum diskutiert. Sowohl die Vorschläge im Rahmen der Justizreform als auch die parlamentarische Initiative Studer haben mit dem Argument «pacta sunt servanda» an der Massgeblichkeit des Völkerrechts festgehalten.⁶⁰³ Mit dem gleichen Argument wird sogar umgekehrt die Frage nach der Völkerrechtskonformität der Verfassung gestellt.⁶⁰⁴

Diese Argumentation überzeugt nicht, weil sie von der Entstehung von Völkerrecht abstrahiert: Abgesehen vom völkerrechtlichen Gewohnheitsrecht und *ius cogens* kommt Völkerrecht durch den Abschluss völkerrechtlicher Verträge

599 BAUMANN, Einfluss, S. 318 f.

600 Vorne A.II.3.

601 Vorne A.III.2.

602 S. Bericht des Bundesrates vom 5.3.2020 «Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht» (BBl 2010 2263 ff.), S. 2328 ff.; vgl. auch hinten C.III.6.f.

603 Botschaft neue Bundesverfassung, S. 513; KOLLER, Ausbau, S. 232. So auch in der Begründung zur p.I. Studer, Berichterstatter Fluri, Amtl. Bull. 2009 N 690.

604 CHIARIELLO, S. 393 ff.

zustande. Da die Verfassung die oberste Norm des Staates ist, ist auch die «auswärtige Gewalt», und damit auch die «vertragsschliessende Gewalt» an die Verfassung gebunden.⁶⁰⁵ Geht man davon aus, dass die Suprematie der Verfassung gerichtlich durchzusetzen sei, dann muss auch die vertragsschliessende Gewalt der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegen. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb die Bundesversammlung gerichtlich soll sanktioniert werden können, wenn sie verfassungswidrige Gesetze erlässt, nicht aber wenn sie verfassungswidrige Staatsverträge genehmigt.⁶⁰⁶ Die meisten Staaten mit ausgebauter Verfassungsgerichtsbarkeit kennen denn auch zumindest eine präventive, manchmal auch eine nachträgliche Verfassungsgerichtskontrolle über völkerrechtliche Verträge.⁶⁰⁷ Da kein Staat völkerrechtlich verpflichtet ist, Verträge abzuschliessen, kann jedenfalls eine präventive Verfassungskontrolle über abzuschliessende Verträge von vornherein nicht völkerrechtswidrig sein.⁶⁰⁸

Das Argument «*pacta sunt servanda*» kann höchstens für eine nachträgliche Verfassungsgerichtsbarkeit über Staatsverträge von Bedeutung sein: Völkerrechtlich kann sich ein Staat nicht auf sein internes (Verfassungs)Recht berufen, um einen von ihm ratifizierten Vertrag nicht einzuhalten, solange dieser gilt.⁶⁰⁹ Geht man auch innerstaatlich von einem absoluten Vorrang des Völkerrechts aus, so könnte eine nachträgliche Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Vertrags somit nicht unmittelbar zur Konsequenz haben, dass dieser nicht mehr anwendbar wäre; sie könnte aber Anlass sein, den Vertrag zu kündigen, soweit dies möglich ist.⁶¹⁰ Das Völkerrecht stünde dem nicht entgegen: Wenn ein völkerrechtlicher Vertrag eine Kündigungsmöglichkeit vorsieht, dann kann keine Völkerrechtswidrigkeit darin liegen, dass ein Staat davon Gebrauch macht.

Der Vorrang des Völkerrechts ist somit kein prinzipielles Argument gegen eine Verfassungsgerichtsbarkeit über völkerrechtliche Verträge, sondern höchstens ein Argument für eine besondere Ausgestaltung derselben (eher präventive Verfassungskontrolle⁶¹¹). Im Übrigen stellt sich die Wünschbarkeit einer Ver-

605 AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 103 f.; GRISEL, Hiérarchie, S. 385 f.; SCHERRER, S. 255.

606 Das könnte geradezu ein Anreiz sein, verfassungswidrige Regelungen dadurch zu immunisieren, dass man sie in einen Staatsvertrag einbettet.

607 CREMER, S., 319 f.; GIEGERICH, S. 518 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER, S. 625; HALLER, Kommentar (a)BV, Rz. 179 zu Art. 113; HALLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 182; WEBER, S. 333, 337.

608 HANGARTNER, St. Galler BV-Kommentar, N 6 zu Art. 190.

609 Art. 27 f. VRK.

610 Vgl. im Zusammenhang mit der Annahme einer neuen Verfassungsbestimmung, die einem völkerrechtlichen Vertrag widerspricht, BBl 2010 994 ff. (Botschaft zur Volksinitiative «für menschenfreundlichere Fahrzeuge»); Bericht des Bundesrates vom 5.3.2010 Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (BBl 2010 2263 ff.) 2316 f., 2328 f.; TORNAY, S. 140 f.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, S. 251; BAUMANN, Schranken, S. 209; KÜNZLI, Partizipationsrechte, S. 67 ff.

611 GIEGERICH, S. 519.

fassungsgerichtsbarkeit in Bezug auf völkerrechtliche Verträge in gleicher Weise dar wie in Bezug auf Bundesgesetze.⁶¹²

Eine Besonderheit besteht allerdings: Der nationale Gesetzgeber kann ein Gesetz, das vom Verfassungsgericht als (teilweise) verfassungswidrig beurteilt worden ist, nachbessern. Dies ist aber bei einem völkerrechtlichen Vertrag in der Regel nicht möglich, da er nur als gesamtes angenommen oder abgelehnt werden kann. Es mag daher aus politischen Gründen akzeptabel erscheinen, einen Vertrag wegen seiner erheblichen Bedeutung auch dann abzuschliessen oder nicht zu kündigen, wenn er in Teilen verfassungswidrig sein mag.⁶¹³ So ist das bilaterale Verkehrsabkommen mit der EG wohl verfassungswidrig, weil es die Umsetzung von Art. 84 Abs. 2 i.V.m. Art. 196 Ziff. 1 BV verunmöglicht.⁶¹⁴ Es war aber Teil eines Gesamtpakets, welches die EU nicht in getrennte Teile aufsplintern wollte. Eine (präventive) Verfassungsgerichtsbarkeit, welche das Verkehrsabkommen als verfassungswidrig qualifiziert hätte, hätte die ganzen bilateralen Abkommen mit der EU verhindert. Aus solchen eher pragmatischen Gründen mag es gerechtfertigt sein, die Verfassungsgerichtsbarkeit über völkerrechtliche Verträge anders auszugestalten als über Bundesgesetze.

b) Internationaler Grundrechtsschutz, insbesondere EMRK

Soweit es für die Schweiz geltende völkerrechtliche Normen gibt, die inhaltlich mit einer Verfassungsnorm übereinstimmen, kann im Ergebnis ein Bundesgesetz auch auf seine Übereinstimmung mit der Verfassung überprüft werden. Insbesondere wird – allenfalls unter Vorbehalt der Schubert-Praxis⁶¹⁵ – ein Bundesgesetz dann nicht angewendet, wenn es der EMRK bzw. entsprechenden verfassungsmässigen Rechten widerspricht.⁶¹⁶ Damit ist im Ergebnis teilweise das Postulat einer verfassungsrichterlichen Normenkontrolle realisiert.

Das ist allerdings kein zwingender Grund, um generell eine Verfassungsgerichtsbarkeit einzuführen. Der EGMR hat selten ein schweizerisches Gesetz als solches als EMRK-widrig beurteilt.⁶¹⁷ Die Verurteilungen der Schweiz betrafen meistens Fälle, in denen das Gesetz einen Interpretationsspielraum enthielt, welcher auch die Betrachtungsweise des EGMR ermöglicht, ohne das Gesetz

612 HALLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 182.

613 KÜNZLI, Partizipationsrechte, S. 68 f.

614 Vorne B.V.5.b.

615 Zur Publikation vorgesehenes Urteil 5A_712/2009 vom 25. Januar 2010 E. 3.3.4.

616 Vorne A.III.2.

617 SCHUBARTH, Gerechtigkeit, S. 385. Im Urteil Emonet hat der EGMR Art. 267 Abs. 2 ZGB als grundsätzlich gerechtfertigt betrachtet (Urteil 39051/03 vom 13.12.2007 i.S. Emonet g. Schweiz, § 80), aber angenommen, im konkreten Fall dürfe er nicht angewendet werden. Noch unklar ist derzeit, inwiefern das Urteil des EGMR 13444/04 vom 30.4.2009 i.S. Glor g. Schweiz das System des Wehrpflichtersatzes generell in Frage stellen könnte (vgl. dazu DANIEL RIETIKER, Chronik der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in Fällen gegen die Schweiz im Jahre 2009, AJP 2010 S. 358 ff., 360 ff.).

verletzen zu müssen. Die Verurteilungen der Schweiz richten sich eher gegen die rechtsanwendenden Behörden als gegen den Bundesgesetzgeber.

Sodann stimmen bei weitem nicht alle Normen der Bundesverfassung mit durch die EMRK garantierten Rechten überein. Es gibt weit mehr Verfassungsbestimmungen, die keine Entsprechung in der EMRK haben. Bei den meisten Bundesgesetzen, deren Verfassungsmässigkeit diskutiert werden könnte,⁶¹⁸ steht nicht eine Verletzung der EMRK zur Diskussion, sondern eine Verletzung anderer Verfassungsbestimmungen. Es wäre daher ein zumindest quantitativ erheblicher Unterschied gegenüber dem geltenden Rechtszustand, wenn die Verfassungsgerichtsbarkeit generell erweitert würde.

Wenig überzeugend ist auch das Argument, die Bundesverfassung werde gegenüber der EMRK abgewertet, wenn sie nicht gerichtlich durchsetzbar sei. Denn die Rechtsprechung des EGMR ist für die Schweiz verbindlich,⁶¹⁹ so dass auch eine bundesgerichtliche Verfassungsgerichtsbarkeit in Bezug auf andere Verfassungsbestimmungen diese gegenüber der EMRK nicht stärken könnte. So ist z.B. der Wehrpflichtersatz verfassungsrechtlich vorgeschrieben.⁶²⁰ Ein Gesetz, welches den Wehrpflichtersatz aufheben würde, wäre demzufolge verfassungswidrig und müsste von einem Verfassungsgericht aufgehoben werden, wenn es das Massgeblichkeitsgebot von Art. 190 BV nicht gäbe. Sollte aber der EGMR den schweizerischen Wehrpflichtersatz als konventionswidrig betrachten,⁶²¹ würde dies dem Urteil des schweizerischen Verfassungsgerichts vorgehen. Die Abwertung der Bundesverfassung gegenüber der EMRK ergibt sich nicht aus der fehlenden schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit, sondern aus dem Vorrang des Völkerrechts gegenüber dem Landesrecht.

c) *Exkurs: Völkerrecht oder Völker-Richterrecht?*

Im Verhältnis von Völkerrecht zu Landesrecht stellt sich eine ähnliche Problematik wie in demjenigen zwischen Verfassungsrecht und Gesetz: Soweit ein völkerrechtlicher Vertrag hochgradig konkretisierungsbedürftige Normen enthält und Gremien einsetzt, welche diesen Vertrag anwenden und konkretisieren, führt die Tätigkeit dieser Gremien unweigerlich zu einer Fortentwicklung des Vertragsrechts. Das gilt insbesondere für die EMRK, welche inhaltlich sehr offen ist.⁶²² Der EGMR hat die EMRK in einem sehr starken Ausmass fortgebildet.⁶²³ Was heute als EMRK-Recht gilt, ist zum grössten Teil nicht Staatsvertragsrecht, sondern Richterrecht. Bei den aktuellen politischen⁶²⁴ und juristi-

618 Vorne Teil B.

619 Art. 46 EMRK.

620 Art. 59 Abs. 3 BV.

621 Vgl. vorne Fn.617.

622 SCHUBARTH, Bedeutung S. 179 ff.

623 Eingehende Darstellung bei CHIARIELLO, S. 211 ff.

624 S. TSCHANNEN, Verfassung, S. 802 f.

schen⁶²⁵ Diskussionen um die Tragweite der EMRK geht es deshalb in Wirklichkeit – analog wie zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetz⁶²⁶ – nicht um das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht, sondern um dasjenige zwischen Richterrecht und politischer Rechtsetzung. Der Vorrang des EGMR-Richterrechts kann nicht allein mit dem Grundsatz «pacta sunt servanda» begründet werden: Auch abgesehen davon, dass der Beitritt zur EMRK nicht dem Staatsvertragsreferendum unterstand, ist damit nicht das ganze Richterrecht des EGMR demokratisch so legitimiert wie das nationale Verfassungs- oder Gesetzesrecht. Das EGMR-Richterrecht ist ziemlich weit entfernt von dem, was seinerzeit ratifiziert wurde.

Dabei kann kaum behauptet werden, das gesamte Richterrecht des EGMR stelle unverzichtbare Menschenrechtspostulate dar. Es beruht zu einem Teil darauf, dass die EMRK von einer besonderen Rechtstradition geprägt ist.⁶²⁷ Oft nimmt der EGMR einfach andere rechtspolitische Wertungen vor als der nationale Gesetzgeber⁶²⁸ oder ersetzt Gesetzesanwendung durch Einzelfallentscheide;⁶²⁹ manchmal ist seine Rechtsprechung seltsam⁶³⁰ und gelegentlich rechtsstaatswidrig.⁶³¹ Kurz: Es geht bei der Massgeblichkeit der EGMR-Rechtsprechung nicht um die Einhaltung des Völkerrechts oder der Menschenrechte,⁶³² sondern darum, wer zuständig sein soll, die hochgradig konkretisierungsbedürftigen Menschenrechte letztverbindlich zu konkretisieren.

3. Gewaltenteilung

a) Staatstheoretisch

In staatstheoretischer oder verfassungspolitischer Optik gibt es nicht *die* Gewaltenteilung, sondern eine Mehrzahl von Gewaltenteilungstheorien und -konzeptionen, die auf unterschiedlichen und teilweise auch gegensätzlichen staats- und rechtsphilosophischen Grundauffassungen beruhen. Je nach Konzeption lassen sich in fast allen staatsrechtlichen Grundfragen gegensätzliche Auffassungen

625 Vgl. zur Publikation vorgesehenes Urteil 5A_712/2009 vom 25.1.2010 E.3.3.4, m.H.; KÜNZLI, Partizipationsrechte, S. 49 f.

626 Vorne C.II.3.c.

627 Die Betonung, welche Art. 6 EMRK den öffentlichen und mündlichen Gerichtsverhandlungen beimisst, ist von der angelsächsischen Rechtskultur geprägt, zu welcher das schweizerische Verwaltungsgerichtsverfahren im Gegensatz steht, ohne deswegen weniger rechtsstaatlich zu sein.

628 Vgl. hinten C.III.7.d.

629 Vgl. hinten C.III.6.b.

630 So die Rechtsprechung, welche ein unbedingtes Recht auf Replik (und damit ein unbedingtes Recht auf endlosen Schriftenwechsel) statuiert (statt vieler: Urteil 10577/04 vom 26.7.2007 i.S. Kessler g. Schweiz, § 29–31).

631 So indem sie in Fällen, in denen zu Beginn des Streits ein Zweiparteienverfahren vorlag, regelmässig entscheidet, ohne die Gegenpartei der beschwerdeführenden Partei angehört zu haben, vgl. vorne B.II.13.b, Fn. 304.

632 So aber offenbar TSCHANNEN, Verfassung, S. 803.

mit der Gewaltenteilung begründen,⁶³³ namentlich auch in Bezug auf die Verfassungsgerichtsbarkeit.⁶³⁴

Eine der ideengeschichtlichen Wurzeln der Gewaltenteilung ist die *Mischverfassung*, historisch verstanden als ständisches *regimen commixtum* mit monarchischen, aristokratischen und demokratischen Elementen.⁶³⁵ Auch in der neueren Staatstheorie taucht der Gedanke einer Mischverfassung im Sinne einer geteilten Souveränität auf.⁶³⁶ Im Zusammenhang mit dem Thema der Verfassungsgerichtsbarkeit interessiert vor allem eine Richtung, welche die Justiz, namentlich die Verfassungsjustiz, als wünschbares oder notwendiges aristokratisches Korrektiv zur Demokratie versteht.⁶³⁷

Nach verbreiteter Auffassung besteht Gewaltenteilung darin, dass die «Gewalten» im Sinne einer «Séparation» strikt voneinander *getrennt* sind, was insbesondere auch bedingt, dass sie sich nicht in ihre jeweiligen Zuständigkeiten einmischen sollen. In dieser Konzeption ist eine Verfassungsgerichtsbarkeit eine unerwünschte Einmischung der Justiz in die Zuständigkeit der Legislative.

In der so genannt klassischen Gewaltenteilungskonzeption wird die Vorstellung der kompetenziellen Trennung der Gewalten verbunden mit der Aufteilung nach den *Rechtsfunktionen* «Rechtsetzung» und «Rechtsanwendung».⁶³⁸ In dieser Konzeption ist die Verfassungsgerichtsbarkeit ambivalent zu beurteilen:⁶³⁹ Betrachtet man sie als Anwendung der Verfassung, ist sie nichts anderes als sonstige Rechtsprechung.⁶⁴⁰ Sie widerspricht aber diesem Gewaltenteilungsbild, wenn man vom empirischen Befund ausgeht, dass sie Verfassungsrecht nicht nur anwendet, sondern selber erst schafft. Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist damit Gesetzgebung in Form eines justizförmigen Verfahrens,⁶⁴¹ vereinigt in der gleichen «Gewalt» Rechtsetzung und Rechtsanwendung, hebt diese Trennung auf und ist ein Widerspruch zur Gewaltenteilung.

Schliesslich kann man Gewaltenteilung als ein System von *checks and balances* zwischen den obersten Staatsorganen auffassen, die gerade nicht strikt getrennt sein, sondern sich wechselseitig ausgleichen und kontrollieren sollen. In dieser Konzeption kann Verfassungsgerichtsbarkeit als erwünschtes Korrektiv zur prinzipiellen Rechtsetzungszuständigkeit der Legislative betrachtet wer-

633 SEILER, Gewaltenteilung, S. 186.

634 NEF, S. 236a ff.

635 SEILER, Gewaltenteilung, S. 14 ff., 55 ff.

636 ALOIS RIKLIN, Mischverfassung und Gewaltenteilung, Beiträge und Berichte des Instituts für Politikwissenschaft 193, St. Gallen 1990.

637 HUBER, Standort, S. 75: Der Richter als Verkörperung «des Glaubens an die Möglichkeit der Objektivität in einer Zeit sinkender Urteilkraft in der Masse». So in der amerikanischen Vorstellung einer «aristocracy of the robe» (SCHINDLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 38 f.).

638 SEILER, Gewaltenteilung, S. 58 ff.

639 Vgl. zur Diskussion in Deutschland CHRYSSOGONOS, S. 39 ff.

640 AZPITARTE SÁNCHEZ, S. 580 f.

641 CHRYSSOGONOS, S. 36.

den,⁶⁴² insbesondere in Ablehnung der Ideen der Parlamentsouveränität. Das erklärt den Siegeszug der Verfassungsgerichtsbarkeit in den USA, deren Unabhängigkeitskampf insbesondere auch gegen die Souveränität des (britischen) Parlaments gerichtet war und wo daher auch die Legislative als potentielle Bedrohung der Freiheit betrachtet wurde. Umgekehrt kann man die Verfassungsgerichtsbarkeit mit dem gleichen Argument bekämpfen, weil sie – jedenfalls bei strikter Ausgestaltung der richterlichen Unabhängigkeit – zu einer unkontrollierten letzten Instanz führt, die sich allen checks and balances gerade entzieht.⁶⁴³

b) *Staatsrechtlich*

Betrachtet man das positive Staatsrecht, dann gibt «die Gewaltenteilung» kein Argument pro oder kontra Verfassungsgerichtsbarkeit her: Welche Aufgaben die Verfassung der Justiz überträgt, ist eine positiv-verfassungsrechtlich geregelte Kompetenzaufteilung, die als solche zu respektieren ist. Fragen lässt sich dann höchstens, ob eine bestimmte Regelung systemkonform ist.

Im schweizerischen Staatsrecht ist die Konzeption der *Mischverfassung* in der Form des doppelten Souveräns von Volk und Ständen realisiert.⁶⁴⁴ Da aber auch die Standesstimmen zwingend auf direktdemokratischem Weg ermittelt werden,⁶⁴⁵ ist dies keine Absage an die Volkssouveränität. Eine Mischverfassung mit teilweise aristokratischen anstatt demokratischen Legitimationsgrundlagen ist in der Bundesverfassung nicht vorgesehen. Soweit in der Verfassungsjustiz ein aristokratisches Korrektiv gegenüber der Volkssouveränität erblickt wird, ist dies dem schweizerischen Staatsrecht fremd.

Versteht man Gewaltenteilung als *kompetenzielle Trennung* und Unabhängigkeit der einzelnen Institutionen, dann soll keine «Gewalt» die Akte der anderen überprüfen. Dieses Argument war historisch ausschlaggebend für den Ausschluss der Verfassungsgerichtsbarkeit über das Bundesgesetz.⁶⁴⁶ Allerdings folgt diese Überlegung nicht aus einem abstrakten Schema von «Gewalten», sondern aus der dahinter liegenden Legitimationsbasis: Die schweizerische Gewaltenteilungskonzeption folgt ideengeschichtlich nicht der amerikanischen Vorstellung von drei gleichgeordneten Gewalten, sondern der Vorstellung des klassischen französischen Republikanismus, wonach die Legislative aufgrund ihrer demokratischen Legitimation hierarchisch über den beiden anderen Gewalten steht.⁶⁴⁷

642 KÄLIN, Zugang, S. 305.

643 Vgl. hinten C.III.3.c.

644 Art. 1 und 195 BV.

645 Art. 142 Abs. 3 BV.

646 OETER, S. 556 ff.

647 Art. 148 Abs. 1 BV; Botschaft neue Bundesverfassung, S. 377; RAPPARD, S. 107a ff.; SEILER, Gewaltenteilung, S. 420 ff., 442, 637 ff.; SCHERRER, S. 11, 30 ff.

Deshalb entscheidet auch über Zuständigkeitskonflikte zwischen Bundesversammlung und Bundesrat nicht etwa ein unparteiischer Mittler in Form des Gerichts, sondern die Bundesversammlung als einer der beiden Kontrahenten selber,⁶⁴⁸ obwohl die Zuständigkeitsverteilung zwischen diesen beiden Organen in der Verfassung geregelt ist. Das entspricht durchaus der Grundkonzeption des schweizerischen Staatsrechts. Eine umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit müsste konsequenterweise auch diese Aufgabe dem Bundesgericht übertragen.⁶⁴⁹ Diese Forderung wird allerdings im Zusammenhang mit der Verfassungsgerichtsbarkeit soweit ersichtlich nicht erhoben.

Aufgrund ihrer höheren demokratischen Legitimation hat die Bundesversammlung eine legitimierungstheoretische Suprematie auch über das Bundesgericht. Auch in dieser Beziehung ist der Ausschluss der Verfassungsgerichtsbarkeit über Bundesgesetze systemkonform, um zu vermeiden, dass sich die richterliche Gewalt über die gesetzgebende erhebe.⁶⁵⁰ Das Argument gewinnt an Kraft angesichts des Gesetzesreferendums, so dass das Bundesgesetz nebst der parlamentarischen auch eine direktdemokratische Legitimation hat. *Deshalb* soll sich die Justiz nicht zum Herrscher über den Gesetzgeber aufschwingen. Mit diesem Argument lässt sich begründen, dass die Gerichte nicht eine inhaltliche Entscheidung des Gesetzgebers in Frage stellen sollen.

Etwas anderes ist es, wenn das Gesetz gar keine inhaltliche Regelung getroffen hat, sondern diese der Regierung überlässt. Die Gesetzesdelegation ist denn auch ein traditionell wichtiges Gebiet der Gewaltenteilungsrechtsprechung: Das Verfassungsgericht schützt dadurch die Kompetenzaufteilung zwischen Gesetz- und Verordnungsgeber und damit auch die demokratische Legitimation der Rechtsetzung. Der Aspekt wird daher im Zusammenhang mit der Demokratie behandelt.⁶⁵¹

Getrennt und auf gleicher Legitimationshöhe sind demgegenüber Exekutive und Judikative. In diesem Verhältnis besteht eine kompetenzielle Trennung insofern, als die Exekutive nicht Akte der Judikative aufheben kann. Mit dem Trennungsargument wurde umgekehrt auch lange Zeit die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit bekämpft, doch unterlag schliesslich diese Auffassung. Logisch würde das Trennungspostulat auch dazu führen, dass Verordnungen

648 Art. 173 Abs. 1 lit. i BV.

649 In vielen Staaten ist denn auch die Regelung von Konflikten zwischen Parlament und Regierung eine wichtige Aufgabe der Verfassungsgerichte.

650 Protokoll über die Verhandlungen des schweizerischen Nationalrates betreffend Revision der Bundesverfassung 1871/72, S.500 f. und 504 (zit. nach RASELLI, Justizreform, S. 426); detailliert zur Entstehungsgeschichte s. OETER, S. 552 ff; PFISTER, S. 403 ff.; SCHERRER, S. 23 ff.; vgl. auch Botschaft neue Bundesverfassung, S. 428. Es handelte sich dabei um einen Kompromiss zwischen denjenigen, welche nach amerikanischem Vorbild eine Verstärkung des Bundesgerichts anstrebten und denjenigen, welche eine zu grosse Macht des Bundesgerichts befürchteten, SEILER, Gewaltenteilung, S. 441 f.

651 Hinten C.III.4.g.

des Bundesrats nicht gerichtlich überprüfbar sind, was nie herrschende Auffassung und geltende Praxis war. Das zeigt, dass die Konzeption einer kompetenz-iellen Unabhängigkeit nicht rein durchgeführt wird. Sie kann daher kein ausschlaggebendes Argument pro oder kontra Verfassungsgerichtsbarkeit sein.

Dennoch wurde im Rahmen der Justizreform Art. 189 Abs. 4 BV, wonach die Akte von Bundesversammlung und Bundesrat grundsätzlich nicht gerichtlich auf ihre Verfassungsmässigkeit hin überprüft werden können, mit dem Argument der Gewaltenteilung begründet.⁶⁵²

Im Lichte der demokratisch begründeten Gewaltenteilungskonzeption ist der Ausschluss der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Bundesgesetz jedenfalls besser zu rechtfertigen als der Ausschluss gegenüber Akten von Bundesversammlung und Bundesrat. Es ist deshalb unlogisch, einerseits eine gerichtliche Kontrolle über den formellen Gesetzgeber zu eröffnen, andererseits aber eine gerichtliche Kontrolle über Akte von Bundesversammlung und Bundesrat mit dem Argument der Gewaltenteilung abzulehnen.

Eine *Funktionentrennung* von Rechtsetzung und Rechtsanwendung liegt dem schweizerischen Staatsrecht in gewisser Hinsicht zugrunde, ist aber insofern nicht strikt durchgeführt, also auch die so genannte Exekutive Recht setzen kann.⁶⁵³ Allerdings ist für wichtige rechtsetzende Bestimmungen zwingend die Zuständigkeit des formellen Gesetzgebers vorbehalten.⁶⁵⁴ Diese darf nicht delegiert werden, nicht an den Bundesrat, aber auch nicht an die Gerichte.⁶⁵⁵ Mit Recht diskutiert die Lehre daher die Grenzen richterlicher Gesetzesfortbildung als Thema der Gewaltenteilung zwischen Gesetzgeber und Justiz.⁶⁵⁶

Umso mehr stellt sich die Frage in Bezug auf die richterliche Verfassungsfortbildung: Verfassungsgebung ist Sache von Volk und Ständen.⁶⁵⁷ Eine Verfassungsgebung durch die Gerichte ist in der Verfassung nicht vorgesehen. Wenn es aufgrund von Art. 164 BV Sache des demokratischen Gesetzgebers sein muss, wichtige Entscheide zu treffen, dann kann es auch nicht angehen, dass die Justiz solche Entscheide auf dem Wege der Verfassungsfortbildung trifft und damit dem Gesetzgeber entzieht.

c) *Unabhängigkeit der Justiz*

Mit der Gewaltenteilung ist auch das Postulat der richterlichen Unabhängigkeit verbunden. Im Konzept des demokratischen gewaltenteiligen Rechtsstaates hängt dieses Postulat zusammen mit der Trennung von Rechtsetzung und

652 Vorne A.I.2.c.

653 Art. 182 Abs. 1 BV.

654 Art. 164 BV.

655 BIAGGINI, Verfassung, S. 326 f.

656 BIAGGINI, Verfassung, S. 152 ff., 234 ff.

657 Art. 195 BV.

Rechtsprechung: Weil die Rechtsordnung demokratisch legitimiert sein muss, ist es Sache des demokratisch legitimierten und politisch verantwortlichen Gesetzgebers, das Recht zu erlassen.

Sache der Justiz ist es, dieses Recht anzuwenden. Die richterliche Unabhängigkeit ist das Korrelat der Gesetzesbindung.⁶⁵⁸ Sie dient nicht dazu, dass die Justiz unabhängig von der Politik das anzuwendende Recht selber setzen kann, sondern dazu, dass das Gesetz auf alle gleich und unparteiisch angewendet wird.⁶⁵⁹ Richterliche Rechtsetzung verbunden mit richterlicher Unabhängigkeit würde dazu führen, dass ohne demokratische Legitimation und Verantwortlichkeit Recht gesetzt wird, was der Rollenverteilung zwischen Gericht und Politik widerspricht. Es ist deshalb keine unzulässige Überhöhung der Demokratie, sondern im Gegenteil systemkonform und legitim, wenn postuliert wird, richterliche Rechtsfortbildung einer demokratischen Legitimation und Kontrolle zu unterstellen. Dies tangiert nun allerdings zwangsläufig die Unabhängigkeit der Justiz. Das offenbart das Dilemma: Politische Legitimation der Rechtsetzung, richterliche Rechtsetzung und Unabhängigkeit der Justiz sind nicht beliebig kombinierbar: Ein ausuferndes Richterrecht stellt entweder die politische Legitimation der Rechtsetzung oder die Unabhängigkeit der Justiz in Frage.⁶⁶⁰

Eine Überhöhung der Demokratie ist es hingegen, wenn durch Gesetz gerichtliche Urteile aufgehoben werden. Eine Verfassungsgerichtsbarkeit müsste solche Gesetze annullieren, denn ein gesetzlicher *recall of decisions* ist mit gerichtlicher Unabhängigkeit nicht vereinbar.⁶⁶¹

Das Gesetz über die Rehabilitierung der Freiwilligen im Spanischen Bürgerkrieg, mit welchem gerichtliche Urteile aufgehoben wurden,⁶⁶² wurde damit begründet, im Lichte unserer demokratischen Grundauffassung und des heutigen geschichtlichen Verständnisses sei der Kampf für die Demokratie höher zu gewichten als die Anwendung des Gesetzes,⁶⁶³ die damaligen Urteile würden sich nicht mit dem heutigen Gerechtigkeitsempfinden decken.⁶⁶⁴ Mit dieser Argumentation könnte der Gesetzgeber jedes beliebige Gerichtsurteil aufheben.⁶⁶⁵ Das wäre in der Tat das Ende der richterlichen Unabhängigkeit und des Rechts-

658 CHRYSSOGONOS, S. 56.

659 SCHAMBECK, Richter, S. 163.

660 RÜTHERS, Gerechtigkeit, S. 107.

661 Vorne B.V.3.

662 Vorne B.V.3.

663 Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, BBl 2008 9152.

664 Stellungnahme des Bundesrates, BBl 2008 9162.

665 Die aufgehobenen Urteile müssten heute in gleicher Weise ergehen wie damals, weil Art. 94 MStG, auf den sich die Verurteilungen stützten, nach wie vor in Kraft steht und nicht danach differenziert, ob die Teilnahme an fremden Militärdiensten aus politisch wünschenswerten Gründen erfolgte. Es ist deshalb schwer verständlich, wenn der Bundesrat ausführte, durch das Rehabilitierungsgesetz werde Art. 94 MStG nicht in Frage gestellt (BBl 2008 9162).

staates, wie wir ihn heute verstehen. Nur: Ganz offensichtlich fürchtet niemand, dass dies die Konsequenz des Rehabilitierungsgesetzes sein könnte.⁶⁶⁶

4. *Demokratie/Volkssouveränität*

a) *Ideelle Grundlagen*

Seit sich praktisch alle Staaten als Demokratien verstehen, erscheint die Volkssouveränität als ideelle Grundlage des Staates und der Rechtsordnung. Demgemäss erscheint auch die Verfassung als Emanation der Volkssouveränität. Die Implikationen dieser Konzeption für die Verfassungsgerichtsbarkeit sind allerdings unterschiedlich:

Die Verfassungsgerichtsbarkeit wird einerseits als Bedrohung der Volkssouveränität betrachtet, wenn sie Gesetze auf ihre Verfassungskonformität hin überprüft, weil damit demokratisch nicht legitimierte Richter sich über den Willen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers hinwegsetzen können.⁶⁶⁷ Das ist insbesondere in der Schweiz das Hauptbedenken, das gegen eine uneingeschränkte Normenkontrolle vorgebracht wird.⁶⁶⁸ Andererseits wird Verfassungsgerichtsbarkeit häufig auch als Instrument zum Schutz der Demokratie gesehen. Sie soll einerseits den demokratischen Entscheidungsprozess sichern,⁶⁶⁹ andererseits aber auch inhaltliche Positionen garantieren, die als wesentlich für das Funktionieren einer freiheitlichen und gerechten Gesellschaft erachtet werden.⁶⁷⁰

Hinter den unterschiedlichen Auffassungen stehen zwei verschiedene Konzeptionen des Verhältnisses von Volkssouveränität und Gesetzgebung, die idealtypisch als die französisch-republikanische und die amerikanische bezeichnet werden können: In der französisch-republikanischen Konzeption ist die *Gesetzgebung* die Stimme des souveränen Volkes, praktisch ausgeübt durch das Parlament als dessen Stellvertreter. Eine Justiz, welche Gesetze als verfassungswidrig beurteilt, beeinträchtigt damit den Willen des souveränen Volkes.⁶⁷¹

666 Nicht einmal die Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richterinnen, die sich die Verteidigung der richterlichen Unabhängigkeit zum Ziel gesetzt hat, sah sich veranlasst, gegen das Gesetz zu opponieren.

667 Vgl. KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 77 f.; TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 185.

668 Vorne C.III.3.b; PANCHAUD, S. 43 a f.; vgl. KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 78. So auch aktuell: Nationalrat Schwander, in der Diskussion zur p.I. Studer, Amtl. Bull. 2009 N 690.

669 HALLER, Verfassungsfortbildung, S. 7 ff.; KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 106 ff.; MÜLLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 72 ff.; RHINOW, Überprüfung, S. 38.

670 KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 127 ff.; MÜLLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 75 ff.; RHINOW, Überprüfung, S. 37 f.

671 Vgl. KÄGI, Verfassung, S. 177; PAYCHÈRE, S. 184 ff.; allerdings wurden auch im Rahmen der französischen Revolution Vorschläge für eine Verfassungsgerichtsbarkeit gemacht, namentlich von Sieyès, s. ROBBERS, passim.

In der US-amerikanischen Tradition, markant verkörpert durch Hamilton,⁶⁷² ist die *Verfassung* der Ausdruck der Volkssouveränität. Der Kongress als *Legislative Branch* ist nicht Repräsentant des Souveräns, sondern Delegierter des Volkes. Das Volk ist seinen Delegierten vorgeordnet. Souverän und Legislative sind getrennt.⁶⁷³ Aus der historischen Erfahrung, in welcher die (britische) Parlamentsherrschaft als Unterdrückung perzipiert wurde, wird deshalb eine gerichtliche Kontrolle über die Legislative postuliert, damit diese nicht die Verfassung (als materialisierten Volkswillen) verletzt. Verfassungsgerichtsbarkeit erscheint als eine Art institutionalisiertes Widerstandsrecht zum Schutz der Rechte des Volkes.⁶⁷⁴

Die Begründung der Verfassungsgerichtsbarkeit auf der Grundlage der Volkssouveränität beruht auf zwei Fiktionen, nämlich erstens, dass die Verfassung den Volkswillen darstellt, und zweitens, dass das Urteil des Verfassungsgerichts nichts anders als die Stimme der Verfassung und damit die Stimme des Volkes ist.⁶⁷⁵

Die erste Fiktion ist insbesondere in den USA wenig realistisch: Einerseits wurde die Verfassung nicht durch direkte Volksabstimmung, sondern durch einen Delegiertenkonvent angenommen. Andererseits ist sie formell schwer abänderbar, so dass sie auch dann noch in Kraft bleibt, wenn sie einem allenfalls geänderten Volkswillen nicht mehr entspricht. Die demokratische Legitimation der Verfassung ist nicht besser als diejenige der vom Kongress erlassenen Gesetzgebung.⁶⁷⁶ Volkssouveränität ist eher eine abstrakte, theoretische Grösse als die effektive Äusserung des Volkswillens.⁶⁷⁷

Die zweite Fiktion ist wenig problematisch in Bezug auf eine Verfassungsgerichtsbarkeit im Sinne eines *strict constitutionalism*. Demgegenüber lässt sich eine richterliche Verfassungsfortbildung bzw. Verfassungsrechtsetzung schwerer mit der Volkssouveränität begründen. Wenn z.B. der amerikanische Supreme Court entscheidet, ein Gesetz, das den Schwangerschaftsabbruch unter Strafe stelle, sei verfassungswidrig, dann gibt er nicht der in der Verfassung enthaltenen Volkssouveränität Ausdruck. Die Verfassung sagt über den Schwanger-

672 S. Federalist, Nr. 78. Auch in den USA wurden ursprünglich nebst dieser auch andere Konzeptionen vertreten, welche in der Verfassungsgerichtsbarkeit eine Bedrohung der Volkssouveränität erblickten (vgl. EBERL, S. 280; KÄGI, Verfassung, S. 178.)

673 EBERL, S. 273 ff.

674 EBERL, S. 268 ff. mit Hinweis auf historische Vorgänger dieser Konzeption in England: Das Urteil von Lord Coke in *Bonham's Case* (1610) und der Widerstand gegen den Parliament Act von 1716, der die Legislaturperiode von drei auf sieben Jahre verlängerte; KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 90 f.; SCHINDLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 32 f.

675 EBERL, S. 256, 285.

676 EBERL, S. 256; RAPPARD, S. 105a, bezeichnet die Vorstellung, die amerikanische Verfassung sei «l'expression plus fidèle de la volonté populaire» als «pure et simple absurdité».

677 KÄGI, Verfassung, S. 155; vgl. auch RHINOW, Funktionen, S. 191, wo unterschieden wird zwischen der Volkssouveränität als letztem Legitimationsgrund von Herrschaftsausübung und der Ausübung der Volksrechte.

schaftsabbruch nichts aus. Es ist nicht die Verfassung, sondern die Mehrheit der Verfassungsrichter, welche ein solches Gesetz verbietet.⁶⁷⁸

b) *Diskussion in der Schweiz*

In der Schweiz verläuft die Diskussion diesbezüglich etwas anders: Einerseits untersteht die Verfassung obligatorisch der Volksabstimmung, ist also – anders als etwa die amerikanische oder die deutsche Verfassung – in der Tat direktdemokratisch legitimiert. Andererseits untersteht auch die Gesetzgebung dem (fakultativen) Referendum, ist also ihrerseits ebenfalls (potenziell) direktdemokratisch legitimiert. Aus demokratietheoretischer Optik kann die Höherwertigkeit der Verfassung gegenüber der Gesetzgebung nur mit dem Unterschied zwischen obligatorischem und fakultativem Referendum erklärt werden. Ist ein fakultatives Referendum zustande gekommen und findet eine Volksabstimmung über das Gesetz statt, so ist dessen demokratische Legitimation (abgesehen vom Erfordernis des Ständemehrs⁶⁷⁹) nicht anders als diejenige der Verfassung. Die Verfassung verfügt im Vergleich zum Gesetz nicht über eine *wesentlich* höhere demokratische Legitimation.⁶⁸⁰ Verfassungsgerichtsbarkeit nimmt damit bloss den einen Erlass des Volkes gegen den anderen in Schutz,⁶⁸¹ was sich aus demokratischer Optik kaum rechtfertigen lässt, zumal dann nicht, wenn damit die *lex posterior*-Regel umgekehrt wird. Das hat denn auch zu Vorschlägen geführt, eine richterliche Verfassungskontrolle auf diejenigen Gesetze zu beschränken, über welche keine Volksabstimmung durchgeführt wurde.⁶⁸² Dagegen wurde wiederum argumentiert, es sei nicht einzusehen, dass ein Gesetz, welches so umstritten war, dass dagegen ein Referendum ergriffen wurde, höher zu stellen sei als ein Gesetz, welches so unbestritten war, dass kein Referendum ergriffen wurde.⁶⁸³

c) *Akte von Bundesversammlung und Bundesrat*

Das direktdemokratische Argument kann von vornherein nur greifen für Akte, die dem Referendum unterstanden, also die Gesetze und die referendumspflichtigen Staatsverträge.

Bei den gemäss Art. 189 Abs. 4 BV von der gerichtlichen Kontrolle ausgenommenen Akten von Bundesversammlung und Bundesrat (mit Einschluss der nicht referendumspflichtigen Staatsverträge) lässt sich der Ausschluss der Verfassungsgerichtsbarkeit hingegen kaum demokratisch begründen. Denn anders

678 Vorne C.II.3.a.

679 Dazu hinten C.III.5.

680 TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 185.

681 SCHINDLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 43.

682 Vorne A.I.1; auch STEINEGGER, S. 52 f.

683 NEF, S. 278a.

als gegenüber dem Bundesrat ist die Bundesversammlung Volk und Ständen nicht vor- oder übergeordnet.⁶⁸⁴

Kritisch ist der Ausschluss der gerichtlichen Kontrolle über die Bundesversammlung namentlich dort, wo eine Parlamentsmehrheit potentiell im Widerspruch zu Volksrechten steht, so z.B. wenn die Bundesversammlung in Verletzung von Art. 141 Abs. 1 lit. d BV einen referendumspflichtigen Staatsvertrag nicht dem Referendum unterstellt oder eine Volksinitiative als ungültig erklärt, obwohl sie die Anforderungen von Art. 139 Abs. 3 BV erfüllt. Zumindest in diesen Fällen sollte eine gerichtliche Kontrolle möglich sein.⁶⁸⁵ Ebenso aktuell erscheint eine Verfassungskontrolle über die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Verhalten von Regierung und Verwaltung im Vorfeld von Abstimmungen.

d) *Normenkontrolle über Bundesgesetze*

In Bezug auf die dem Referendum unterstehenden Gesetze klingt mit dem Ausschluss der Verfassungsgerichtsbarkeit die Vorstellung des Volkes als Hüter der Verfassung an. Dagegen wird vorgebracht, das Volk könne die Kontrolle der Verfassungsmässigkeit gar nicht wahrnehmen.⁶⁸⁶

Selbstverständlich können die Stimmbürger nicht alle Artikel eines Gesetzes überprüfen, das ihnen zur Volksabstimmung unterbreitet wird. Noch wenn sie es täten, können sie nicht über einzelne Artikel abstimmen, sondern nur über das Gesetz als Ganzes. Noch weniger sind sie in der Lage, alle vom Parlament erlassenen Gesetze daraufhin zu prüfen, ob darin etwas enthalten ist, was zu einem Referendum führen könnte. Die *faktische* demokratische Legitimation eines Gesetzes ist relativ weit von einer theoretischen Idealvorstellung entfernt. Insofern ist die Annahme, alle dem Referendum unterstehenden Erlasse seien vom Volk gebilligt, eine «sehr irrealer Fiktion».⁶⁸⁷

Nur: Dasselbe gilt ebenso für die Verfassung selber: Zwar stimmen die Stimmberechtigten obligatorisch über alle Verfassungsbestimmungen ab, aber sie können jedenfalls bei hochgradig konkretisierungsbedürftigen Verfassungsnormen nicht abschätzen, was sie mit ihrem Ja zu einer bestimmten Verfassungsnorm eigentlich akzeptieren. Im Abstrakten ist man sich gerne einig, aber die Kontroversen beginnen bei den konkreten Folgerungen, die daraus gezogen werden.

684 Art. 148 Abs. 1 BV.

685 AUBERT, *Constitution*, S. 115; HALLER, *St. Galler BV-Kommentar*, N 60 zu Art. 189; IMBODEN, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 276; KLEY, *St. Galler BV-Kommentar*, N 32 zu Art. 29 a; STEINMANN, *St. Galler BV-Kommentar*, N 23 zu Art. 34; TORNAY, S. 362 f.

686 NEF, S. 177 a ff., 273 a ff.; RASELLI, *Justizreform*, S. 427; TORNAY, S. 368 f.

687 NEF, S. 274 a.

Die Begründung der Verfassungsgerichtsbarkeit mit dem Argument, auch die Verfassung sei ja demokratisch legitimiert,⁶⁸⁸ greift daher zu kurz. Sie blendet gerade das Entscheidende aus: Mit der Zustimmung zur Verfassungsnorm ist nämlich nicht all das demokratisch legitimiert, was Verfassungsinterpreten später daraus ableiten.⁶⁸⁹ Die zentrale Frage ist vielmehr, ob bzw. wie weit die Konkretisierung der Verfassung eine juristische oder aber eine politische Aufgabe sei.⁶⁹⁰

Das gilt noch verstärkt, wenn es um Verfassungsartikel geht, die nicht im Rahmen einer Teilrevision, sondern der Totalrevision aufgenommen wurden. Der Stimmbürger muss mit einem einzigen Ja oder Nein zur ganzen Verfassung Stellung nehmen, ohne die Tragweite jedes einzelnen Artikels erfassen zu können. Er kauft die Katze im Sack. Man kann nicht ernsthaft annehmen, mit der Annahme der Bundesverfassung im Jahre 1999 hätten die Stimmberechtigten z.B. zu Schwangerschaftsabbruch, Suizidbeihilfe oder Homosexuellenehe Stellung genommen, so dass darüber nicht mehr politisch auf dem Weg der Gesetzgebung, sondern juristisch auf dem Weg der Verfassungsauslegung zu entscheiden sei.

Die Frage, ob die Verfassung oder die Gesetze demokratisch besser legitimiert sind, kann deshalb nicht auf die Normenhierarchie zwischen Verfassung und Gesetz oder den Unterschied zwischen obligatorischem und fakultativem Referendum reduziert werden.

Versteht man unter Demokratie nicht bloss eine formale Legitimation, dann sind Gesetze in der Regel demokratisch besser legitimiert als das, was Verfassungsrichter aus unbestimmten Verfassungsnormen ableiten. Ein Gesetz, welches die Bigamie verbietet, ist demokratisch besser legitimiert als ein verfassungsrichterlicher Entscheid, der zum Ergebnis käme, das Bigamieverbot sei verfassungswidrig, weil es in diskriminierender Weise die Ehefreiheit verletzt.⁶⁹¹ Ein Gesetz, welches das Betteln verbietet, ist demokratisch besser legitimiert als die Auffassung, ein solches Verbot verletze die persönliche Freiheit.⁶⁹²

Wie sich aus dem empirischen Befund ergeben hat, betrifft der grösste Teil der Bundesgesetze, deren Verfassungsmässigkeit diskutabel ist, Fälle, in denen es nicht um eine klare Verfassungswidrigkeit geht, sondern um Konkretisierungsspielräume, in denen der Bundesgesetzgeber eine Lösung gewählt hat, die möglicherweise von derjenigen abweicht, welche die Rechtsprechung getroffen hat. Hinzu kommt, dass auch diese Rechtsprechungen oft umstritten und nicht unbedingt in Stein gemeisselt sind: Nicht selten hat das Bundesge-

688 So z.B. RHINOW, Überprüfung, S. 43; RHINOW/SCHEFER, S. 552; ZIMMERLI, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 450.

689 AUBERT, Constitution, S. 109 f.

690 Vorne C.II.3.c.

691 Art. 8 Abs. 2 und Art. 14 BV.

692 So TSCHENTSCHER, ZBJV 2009 S. 744 f., in der Rezension von BGE 134 I 214.

richt seine Praxis geändert und Regelungen, welche es früher als verfassungswidrig beurteilte, als verfassungskonform beurteilt oder umgekehrt.

Aus demokratietheoretischer Optik muss daher entsprechend der hier vertretenen Unterscheidung der Fragestellung⁶⁹³ differenziert werden:

- Soweit es um klar verfassungswidrige Gesetze geht, fragt sich: Gibt es demokratietheoretische Gründe, welche trotzdem die Massgeblichkeit der Gesetze rechtfertigen können?
- Soweit es um richterrechtlich ausgefüllte offene Verfassungsnormen geht, fragt sich: Wie lässt sich Verfassungsrichterrecht demokratietheoretisch begründen?

e) Klar verfassungswidrige Gesetze

Die relativ wenigen Bundesgesetze, die klipp und klar gegen hinreichend bestimmte Verfassungsnormen verstossen,⁶⁹⁴ haben meistens eine bestimmte Erklärung, die demokratietheoretisch nicht unbegründet ist:

Gegen Art. 8 Abs. 3 BV verstossen die Bestimmungen über das Namensrecht der Familie.⁶⁹⁵ Aber: Praktisch alle denkbaren Alternativlösungen wären ebenfalls geschlechtsungleich.⁶⁹⁶ Wirklich geschlechtsneutral wäre nur eine Lösung, die auf Familiennamen im herkömmlichen Sinne verzichtet und den Kindern einen neuen Nachnamen gibt, der weder demjenigen des Vaters noch demjenigen der Mutter entspricht. Mit der Annahme von Art. 8 Abs. 3 BV wollte der Souverän gewiss nicht eine solche Konsequenz ziehen.

Ebenso verstossen gegen Art. 8 Abs. 3 BV die Bestimmungen, welche Frau und Mann in der Sozialversicherung unterschiedlich behandeln (Pensionierungsalter, Witwenrente).⁶⁹⁷ Diese waren, als sie erlassen wurden, verfassungsrechtlich zulässig. Mit der späteren Aufnahme von Art. 4 Abs. 2 aBV bzw. Art. 8 Abs. 3 BV wurden sie verfassungswidrig. Die Bundesversammlung wollte die Verfassungswidrigkeit mit der 11. AHV-Revision beheben.⁶⁹⁸ Diese wurde aber in der Volksabstimmung vom 16. Mai 2004 abgelehnt, wobei auch in sämtlichen Kantonen eine ablehnende Mehrheit resultierte. Vermutlich war

693 Vorne C.II.3.d.

694 Vorne B.VI.

695 Vorne B.II.3.f.

696 Eine Gleichstellung liesse sich für die Ehegatten herstellen, wenn diese trotz Heirat ihren Familiennamen behalten (so der Vorschlag der Rechtskommission des Nationalrats vom 22.8.2008, BBl 2009 403). Aber für den Namen der Kinder stösst die Gleichberechtigung an ihre Grenzen (a.a.O., S. 415): Auch die einzige prima vista neutrale Lösung, den Söhnen den Namen des Vaters, den Töchtern den Namen der Mutter zu geben, ist in Wirklichkeit gerade nicht geschlechtsneutral, alle andern denkbaren Lösungen noch weniger; insbesondere ist auch der Vorschlag der Rechtskommission, bei Uneinigkeit der Eltern den Kindern den Namen der Mutter zu geben, nicht geschlechtsneutral. S. zum Ganzen auch zur Publikation vorgesehenes Urteil 5A_712/2009 vom 25. Januar 2010 E. 3.3.3 und 3.3.4.

697 Vorne B.II.3.f.

698 Änderung des AHVG vom 3. 10. 2003, BBl 2003 6629.

für diese Ablehnung gerade die Aufhebung der bisherigen Bevorzugung der Frauen ausschlaggebend. Es liegt ein demokratischer Entscheid vor, der von Art. 8 Abs. 3 BV abweicht. Formal ist das zwar nicht korrekt, weil es nicht eine Verfassungs-, sondern eine Gesetzesabstimmung war. Aber materiell hat das gleiche Organ (Volksmehrheit gesamtschweizerisch und in der Mehrheit der Kantone) entschieden, das auch für eine Verfassungsänderung zuständig wäre. In demokratiethoretischer Optik würde nicht einleuchten, auf dem Wege der Verfassungsgerichtsbarkeit den Volksentscheid über die Bundesverfassung gegen denjenigen über das Gesetz zu schützen.

Hinzu kommt: Welche Lösung soll nun gelten? Man könnte allen die Rente mit 64 Jahren oder allen mit 65 Jahren geben. Beide Lösungen wären rechtsgleich, aber ohne Verletzung des Legalitätsprinzips könnte das Gericht weder den Frauen die Rente erst mit 65 noch den Männern bereits mit 64 Jahren zusprechen.⁶⁹⁹ Aus diesen Gründen hat das Bundesgericht im Pensionskassenrecht zwar festgestellt, dass ein ungleiches Rentenalter für Mann und Frau verfassungswidrig ist, aber darauf verzichtet, selber die massgebende Ordnung festzulegen.⁷⁰⁰ Dasselbe müsste wohl auch bei uneingeschränkter Verfassungsgerichtsbarkeit in der AHV gelten: Die fortbestehende Verfassungswidrigkeit hat ihren Grund darin, dass sich die Politik bisher nicht einigen konnte, welche der verfassungskonformen Lösungen zu treffen sei. Kann es da Aufgabe der Justiz sein, diesen Entscheid zu treffen?

f) Verfassungsgerichtsbarkeit zur Respektierung von Volksinitiativen?

Unter demokratiethoretischen Aspekten ist das Fehlen einer Verfassungsgerichtsbarkeit über Bundesgesetze am ehesten dann problematisch, wenn eine Volksinitiative auf Verfassungsänderung angenommen wurde, die Bundesversammlung jedoch in der Ausführungsgesetzgebung den Inhalt der neu angenommenen Verfassungsbestimmung verletzt.

Eine solche Situation trat z.B. auf beim verfassungswidrigen Zeitrahmen des GVVG, welcher Art. 196 Ziff. 1 BV widerspricht.⁷⁰¹ Allerdings ist diese verfassungsmässige Regelung durch das ebenfalls in einer Volksabstimmung genehmigte und später in Kraft getretene Abkommen vom 21. Juni 1999 mit der EG über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse⁷⁰² relativiert worden.⁷⁰³ Aufgrund des Vorrangs des Völkerrechts kann Art. 84 Abs. 2 i.V.m. Art. 196 Ziff. 1 BV wohl nicht mehr als Konditional-, sondern bloss noch als

699 Denn das Legalitätsprinzip gilt auch für die Leistungsverwaltung (BGE 128 I 121 E. 3c, 123 I 3, 118 Ia 61 E. 5b), zumal die Erbringung von staatlichen Leistungen auch finanzrechtlich relevant ist und eine Erhöhung von Abgaben bedingen würde, was wiederum einer formellgesetzlichen Grundlage bedürfte (Art. 127 Abs. 1 und Art. 164 Abs. 1 lit. d BV).

700 BGE 117 V 318; Urteil B 31/92 vom 18.6.1993 (SZS 1995 S. 141) E. 3b.

701 Vgl. vorne B.V.5.b.

702 SR 0.740.72.

703 LENDI, St. Galler BV-Kommentar, N 6 und 13 zu Art. 84; AUBERT/MAHON, N 11 zu Art. 84.

Zielnorm gelesen werden,⁷⁰⁴ bei der sich so oder so die Frage nach der effektiven Tragweite einer richterlichen Überprüfung stellt.⁷⁰⁵ Selbst wenn das Bundesgericht die Verfassungsmässigkeit des Gesetzes verneinte: Mit einer gerichtlichen Aufhebung des GVVG wäre die Verfassungsmässigkeit erst recht nicht hergestellt. Das Gericht wäre aber auch weder in der Lage noch demokratietheoretisch legitimiert, selber die – einschneidenden – Massnahmen anzuordnen, die erforderlich wären, um das verfassungsrechtliche Ziel zu erreichen.

Ein demokratietheoretisches Problem stellt sich nicht, wenn die neue Verfassungsbestimmung hinreichend bestimmt ist, so dass sie unmittelbar angewendet werden kann. Denn die fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit bedeutet im praktischen Ergebnis bloss, dass im Rahmen der Rechtsanwendung Verfassungs- und Gesetzesnormen auf der gleichen Ebene stehen und Regelungskonflikte aufgrund der allgemeinen Auslegungsregeln gelöst werden. Widerspricht eine unmittelbar anwendbare neue Verfassungsbestimmung einer älteren einfachgesetzlichen Bestimmung, so geht die Verfassungsbestimmung aufgrund der *lex posterior*-Regel vor, was auch von den rechtsanwendenden Behörden zu beachten ist.⁷⁰⁶ So ist z.B. das Gentechnologiemoratorium gemäss Art. 197 Ziff. 7 BV unmittelbar anwendbar und verbietet entsprechende Tätigkeiten, auch wenn diese aufgrund der einfachen Gesetzgebung zulässig wären.

Nicht ausgeschlossen ist freilich, dass die Bundesversammlung mit einem nachträglichen Gesetz die verfassungsmässige Regelung verändert. In diesem Fall ist dann die politische Mehrheit, welche die Verfassungsbestimmung bejaht hat, auf das fakultative Referendum angewiesen.

g) *Verfassungsgerichtsbarkeit zum Schutz des demokratischen Verfahrens und der Delegationsregeln?*

Aus demokratietheoretischer Optik besteht eine wichtige Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit darin, das Funktionieren des demokratischen Prozesses sicherzustellen.⁷⁰⁷ So sollte z.B. ein Gesetz unanwendbar sein, das der Gesetzgeber nicht im verfassungsrechtlich vorgesehenen Verfahren erlassen hat.⁷⁰⁸

Dieses Anliegen wird in der Schweiz im Ergebnis auch in der geltenden eingeschränkten Form der Verfassungsgerichtsbarkeit teilweise geschützt: Ein Erlass, der nicht von beiden Kammern der Bundesversammlung genehmigt und dem fakultativen Referendum unterstellt worden ist, ist kein Bundesgesetz im

704 LENDI, St. Galler BV-Kommentar, N 5 f. und 13 f. zu Art. 84; vgl. auch AUBERT/MAHON, N 9 zu Art. 84; a.M. BIAGGINI, BV-Kommentar, N 6 zu Art. 84.

705 Vorne C.II.2.b.

706 Botschaft neue Bundesverfassung, S. 429; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, S. 668 N. 1890; HANGARTNER, St. Galler BV-Kommentar, N 33 zu Art. 190; AUBERT/MAHON, N 15 zu Art. 190; RHINOW/SCHEFER, S. 549 f. Bericht des Bundesrates vom 5.3.2010 «Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht», BBl 2010 2263 ff., 2308 f.

707 KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 106 ff.

708 Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 276.

Sinne von Art. 190 BV und unterliegt deshalb nicht dem Massgeblichkeitsgebot. Ebenso ist ein Gesetz, das nicht ordnungsgemäss veröffentlicht worden ist, nicht massgebend.⁷⁰⁹

Nach herrschender Auffassung sind freilich de constitutione lata auch Gesetze massgebend, bei deren Erlass Verfahrensvorschriften verletzt wurden, so z.B. wenn das qualifizierte Mehr gemäss Art. 159 Abs. 3 BV nicht erreicht wurde.⁷¹⁰ Dem Referenten ist nicht bekannt, ob solches bisher vorgekommen ist.⁷¹¹

Aus demokratiethoretischer Sicht drängt sich eine Verfassungsgerichtsbarkeit am ehesten auf zur Gewährleistung der Regeln über die Gesetzesdelegation bzw. den Gesetzesvorbehalt.⁷¹² Delegiert das Gesetz eine Materie, die der formellen Gesetzgebung bedürfte, an den Bundesrat, so wird damit nicht nur die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bundesversammlung und Bundesrat tangiert, sondern auch und vor allem die Referendumsmöglichkeit praktisch ausgeschaltet: Das demokratische Argument, das zum Ausschluss der Verfassungsgerichtsbarkeit herangezogen werden kann, sticht insoweit nicht.

Allerdings ist fraglich, ob dies eine Ausweitung der Verfassungsgerichtsbarkeit bedingt. Denn dem demokratischen Anliegen könnte wohl auch nach geltender Verfassungslage entsprochen werden: Wenn nämlich der Bundesgesetzgeber dem Bundesrat einen grossen, inhaltlich offenen Spielraum überlassen hat, dann fehlt es der gestützt darauf erlassenen Verordnungsvorschrift an der verfassungsrechtlich erforderlichen hinreichend bestimmten formellgesetzlichen Grundlage: Das formelle Gesetz liefert diese nicht und die Verordnung genügt nicht. Der Bundesrat kann zwar im Rahmen des ihm eingeräumten grossen Spielraums viele Regelungen treffen, aber nicht solche, die dem Vorbehalt des formellen Gesetzes unterliegen. In diesem Sinne hat das Bundesgericht in letzter Zeit verschiedentlich Verordnungen des Bundesrates trotz weit gefasster Delegationsnorm als ungenügende Grundlage für bestimmte Anordnungen qualifiziert.⁷¹³ So oder so kann schliesslich die Verordnung, die im Rahmen dieses grossen Spielraumes erlassen wurde, daraufhin überprüft werden, ob sie ihrerseits verfassungskonform ist.⁷¹⁴

709 HALLER, Kommentar (a)BV, Rz. 207 zu Art. 113; HALLER, Bundesgericht, S. 101. Das ergibt sich auch bereits aus Art. 8 des Publikationsgesetzes vom 18.6.2004 (PublG; SR 170.512).

710 S. vorne B.V.4.

711 Offenbar kommt vor, dass das in Art. 159 Abs. 1 BV verlangte Anwesenheitsquorum nicht immer eingehalten ist; die Lehre vertritt die Auffassung, dass der Mangel durch die Abstimmung mit dem verlangten Quorum geheilt wird (BIAGGINI, BV-Kommentar, N 4 zu Art. 159).

712 Art. 36 Abs. 1, Art. 127 Abs. 1, Art. 164 BV; vgl. vorne B.V.2 und C.III.3.b.

713 BGE 131 II 13 bzgl. der erst auf Verordnungsstufe eingeführten Interkonnektionspflicht beim Teilnehmeranschluss; BGE 131 II 735 E. 4 bzgl. der erst auf Verordnungsebene hinreichend bestimmt festgelegten Funkkonzessionsgebühr; Urteil 2A.705/2006 vom 24.4.2007 (ASA 76 S. 700) E. 4, bzgl. den nur auf Verordnungsstufe (aArt. 50 SVAV) vorgesehenen Entzug der Kontrollschilder bei Nichtbezahlen der Schwerverkehrsabgabe (in der Folge wurde diese Sanktion auf formellgesetzlicher Ebene geregelt, Art. 14a SVAG i.d.F. vom 5.10.2007, vgl. dazu BBl 2006 9543).

714 Vorne A.II.3.

h) Verfassungsrichterrecht entsprechend dem demokratischen Konsens oder bei demokratischer Indifferenz

Demokratiethoretisch wenig problematisch ist eine rechtsprechungsmässige Nachführung eines allgemeinen Konsens.⁷¹⁵ Das war etwa der Fall, als das Bundesgericht die ungeschriebenen Grundrechte der Eigentumsgarantie und der Meinungsfreiheit anerkannte. Denn diese Grundrechte standen nicht deshalb nicht in der Bundesverfassung von 1874, weil sie der Verfassungsgeber nicht schützen wollte, sondern eher weil sie so selbstverständlich waren, dass es nicht als notwendig erschien, sie noch in die Bundesverfassung zu schreiben, nachdem sie in den Kantonsverfassungen bereits verankert waren.⁷¹⁶

Unproblematisch ist es auch, wenn ein Gericht Unstimmigkeiten oder Ungeheimheiten beseitigt, die nicht auf einen bewussten politischen Entscheid, sondern eher auf Mängel im Gesetzgebungsprozess zurückzuführen sind oder sich ungewollt aus fehlender Abstimmung zwischen verschiedenen Gesetzen ergeben. Mit Recht wird darauf hingewiesen, dass die verfassungsrichterliche Kontrolle oft nur einzelne Bestimmungen beanstandet, die möglicherweise nicht von einem gesetzgeberischen Mehrheitswillen bewusst gewollt waren, so dass kein ernsthafter Gegensatz zum Willen des Gesetzgebers entsteht.⁷¹⁷ Auch unter den aktuell möglicherweise verfassungswidrigen bundesgesetzlichen Bestimmungen gibt es wohl etliche, deren richterliche Aufhebung nicht auf wesentlichen politischen Widerstand stossen würde. Insoweit hat die Verfassungsgerichtsbarkeit die Aufgabe einer Feinabstimmung zwischen Verfassung und Gesetz, welche der Gesetzgeber nicht wahrgenommen hat.⁷¹⁸

Allerdings lassen sich solche Unstimmigkeiten oft auf dem Wege der herkömmlichen Auslegungsregeln beheben, ohne dass dazu eine Verfassungsgerichtsbarkeit erforderlich wäre. Denn die Auslegung kann bekanntlich vom Wortlaut abweichen, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass dieser nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. So kann sich aufgrund einer historischen Auslegung ergeben, dass der Gesetzeswortlaut nicht das aussagt, was der Gesetzgeber meinte,⁷¹⁹ oder schlicht auf ein gesetzgeberisches Versehen zu-

715 S. zum Aspekt der Ausbildung konsensfähiger Lösungen als Kriterium für legitime richterliche Verfassungsfortbildung BARAK, S. 948 f.; CHIARIELLO, S. 380 ff.; KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 155 ff.; MARTIN, S. 175; MÜLLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 62.

716 Vgl. JAKOB DUBS, Das öffentliche Recht der schweizerischen Eidgenossenschaft, Teil I, Zürich 1877, S. 157, 166 ff.; ZACCARIA GIACOMETTI, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941, S. 156 f.

717 SCHINDLER, Prüfungsrecht, S. 294 ff., 305 f.; RHINOW, Überprüfung, S. 43.

718 KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 1173.

719 Vgl. z.B. BGE 134 V 170 E. 4: Art. 4 Abs. 4 BVG, wonach auch die in der freiwilligen beruflichen Vorsorge geleisteten Beiträge dauernd der Vorsorge dienen müssen, gibt nicht das wieder, was die Bundesversammlung beabsichtigte; vgl. SEILER, Rechtsanwendung, S. 25 ff.

rückzuführen ist.⁷²⁰ Auch eine systematische Auslegung kann systemwidrige oder stossend rechtsungleiche Konsequenzen beheben, jedenfalls dann, wenn diese nicht auf einen bewussten Entscheid des Gesetzgebers zurückgehen.⁷²¹

i) Verfassungsrichterrecht zur Lückenfüllung

Verfassungsrichterrecht ist sodann dort unabdingbar, wo die Verfassung eine echte Lücke enthält und auch der Gesetzgeber diese nicht gefüllt hat. Dabei geht es allerdings nicht um eine Normenkontrolle: Es wird nicht eine vom Gesetzgeber aufgestellte Norm als verfassungswidrig beurteilt, sondern im Gegenteil Richterrecht geschaffen, weil der Gesetzgeber eine notwendige Regelung *nicht* erlassen hat.

Paradebeispiel dafür ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Doppelbesteuerungsverbot: In der Verfassung steht das unmittelbar anwendbare Verbot einer interkantonalen Doppelbesteuerung.⁷²² Damit ist aber nicht gesagt, welchem von mehreren konkurrierenden Kantonen die Besteuerung zusteht. Solange der Bundesgesetzgeber keine Regelung getroffen hat, muss deshalb zwangsläufig das Gericht die Regeln aufstellen. Diese sind aber *subsidiär* zum Gesetz, ähnlich wie die richterrechtlichen Regeln des allgemeinen Verwaltungsrechts: Würde der Gesetzgeber ein Doppelbesteuerungsgesetz erlassen, so bestünde kein Anlass mehr für eine richterrechtliche Regelung.

Eine solche Lücke kann indessen nur angenommen werden, wenn es um unmittelbar anwendbare Verfassungsnormen geht. Die Umsetzung von blossen Zielnormen könnte selbst dann nicht Sache der Gerichte sein, wenn es eine Normenkontrolle über Bundesgesetze gäbe, weil Zielnormen kaum justiziabel sind.⁷²³ Das war z.B. der Fall bei der Mutterschaftsversicherung, die (vor Einführung der Mutterschaftsentschädigung per 1. Januar 2005⁷²⁴) oft als Beispiel für eine Verfassungswidrigkeit des Bundesgesetzgebers genannt wurde: Die Verfassung sah seit 1945 vor, dass der Bund «auf dem Weg der Gesetzgebung» eine Mutterschaftsversicherung einführen werde.⁷²⁵ Die Bundesversammlung erliess mehrmals Ausführungsgesetzgebungen dazu, die aber jeweils in Volksabstimmungen verworfen wurden. Es wäre demokratietheoretisch kaum zu rechtfertigen, wenn ein Verfassungsgericht unter Hinweis auf den Verfassungsauftrag aus dem Jahre 1945 sich über solche Abstimmungsergebnisse hinweg-

720 Vgl. BGE 134 V 131: Art. 22 UVG, wonach die Unfallversicherungsrenten bei Frauen nach dem 62. Altersjahr nicht mehr revidiert werden können, ist auf eine unterlassene Anpassung an die Erhöhung des AHV-Alters zurückzuführen; vgl. SEILER, Rechtsanwendung, S. 23 ff.

721 Vgl. z.B. BGE 135 V 382 E. 11.4: Die wörtliche Anwendung von Art. 65d Abs. 3 lit. b Satz 6 BVG (Sanierung von Pensionskassen) würde zu einer stossenden Rechtsungleichheit und Systemwidrigkeit führen, so dass davon abgewichen werden kann.

722 Art. 127 Abs. 3 BV.

723 Vgl. vorne C.II.2.b.

724 Art. 16b ff. des Erwerbsersatzgesetzes vom 25.9.1952 (EOG; SR 834.1), in der Fassung vom 3.10.2003.

725 Art. 34^{quinquies} Abs. 4 aBV, in der Fassung vom 25.11.1945.

setzen und auf dem Wege der richterlichen Lückenfüllung eine Mutterschaftsversicherung einführen würde.

Eine ähnliche demokratiepolitisch bedingte Zurückhaltung der Verfassungsjustiz müsste auch gelten für die richterliche Zuerkennung grundrechtlicher Leistungsansprüche, würde doch sonst der ganze Staatshaushalt eine Grundrechtskonkretisierung und damit eine verfassungsrechtliche Frage.⁷²⁶ Verschiedentlich legt denn auch die Verfassung ausdrücklich die Verwirklichung der programmatischen Komponente von Grundrechten in die Hand des Gesetzgebers⁷²⁷ oder schliesst verfassungsunmittelbare Leistungsansprüche aus.⁷²⁸ An solche verfassungsrechtliche Grundentscheidungen wäre auch eine Verfassungsgerichtsbarkeit gebunden.

j) Verfassungsrichterrecht gegen den demokratischen Entscheid

Demokratiethoretisch problematisch ist die richterliche Verfassungsfortbildung, wenn sie aus unbestimmten Verfassungsnormen Folgerungen ableitet, die im Gegensatz zu einer bewussten gesetzgeberischen Entscheidung stehen. Aus den schweizerischen Beispielen ist dazu aus neuerer Zeit die Unternehmenssteuerreform II zu erwähnen, die trotz der im Gesetzgebungsprozess breit diskutierten verfassungsrechtlichen Bedenken in der Volksabstimmung angenommen wurde, dieweil das Bundesgericht ähnliche kantonale Regelungen als verfassungswidrig qualifizierte.⁷²⁹ Es erschiene demokratiethoretisch als problematisch, dieses Ergebnis der Volksabstimmung verfassungsrichterlich aufzuheben. Ähnlich problematisch wäre es, wenn richterrechtlich Anliegen durchgesetzt werden, die der Gesetzgeber (stillschweigend oder implizit) nicht geregelt hat, so wenn z.B. richterrechtlich Kontrahierungspflichten über die gesetzlich festgelegten hinaus angenommen würden, wie das in der Lehre postuliert wird.⁷³⁰

Die zur Rechtfertigung solcher richterlicher Verfassungsschöpfung vorgebrachte Argumentation, die Gerichte seien besser als der Gesetzgeber in der Lage, neue Schutzbedürfnisse zu erkennen⁷³¹ oder es sei Aufgabe der Gerichte, einem Wertewandel Rechnung zu tragen,⁷³² hat etwas Paternalistisch-Bevormundendes. Sie mag eine gewisse Berechtigung haben in Verfassungssystemen, in denen eine formelle Verfassungsrevision nur sehr schwer und umständlich möglich ist, wie etwa in den USA, oder auch in der EU, wo eine Revision der «Verfassung» Einstimmigkeit aller Mitgliedstaaten voraussetzt. In solchen Systemen ist es möglich, dass zwar eine beträchtliche Mehrheit der Bevölke-

726 STARCK, Vorrang, S. 31 f.; TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 196.

727 Art. 8 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 4 BV.

728 Art. 41 Abs. 4 BV.

729 Vorne B.II.3.b.

730 Vgl. vorne C.II.2.c.

731 KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 146 ff.

732 CHIARIELLO, S. 360.

rung eine Änderung will, diese aber infolge der kleinen Sperrminoritäten praktisch nicht zustande kommt. Eine richterliche Verfassungsfortbildung kann hier ein Mittel sein, um ein demokratiepolitisch unerwünschtes Auseinanderklaffen von gewandelten Auffassungen und formellem Verfassungsrecht zu vermeiden.

In der Schweiz ist dieses Argument kaum valabel: Der Weg der formellen Verfassungsrevision ist nicht besonders aufwändig. Die schweizerische Bundesverfassung wird jährlich ein oder mehrere Male geändert. Es bietet keine grösseren Probleme, eine Verfassungsänderung durchzuführen, um verfassungsrechtlich korrekt ein Anliegen durchzusetzen, das zwar einer gewandelten Auffassung, nicht aber der bisherigen Verfassung entspricht.⁷³³

Voraussetzung ist freilich, dass dies wirklich dem Willen der Mehrheit von Volk und Ständen entspricht. Möglicherweise liegt gerade darin ein unausgesprochenes Motiv, um richterliche Verfassungsfortbildung zu postulieren, indem in der Justiz eine Avantgarde des gesellschaftlichen Fortschritts erblickt wird,⁷³⁴ welche berufen ist, Anschauungen zum Durchbruch zu verhelfen, die politisch nicht mehrheitsfähig sind. Verfassungsgerichtsbarkeit wäre dann ein Instrument, um Anliegen zu Verfassungsrang zu verhelfen, die in einer Referendumsabstimmung möglicherweise oder wirklich keine Mehrheit finden.

Eine solche Konzeption ist demokratietheoretisch fragwürdig: Verfassungsgerichtsbarkeit sichert damit nicht den Vorrang der Verfassung über die Gesetze, sondern wird zur Herrin über die Verfassung.⁷³⁵ Es mag Aufgabe der Gerichte sein, in Konkretisierung unbestimmter gesetzlicher Begriffe subsidiär zum Gesetzgeber geänderten gesellschaftlichen Anschauungen Rechnung zu tragen. Wenn aber das Gericht unter Berufung auf angeblich geänderte gesellschaftliche Anschauungen diejenigen Wertentscheidungen korrigiert, die der Gesetzgeber getroffen oder bewusst nicht getroffen hat, dann lässt sich das demokratisch nicht begründen. Die Grenze legitimer richterlicher Verfassungsschöpfung ist daher jedenfalls dort überschritten, wo ein Konsens nicht ausgemacht werden kann.⁷³⁶ Denn sonst wäre Verfassungsgerichtsbarkeit nicht ein Instrument, um den Verfassungsgeber vor dem einfachen Gesetzgeber zu schützen, sondern im Gegenteil um den Verfassungsgeber zu umgehen. Dann sprechen wir richtigerweise nicht von Verfassungsgerichtsbarkeit, sondern von Su-

733 Aktuelles Beispiel: Das politisch gewünschte eidgenössische Hundegesetz hat keine Verfassungsgrundlage. Zusammen mit dem Gesetz hat deshalb die Bundesversammlung den Entwurf für eine Verfassungsänderung ausgearbeitet, womit verfassungsrechtlich korrekt die erforderliche Verfassungsgrundlage hergestellt wird (BB1 2009 3585; p.I. 05.453; vgl. vorne B.IV.1).

734 MÜLLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 93: Die Verfassungsgerichtsbarkeit habe eine «Führungsrolle», auch und gerade um Regelungen zu treffen, die in einer Volksabstimmung kaum angenommen würden. THÜRER, Kosmopolitisches Staatsrecht, S. 433: Der Richter könne «der allgemeinen Entwicklung der Gesellschaft vorangehen».

735 BÖCKENFÖRDE, S. 17; EBERL, S. 155.

736 CHIARIELLO, S. 382, in Bezug auf die Rechtsfortbildung durch den EGMR; ähnlich BERNHARDT, Rechtsfortbildung, S. 99: Richterliche Rechtsfortbildung sollte im Einklang mit gesellschaftlichen Entwicklungen stehen.

per-Verfassungsgerichtsbarkeit. Das ist ein anderes Thema, das wir weiter hinten diskutieren.⁷³⁷

5. *Föderalismus*

Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit ist aus föderalistischer Sicht hinkend: Das Bundesgericht kann kantonale Akte aufheben, die gegen die verfassungsmässigen Zuständigkeiten des Bundes, nicht aber umgekehrt Akte des Bundesgesetzgebers, welche gegen die verfassungsmässigen Zuständigkeiten der Kantone verstossen. Nach der Logik der Verfassung ist dies das stärkste Argument für die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit: Wenn die Verfassung zwei Teilsouveräne festlegt, dann ist es widersprüchlich, wenn sie zulässt, dass der eine Teilsouverän den anderen aushebeln kann.

Das Ständemehr schützt vor allem die Mehrzahl der bevölkerungsmässig kleineren Kantone gegen die Minderzahl der volkreichen Kantone. Politisch/historisch standen sich oft eine Mehrheit von zentralisierungsskeptischen, meist kleineren Kantonen (vor allem in der Zentral- und Westschweiz) einer eher zentralisierungsfreundlichen Volksmehrheit in den bevölkerungsreichen Mittellandkantonen der deutschen Schweiz gegenüber.

Diese Konflikte waren bis vor einigen Jahrzehnten staatsrechtlich und politisch zentral: Die Bundesverfassung war in erster Linie ein «pacte confédéral».⁷³⁸ Heute sind sie etwas in den Hintergrund gerückt.⁷³⁹ Durch zahlreiche Verfassungsrevisionen sind dem Bund Gesetzgebungszuständigkeiten in fast allen Lebensbereichen übertragen worden. Die eigenständigen Zuständigkeiten der grundsätzlich primär zuständigen Kantone sind stark eingeschränkt. Für fast alle politischen Wünsche findet sich in vertretbarer Weise eine Grundlage in der Bundesverfassung. Und wenn sich keine ausdrückliche Grundlage findet, nimmt die herrschende Meinung eine gewohnheitsrechtliche oder inhärente⁷⁴⁰ Zuständigkeit an, ohne dass sich nennenswerter Widerstand regt.⁷⁴¹

Bei dieser Sachlage verliert auch normativ-rechtspolitisch die föderalistische Rechtfertigung der Verfassungsgerichtsbarkeit einen Teil ihrer Bedeutung. Das Ständemehr legitimiert sich dadurch, dass den Teilstaaten nicht gegen ihren Willen Zuständigkeiten entzogen und dem Bund übertragen werden sollen. Bei den heute aktuellen Verfassungsfragen geht es aber meistens weniger darum, ob eine Zuständigkeit bei Bund oder Kantonen liegen soll; entweder liegt sie ohnehin schon beim Bund oder es ist politisch unbestritten, dass sie beim Bund liegen soll. Umstritten ist vielmehr, wie die Regelung inhaltlich aussehen soll. Dafür ist die innere Rechtfertigung des Ständemehrs weniger evident. Das Fehlen

737 Hinten C.III.6.f.

738 PANCHAUD, S. 20a.

739 HANGARTNER, Verfassungstexte, S. 142, spricht vom «Niedergang des Bundesstaates».

740 BGE 117 Ia 202 E. 4; so für das BWIS, BBl 2005 5637 f.; vgl. vorne B.IV.1.

741 Kritisch freilich BIAGGINI, BV-Kommentar, N 9 zu Art. 57.

der Verfassungsgerichtsbarkeit kompensiert teilweise diese heute überschüssende Funktion des Ständemehrs. Nicht zu vergessen ist sodann, dass auch die einfache Gesetzgebung immerhin die Mehrheit auch im Ständerat verlangt, in welchem die kleineren Kantone zusammen eine deutliche Mehrheit erringen können.

Schliesslich ist auch dort, wo die Kantone zuständig sind, das politische Interesse an eigenständiger Wahrnehmung dieser Kompetenzen vielfach geschwunden. Nicht einmal mehr die Kantonsregierungen, welche naturgemäss die Position der Kantone vertreten sollen, legen Wert auf eigene kantonale Gesetzgebungen: Selbst dort, wo die Zuständigkeit des Bundes in Frage gestellt werden könnte, wehren sie sich kaum gegen eine bundesrechtliche Regelung⁷⁴² oder verlangen sogar ausdrücklich eine solche.⁷⁴³ Allfälliger politischer Widerstand entsteht diesen Gesetzen weniger wegen der Verletzung der Kompetenzordnung, sondern weil die getroffene Regelung inhaltlich abgelehnt wird. Oft streben die Kantonsregierungen auf dem Weg interkantonalen Regierungs- und Direktorenkonferenzen gesamtschweizerische Harmonisierungen an, womit die demokratisch legitimierte Gesetzgebung auf kantonaler Ebene unterlaufen wird. An die Stelle kantonaler demokratischer Entscheide, die mit dem Ständemehr geschützt werden sollen,⁷⁴⁴ tritt interkantonaler Intergouvernementalismus.

All das sind nicht juristisch/logische Gründe gegen eine Verfassungsgerichtsbarkeit über Bundesgesetze. Aber sie relativieren in erheblichem Masse die Notwendigkeit ihrer Einführung.

Im Lichte der bundesstaatlichen Ordnung verdient schliesslich ein anderer Aspekt Beachtung, der rechtfertigen kann, dass zwar eine Verfassungsgerichtsbarkeit über kantonale Gesetze, nicht aber über Bundesgesetze besteht: Die Verfassung und die Verfassungsrechtsprechung des Bundesgerichts schützen nicht nur die Kompetenzen der Kantone, sondern mindestens ebenso die Einheitlichkeit des Bundesrechts.⁷⁴⁵ Wenn die Bundesverfassung bestimmte Regeln festlegt, macht es Sinn, dass das Bundesgericht darüber wacht, dass diese Regeln in der ganzen Schweiz einheitlich angewendet werden. Das gilt auch für konkretisierungsbedürftige Verfassungsbestimmungen, nicht unbedingt deshalb, weil die vom Bundesgericht gegebene Konkretisierung die einzig zulässige wäre, sondern damit die betreffende Verfassungsnorm in der ganzen Schweiz einheitlich ausgelegt wird, genauso wie das Bundesgericht ja auch da-

742 Z.B. Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen, vgl. Wiedergabe der Vernehmlassungsergebnisse im Bericht der SGK des Nationalrates vom 1.6.2007, BBl 2007 6191 f.

743 So für die (bis Ende 2009 geltenden) Massnahmen von Art. 24b, 24d und 24e BWIS gegen den Hooliganismus, vgl. BBl 2005 5639.

744 Indem die Standesstimme zwingend durch die Volksabstimmung im Kanton geäussert wird (Art. 142 Abs. 3 BV).

745 Darin lag historisch eine der Hauptfunktionen der bundesgerichtlichen Verfassungskontrolle; vgl. CAVELTI/BIRRI, S. 160; KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 178; KÄLIN, Zugang, S. 307 f.; KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 1174 f.; MÜLLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 71; TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 187 f.

rüber wacht, dass subkonstitutionelles Bundesrecht in der ganzen Schweiz einheitlich ausgelegt wird, auch dort, wo es Konkretisierungsspielraum enthält und allenfalls mehrere denkbare Lösungen zuliesse.⁷⁴⁶ Diese Rechtfertigung für eine Verfassungsgerichtsbarkeit entfällt dann, wenn der Bundesgesetzgeber eine Regelung getroffen und insoweit selber die Einheitlichkeit des Bundesrechts sichergestellt hat.

Insgesamt lässt sich eine Verfassungsgerichtsbarkeit zum Schutze kantonaler Zuständigkeiten verfassungsrechtlich/dogmatisch rechtfertigen, die effektive staatsrechtliche und politische Bedeutung ist aber gering.

6. *Rechtsstaat*

Ob Verfassungsgerichtsbarkeit aus rechtsstaatlicher Sicht erwünscht ist, hängt wesentlich davon ab, was unter Rechtsstaat verstanden wird.

a) *Government by law and not by men*

In der einfachsten und ursprünglichsten Formulierung bedeutet Rechtsstaatlichkeit: Herrschaft des Rechts. Das Recht soll herrschen und nicht die Willkür der einzelnen Richter. *Government by law and not by men*. Der Richter soll nach dem Gesetz entscheiden, nicht nach seiner persönlichen politischen oder weltanschaulichen Auffassung. Darin liegt die Begründung des Gesetzmässigkeitsprinzips in seiner rechtsstaatlichen Funktion: Nicht die Willkür einzelner Menschen soll massgebend sein, sondern das Recht.

Betrachtet man auch die Regeln der Normenhierarchie als Teil der zu beachtenden Rechtsordnung, folgt daraus, dass der Vorrang der Verfassung gerichtlich durchzusetzen ist.

Wie bereits im Zusammenhang mit der Normenhierarchie festgestellt,⁷⁴⁷ lässt sich damit jedoch nur eine strikte Verfassungsgerichtsbarkeit begründen, nicht aber eine richterliche Verfassungsfortbildung. Wenn z.B. die Verfassungsgerichte in den USA oder in Deutschland den Schwangerschaftsabbruch als verfassungsmässig zulässig oder als verfassungsmässig verboten erklären, obwohl die Verfassung dazu gar nichts aussagt, dann verschaffen sie mit ihrem Urteil nicht der Verfassung Geltung gegenüber dem Gesetz, sondern sie erklären die eigene Weltanschauung zur Verfassung.⁷⁴⁸

Verfassungsgerichtsbarkeit ist in diesem Fall nicht Herrschaft der Verfassung, sondern Herrschaft der (Mehrheit der) Verfassungsrichter. Es ist *government by men and not by law*, und damit gerade das Gegenteil dessen, was mit dem Rechtsstaat angestrebt wird.

⁷⁴⁶ BIAGGINI, Verfassung, S. 252 ff.

⁷⁴⁷ Vorne C.III.1.

⁷⁴⁸ Vorne C.II.3.a und b; ähnlich HALLER, Ausbau, S. 513 ff.

b) Rechtsgleichheit/Rechtssicherheit

Eine zentrale Funktion des Rechtsstaates besteht darin, Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit (Berechenbarkeit, Voraussehbarkeit) zu gewährleisten.⁷⁴⁹ Das setzt voraus, dass das staatliche Handeln auf Rechtsnormen gestützt wird, die hinreichend bestimmt sind (Legalitätsprinzip im Sinne des Rechtssatzvorbehalts).⁷⁵⁰

Dieses Anliegen kann durch eine Verfassungsgerichtsbarkeit unterstützt werden, indem diese Schranken gesetzgeberischer Beliebigkeit festlegt, namentlich im Bereich des Rückwirkungsverbots und des Vertrauensschutzes.⁷⁵¹

Ebenso dient der Rechtssicherheit, wenn die Verfassungsgerichtsbarkeit das Bestimmtheitsgebot für die Gesetzgebung durchsetzt, so z.B. wenn ein Polizeigesetz, welches eine Überwachung des ganzen Gebiets mit technischen Geräten erlaubt, wegen ungenügender Bestimmtheit aufgehoben wird.⁷⁵² Allerdings ist dies eine untypische Form der Normenkontrolle: Wird ein Rechtsanwendungsakt auf ein zu unbestimmt abgefasstes Gesetz gestützt, so wird im Grunde nicht eine gesetzliche Regelung als verfassungswidrig erklärt, sondern ein Rechtsanwendungsakt, weil er keine (genügende) gesetzliche Grundlage hat; nicht das Gesetz wird beanstandet, sondern das Fehlen eines (hinreichend bestimmten) Gesetzes. Eine richterliche Schranke für den Gesetzgeber ergibt sich daraus nur dann, wenn das Gesetz bewusst den rechtsanwendenden Behörden einen (zu) grossen Ermessensspielraum einräumen wollte. Verfassungsgerichtsbarkeit kann damit Blankodelegationen an die Exekutive vermeiden. Dies liegt allerdings weniger auf der Ebene der Rechtsstaatlichkeit, sondern der Gewaltenteilung bzw. der demokratischen Legitimation.⁷⁵³

Umgekehrt kann Verfassungsgerichtsbarkeit auch die Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit gefährden: Angesichts der grossen Unbestimmtheit und Konkretisierungsbedürftigkeit vieler Verfassungsnormen ist das Urteil eines Verfassungsgerichts oft schwer vorhersehbar.⁷⁵⁴ Das kann vor allem bei einer inzidenten Verfassungsgerichtsbarkeit problematisch werden, wenn sie zum Ergebnis kommt, das anzuwendende Gesetz sei zwar nicht grundsätzlich verfassungswidrig, führe aber im konkreten Fall zu einem verfassungswidrigen Ergebnis und sei deshalb in concreto nicht anwendbar. Gerade weil das Verdikt der Verfassungswidrigkeit nicht mit der Konsequenz verbunden ist, das Gesetz als solches als verfassungswidrig erklären zu müssen, ist die Versuchung gross, eine bestimmte Rechtsfolge, die im konkreten Fall als unbefriedigend erscheint, als verfassungswidrig zu erklären. In solchen Fällen bedroht die Verfassungsge-

749 BIAGGINI, Verfassung, S. 339 ff.; RHINOW, Funktionen, S. 192; STREINZ, S. 749 ff.

750 Statt vieler BGE 130 I 1 E. 3.1.

751 Vorne B.II.4.

752 BGE 136 I 87 E. 8.3 S. 114 ff.; vgl. vorne B.II.14.d.

753 Dazu vorne C.III.4.g.

754 MORAND, méthodologie, S. 74.

richtsbarkeit die Rechtssicherheit und damit die rechtsstaatliche Funktion des Legalitätsprinzips, weil angesichts der inhaltlichen weitgehenden Beliebigkeit grundrechtlicher Argumentationen nicht vorhersehbar ist, in welchen weiteren Fällen die Anwendung des Gesetzes ebenfalls zu einem Ergebnis führen könnte, welches vom Verfassungsgericht als verfassungswidrig qualifiziert werden könnte.

Aufhänger solcher Verunsicherung ist insbesondere das Verhältnismässigkeitsprinzip: Dieses ist ursprünglich ein verwaltungsrechtliches Prinzip zur Leitung und Begrenzung des Verwaltungshandelns dort, wo das Gesetz der Verwaltung einen Ermessensspielraum belässt, insbesondere bei der Konkretisierung der polizeilichen Generalklausel. Wo hingegen das Gesetz eine bestimmte Rechtsfolge zwingend festlegt, findet das Verhältnismässigkeitsprinzip als *verwaltungsrechtliches* Prinzip keine Anwendung: Die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge gilt aufgrund des Legalitätsprinzips und kann nicht mit Verhältnismässigkeitsüberlegungen relativiert werden.⁷⁵⁵

Inzwischen ist das Verhältnismässigkeitsprinzip in Verfassungsrang aufgestiegen. Es steht damit nicht mehr *unter*, sondern *über* dem Gesetz. Damit kann auch jede gesetzlich zwingend vorgesehene Rechtsfolge im Einzelfall in Frage gestellt werden mit dem Argument, sie sei im konkreten Fall unverhältnismässig.⁷⁵⁶ Dadurch wird das Legalitätsprinzip aus den Angeln gehoben und die Rechtsgleichheit und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns ernsthaft bedroht, zumindest solange keine klaren Kriterien für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit bestehen. Eine solche Einzelfallbetrachtung pflegt insbesondere der EGMR, wie die folgenden Beispiele zeigen:⁷⁵⁷

- Urteil Emonet: Der Konkubinatspartner einer unverheirateten Mutter adoptiert deren Kind, wodurch nach der klaren gesetzlichen Regelung das bisherige Kindsverhältnis zur Mutter erlischt.⁷⁵⁸ Der EGMR anerkennt, dass das Gesetz ein gerechtfertigtes Ziel verfolgt, hält aber dafür, dass im konkreten Einzelfall ausnahmsweise vom Gesetz abgewichen werden müsse.⁷⁵⁹ Er legt aber nicht dar, welches das ausschlaggebende Element ist, welches eine Abweichung vom klaren und nicht konventionswidrigen Gesetz verlangt.⁷⁶⁰

755 Vgl. dazu BGE 134 II 265, nicht publ. E. 7: «le principe de la proportionnalité ne saurait aboutir à violer celui de la légalité».

756 In diesem Sinne WIEDERKEHR, *Fairness*, S. 366 ff., wonach gestützt auf Art. 5 BV die rechtsanwendenden Behörden befugt sein sollen, im Einzelfall von einem Gesetz abzuweichen, auch wenn dieses keine solche Möglichkeit vorsieht.

757 Positiv dazu BREITENMOSEER, *Subsidiarität*, S. 142, wonach «auch in Zukunft in jedem Einzelfall eine umfassende Interessen- und Rechtsgüterabwägung vorgenommen werden» müsse. Damit ist aber die Rechtsanwendung schon quantitativ schlicht überfordert, wie die rechtsstaatlich unhaltbaren Pendenzenberge und Prozessdauern am EGMR illustrieren.

758 Art. 267 Abs. 2 ZGB; BGE 129 III 656.

759 Urteil EGMR 39051/03 vom 13. 12. 2007 i.S. Emonet g. Schweiz, § 80 ff.

760 Vgl. SEILER, *Rechtsanwendung*, S. 78 ff., 109 ff.

- Urteil *Phinikaridou*: Eine 54-jährige Frau erhebt Vaterschaftsklage, die von den nationalen Gerichten wegen Ablaufs der dafür gesetzlich vorgesehenen Frist abgewiesen wird. Die Frau beschwert sich beim EGMR mit der Begründung, sie habe erst nach dem Ablauf der gesetzlichen Frist erfahren, wer ihr Vater sei. Der EGMR anerkennt, dass die Festsetzung von Klagefristen einem legitimen Bedürfnis entspricht und nicht konventionswidrig ist.⁷⁶¹ Indessen sei die gesetzliche Regelung problematisch, wenn sie ausnahmslos angewendet werde; die nationale Gerichtsbarkeit habe nicht eine genügende Interessenabwägung zwischen den Interessen der Frau und den entgegenstehenden Interessen vorgenommen und dadurch Art. 8 EMRK verletzt.⁷⁶² Es ist unklar, ob der EGMR der Auffassung ist, eine Verjährungs- oder Verwirkungsfrist dürfe generell nicht zu laufen beginnen, bevor der Berechtigte Kenntnis vom Klagegrund hatte (was erhebliche Auswirkungen auf zahlreiche gesetzliche Regelungen hätte). Ist der EGMR nicht dieser Meinung, geht aus dem Entscheid nicht hervor, worin der entscheidende Umstand liegt, der eine Abweichung von der klaren gesetzlichen Regelung verlangt. Interessenabwägung im Einzelfall tritt an die Stelle der Gesetzesanwendung, ohne dass für die Abwägung klare Kriterien und Massstäbe ersichtlich wären. Das Urteil zerstört jede Rechtssicherheit: Wenn ein Gericht die klare gesetzliche Regelung anwendet, weiss niemand, ob nicht der EGMR nach Jahr und Tag darin eine Verletzung der EMRK erblicken wird.

Eine solche freie Rechtsfindung bedroht die Rechtssicherheit.⁷⁶³ «Par fidélité à un idéal de sécurité juridique, qui est indispensable pour le justiciable, le juge doit se garder d’informer par des solutions d’espèces une règle claire, simple et bien connue.»⁷⁶⁴ Dieses Gebot wird missachtet durch eine Euphorie überpositiven Rechts, «die von Fall zu Fall das Gerechte exekutiert und dabei ihr Mass verliert».⁷⁶⁵ Gerichtsurteile werden zu dezisionistischen Willkürentscheiden.

Soweit diese Bedrohung für das Legalitätsprinzip vom EGMR ausgeht, muss sie aufgrund der geltenden staatsvertraglichen Lage in Kauf genommen werden. Je nach Selbstverständnis eines Verfassungsgerichts könnte sie aber umfassend bestehen, wenn auch ausserhalb des Anwendungsbereichs der EMRK jeder Rechtsanwendungsakt angefochten und aufgehoben werden könnte mit dem Argument, das Gesetz sei als solches zwar nicht verfassungswidrig, wohl aber führe seine Anwendung im konkreten Fall zu einem unverhältnismässigen und damit verfassungswidrigen Ergebnis.

761 Urteil 23890/02 vom 20. 12. 2007 i.S. *Phinikaridou* g. Zypern, § 51 f.

762 A.a.O., § 54–67.

763 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 257; RÜTHERS, *Gerechtigkeit*, S. 107.

764 PANCHAUD, S. 15a.

765 HASSEMER, S. 145 f.

Eine durch grundrechtliche Schutzpflichten motivierte Rechtsprechung kann zudem den Gesetzesvorbehalt für Grundrechtseingriffe unterlaufen. Paradebeispiel dafür ist das Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts, in welchem ohne gesetzliche Grundlage das Aufstellen eines Plakats auf öffentlichem Grund verboten wurde, obwohl es keinen strafbaren Inhalt aufwies, mit der Begründung, die Behörden müssten bei der Bewilligungserteilung aufgrund von Art. 35 Abs. 3 BV und des Diskriminierungsverbots Personen mit homosexueller Lebensform vor Diffamierungen schützen.⁷⁶⁶ Das Bundesgericht hat unter Hinweis auf die verfassungsrechtliche Schutzpflicht zur Abwehr von Gefährdungen von Leib und Leben die Euthanasierung eines bissigen gefährlichen Hundes ohne gesetzliche Grundlage gerechtfertigt.⁷⁶⁷ Solche Eingriffe sind berechtigt im Falle des Polizeinotstandes.⁷⁶⁸ Würde aber eine Verfassungsgerichtsbarkeit solche Schutzpflichten generalisieren, droht damit eine völlige Auflösung des Legalitätsprinzips.

c) *Rechtsstaat als Suche nach dem «richtigen Recht»*

Der Rechtsstaat verlangt, das Recht zu befolgen. Damit ist aber noch offen, was als Recht gelten soll. Wenn die Verfassungsgerichtsbarkeit die Antwort auf die Frage nach dem richtigen Recht sein soll, hängt sie davon ab, woran man die Richtigkeit des Rechts misst.⁷⁶⁹ Dabei stehen sich unterschiedliche rechtstheoretische Auffassungen gegenüber, die auch das Verständnis der Verfassungsgerichtsbarkeit prägen:⁷⁷⁰

Nach positivistischer Auffassung ist Recht das Ergebnis des verfassungsmässig vorgesehenen Rechtsetzungsprozesses. Inhaltlich ist dieser Rechtsbegriff neutral. Die Inhalte ergeben sich aus dem politischen Prozess, der auf dem Weg des verfassungsrechtlich geregelten Gesetzgebungsverfahrens in Gesetze kondensiert wird.

Nach überpositivistischer oder naturrechtlicher Auffassung bemisst sich die Richtigkeit des Rechts nach inhaltlichen Richtigkeitsvorstellungen. Es werden bestimmte Anliegen und Vorstellungen wie Freiheit, Gerechtigkeit, Grundrechte, Minderheitenschutz usw. mit Rechtsstaat gleichgesetzt.

In *rechtspositivistischer* Betrachtung hat die Verfassungsgerichtsbarkeit in erster Linie den Schutz des verfassungsmässigen Rechtsetzungsverfahrens und das Funktionieren des demokratischen Prozesses zu gewährleisten.⁷⁷¹ Sie ist legitim zum Schutz des Verfahrens, nicht aber zur Durchsetzung bestimmter Inhalte. Insoweit gibt es keinen Gegensatz zwischen Demokratie und Rechtsstaat:

⁷⁶⁶ Urteil vom 13.4.2000 (ZBI 102/2001 S. 103) E. 4d und e.

⁷⁶⁷ Urteil 2C_166/2009 vom 30.11.2009 E. 2.3.2.1.

⁷⁶⁸ Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV.

⁷⁶⁹ Vgl. EBERL, S. 442 f.

⁷⁷⁰ KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 81 f.

⁷⁷¹ KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 106 ff.

Das im rechtlich korrekten Verfahren demokratisch gesetzte Recht ist rechtsstaatlich. Soweit allerdings das positive Verfassungsrecht eine Normenhierarchie vorsieht, muss die Verfassungsgerichtsbarkeit auch die Einhaltung dieser Normenhierarchie schützen und damit auch die Höherrangigkeit der Verfassung gegenüber dem einfachen Gesetz. Dieses positivistisch-rechtsstaatliche Argument für die Verfassungsgerichtsbarkeit gilt allerdings nicht für eine gerichtliche Verfassungsfortbildung. Denn damit übt die Justiz eine verfassungsgebende Gewalt aus, die ihr nach positivem Staatsrecht nicht zusteht.⁷⁷²

Nach *überpositivistischer* Auffassung schützt die Verfassungsgerichtsbarkeit bestimmte Inhalte; sie übt eine materielle Gerechtigkeitskontrolle gegenüber dem politischen Prozess.⁷⁷³ Verfassungsgerichtsbarkeit ist legitim zum Schutz dieser Vorstellungen, gegebenenfalls auch und gerade entgegen dem positiven Gesetzgeber.

Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in den USA ist stark naturrechtlich beeinflusst.⁷⁷⁴ Die Verfassung als Gesellschaftsvertrag errichtet ein *limited government*, das nur in die Rechte der Bürger eingreifen darf, soweit es dazu von der Verfassung ermächtigt ist. Die Justiz schützt diesen Gesellschaftsvertrag gegenüber dem Staat.⁷⁷⁵ Was sich historisch in England als Widerstandsrecht gegenüber der absoluten Monarchie entwickelt hatte, wurde in den USA als Widerstand gegenüber der parlamentarischen Gesetzgebung fortgeführt.

In Deutschland hängt die Rolle und Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit ebenfalls mit dem Wunsch zusammen, vorpositive Gerechtigkeitsvorstellungen gegenüber dem positiven Recht durchzusetzen.⁷⁷⁶

Auch in der Schweiz wird die Verfassungsgerichtsbarkeit oft als Mittel zum Schutz von vorpositiven Werten betrachtet, die auch nicht zur Disposition des Verfassungsgebers stehen. Die Verfassungsgerichte erscheinen als eine Art oberste moralische Leitinstanz für die Suche nach Gerechtigkeit.⁷⁷⁷ Als solche Werte erscheinen hauptsächlich die Grundrechte, deren Basis weniger im positiven Verfassungsrecht als vielmehr in einer naturrechtlich/zivilreligiös begründeten Auffassung von Menschenrechten erblickt wird.⁷⁷⁸ Auch soweit die Grundrechte positivrechtlich verankert sind, eignen sie sich infolge ihrer inhaltlichen Offenheit⁷⁷⁹ gut als Anknüpfungspunkte für Rechtskonzeptionen, die

772 Vorne C.III.3.b.

773 TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 186 f.; TSCHANNEN, Verfassung, S. 798.

774 KÄGI, Verfassung, S. 175 f.; EBERL, S. 278 f.; SCHINDLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 33 ff.; STARCK, Vorrang, S. 12 ff.

775 EBERL, S. 243.

776 ADAMOVICH, Verfassungsgerichtshof, S. 76 f.

777 KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 129, 144.

778 Zur naturrechtlichen Begründung der Menschenrechte s. statt vieler ALBERTINI MASON, S. 62 f.; KOKOTT, S. 4 f.

779 Vorne C.II.2.c.

sich vordergründig zwar auf das positive Verfassungsrecht oder völkerrechtliche Menschenrechtsverträge, in Wirklichkeit aber auf vor- oder überpositive Wertvorstellungen berufen. Die Verfassung wird zum Naturrechtssurrogat.⁷⁸⁰ Die positive Verfassung kann dem wenig entgegensetzen: Sie regelt das antinomische Verhältnis zwischen verschiedenen Grundrechtsgehalten nur in sehr sibyllinischer Form und lässt fast beliebig Raum, um diejenige Grundrechtskonzeption durchzusetzen, die den Auffassungen der Gerichtsmehrheit entspricht. Die Verfassungsgerichtsbarkeit eignet sich daher vorzüglich, um überpositive Gerechtigkeitsvorstellungen – oder schlicht politischen Gestaltungswillen – gegenüber dem Gesetzgeber durchzusetzen.⁷⁸¹

Gerade deshalb besteht auf der Grundlage eines positivistischen Rechtsverständnisses Skepsis gegenüber der Verfassungsgerichtsbarkeit, jedenfalls soweit diese über eine strikte Verfassungsgerichtsbarkeit hinausgeht und verfassungsfortbildend wirkt. Insoweit diese eine vorpositive und damit auch vorpolitische Konzeption der Menschenrechte zugrunde legt, entzieht sie die Definition der Menschenrechte dem politischen Prozess⁷⁸² und schränkt damit die Möglichkeiten der Politikgestaltung ein.

d) Überpositivismus und Verfassungsgerichtsbarkeit

Auch aus naturrechtlicher Sicht ist allerdings eine Verfassungsgerichtsbarkeit nicht zwingend: Naturrecht ist immer menschliche Behauptung und damit genauso menschliches Produkt wie positives Recht. Wie dieses kann es unterschiedlich sein. Dementsprechend gibt es – abgesehen allenfalls von einem unbestrittenen Kern, der auch in der aktuellen schweizerischen Gesetzgebung nicht tangiert wird – nicht ein ewig gültiges Naturrecht, sondern höchstens ein «Naturrecht mit wechselndem Inhalt». Unterschiedlichste und gegensätzliche Postulate werden unter Berufung auf Naturrecht vertreten.⁷⁸³ Mit naturrechtlichen Argumentationen lässt sich eine aristokratische Standesordnung⁷⁸⁴ oder die natürliche Freiheit und Gleichheit aller Menschen⁷⁸⁵ begründen, das Privateigentum verteidigen oder bekämpfen, die Unauflösbarkeit der Ehe oder die freie Liebe postulieren. Man kann in einem liberalen Sinne die individuelle Freiheit als naturrechtlich gegeben betrachten oder in einem kommunitaristischen Sinne die Selbstgestaltungsfreiheit eines Kollektivs. An dieser inhaltlichen Beliebigkeit ändert nichts, wenn heute das Naturrecht terminologisch

780 RALF DREIER, Konstitutionalismus und Legalismus: zwei Arten juristischen Denkens im demokratischen Verfassungsstaat, Fs. Maihofer, Frankfurt 1988, S. 87–107, 88.

781 SCHUBARTH, Gerechtigkeit, S. 382 f.

782 EBERL, S. 303 f.

783 MÜLLER-WEWEL, S. 74 f., 155 ff., 162 f.

784 So die Naturrechtslehre von Bonaventura, Darstellung bei ALBERTINI MASON, S. 15 f.

785 So bei Locke, s. ALBERTINI MASON, S. 29 ff.

durch Grund- und Menschenrechte ersetzt wird,⁷⁸⁶ da auch diese in ihrer Konkretisierung fast beliebig offen sind.⁷⁸⁷

Das praktische Hauptproblem des Naturrechts liegt darin, dass es keine intersubjektiv verbindliche Metaregel zur Ermittlung der richtigen Regelung kennt.⁷⁸⁸ Auch das Naturrecht kommt deshalb nicht darum herum, eine Instanz zu bezeichnen, welche autoritativ letztverbindlich festlegt, welcher der variablen Inhalte massgebend sein soll, es sei denn, es werde eine regellose Anarchie in Kauf genommen, in welcher jedermann nach seiner persönlichen Auffassung des vorpositiv Richtigen lebt. Der Satz «*auctoritas, non veritas facit legem*» gilt deshalb nicht nur im Positivismus, sondern praktisch auch im Naturrecht, bloss mit dem Unterschied, dass die naturrechtliche *auctoritas* – anders als die rechtspositivistische – behauptet, ihre Meinung sei die einzig wahre.

Mit der grundsätzlichen Anerkennung überpositiver Werte ist noch nichts darüber ausgesagt, welches diese Werte sind und wer zuständig sein soll, sie zu definieren. Überpositivismus bedingt nicht logisch zwingend eine Verfassungsgerichtsbarkeit. In einem Führerstaat ist es der Führer, der verbindlich das überpositiv Richtige festlegt.⁷⁸⁹ Im Iran ist es der Wächterrath,⁷⁹⁰ in Deutschland das Bundesverfassungsgericht. Egal welche Instanz es ist: Das Ergebnis einer naturrechtlich begründeten Richtigkeitskontrolle hängt immer davon ab, was die Mitglieder des Kontrollorgans als Naturrecht betrachten. Und die normative Bewertung der Normenkontrolle aus naturrechtlicher Sicht hängt ihrerseits davon ab, ob der Bewertende die gleiche Naturrechtsposition vertritt wie das Kontrollorgan.

Wenn die Verfassungsgerichtsbarkeit begrüsst wird, weil sie zu einer Stärkung der individuellen Rechte gegen öffentliche Interessen führe,⁷⁹¹ dann impliziert dies erstens die Wertung, es sei wünschenswert, die individuellen Rechte stärker zu schützen als die öffentlichen Interessen; zweitens beruht es auf der Annahme, die Verfassungsgerichtsbarkeit werde effektiv die individuellen Rechte stärken. Wer die gegenteilige Meinung vertritt, wonach die öffent-

786 So HASSEMER, S. 147 ff.; MÜLLER, Verfassung, S. 126: Grundrechte als elementare Gerechtigkeitstopoi; RHINOW, Überprüfung, S. 38: Grundrechte als «Grundpfeiler» der Gerechtigkeit.

787 Vorne C.II.2.c.

788 MÜLLER-WEWEL, S. 157.

789 Wer vom Naturrecht ein Bollwerk gegen Unrechtsstaaten erwartet, sollte mindestens zur Kenntnis nehmen, dass die Rechtsauffassung des Nationalsozialismus methodisch dem naturrechtlichen Denken bedeutend näher stand als dem Rechtspositivismus, indem sie eine vorstaatliche Rechtsidee über das positive Recht stellte (HASSEMER, S. 144 f. Fn. 54; RÜTHERS, Gerechtigkeit, S. 90 ff.; HELMUT KRAMER, Zum Gebrauch und Missbrauch der juristischen Methode, in: Holzwarth et al [Hrsg.], Die Unabhängigkeit des Richters, Tübingen 2009, S. 33 ff., 35, bezeichnet die These, der Rechtspositivismus sei verantwortlich gewesen für Unrechtsurteile der NS-Justiz, als «Geschichtsklitterung»).

790 Es ist auch eine überpositivistisch-naturrechtliche Argumentation, wenn z.B. unter Berufung auf göttliches Recht staatliche Gesetze, welche Apostasie oder Ehebruch für straflos erklären, als Verstoß gegen höherrangiges Recht aufgehoben werden.

791 So z.B. KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 49, 138 ff., 145 f., 165 f.

lichen Interessen einen Vorrang haben vor individuellen Rechten, wird unter der letzteren Prämisse die Verfassungsgerichtsbarkeit eher ablehnen, weil sie seiner Konzeption von Naturrecht zuwiderläuft. Vertritt aber das Verfassungsgericht seinerseits eine kommunitaristische Haltung und gewichtet es die Durchsetzung kollektiver Interessen und Anliegen stärker als die individuellen Freiheiten, dann wird die normative Beurteilung der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenteilig ausfallen.

Die politische Bewertung der Verfassungsgerichtsbarkeit variiert deshalb in Raum und Zeit: Wo Verfassungsgerichte eher liberal-konservative Positionen gegen sozialistische oder interventionistische Gesetze geschützt haben, wie etwa in den 30er Jahren in den USA oder in Österreich oder die Befürworter der richterlichen Überprüfungsbefugnis in der Weimarer Republik,⁷⁹² war die politische Linke eher skeptisch gegen die Verfassungsgerichtsbarkeit.⁷⁹³ Als in den 60er und 70er-Jahren des 20. Jahrhunderts die Verfassungsgerichtsbarkeit in den USA eher linksliberale Positionen zu schützen begann, wurde sie von der ebenso orientierten herrschenden Verfassungsrechtslehre befürwortet, aber umgekehrt eher von der politischen Rechten skeptisch betrachtet. Und sobald eine konservative Mehrheit im Gericht das Pendel vielleicht wieder auf die andere Seite ausschlagen lässt, ändert sich die politische Wertung erneut.

Deshalb muss auch ein Überpositivist oder Naturrechtler nicht zwingend für Verfassungsgerichtsbarkeit sein: Seine Beurteilung wird davon abhängen, ob er eher von der Mehrheit im politischen Prozess oder eher von der Mehrheit am Gericht Entscheide erwarten kann, die mit seinen eigenen Wertvorstellungen übereinstimmen.

e) *Insbesondere Minderheitenschutz*

Verfassungsgerichtsbarkeit wird insbesondere als ein Instrument des Minderheitenschutzes betrachtet: Sie soll die Rechte von Minderheiten gegenüber Mehrheitsmeinungen schützen. Allerdings greift die Argumentation, eine richterliche Verfassungsfortbildung sei legitim, weil sie die Minderheiten schütze,⁷⁹⁴ in zweierlei Hinsicht zu kurz:

Erstens steht nicht fest, dass Verfassungsgerichte wirklich die Minderheiten schützen. Es gibt auch Beispiele, wo Verfassungsgerichte Gesetze als verfassungswidrig qualifiziert haben, welche Minderheiten schützen wollten.⁷⁹⁵

⁷⁹² Hinweise bei AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 19; CHRYSOGONOS, S. 17 ff.

⁷⁹³ Auch in der Schweiz wurde damals die Verfassungsgerichtsbarkeit des Supreme Court als Bremse des sozialen Fortschritts betrachtet (vgl. NEF, S. 213). Bereits VOGT, S. 585 f., hatte den Grund für Art. 113 Abs. 3 aBV darin gesehen, dass die Politik die Macht der Gerichte brechen wollte, welche «immer und unvermeidlich» konservativ seien.

⁷⁹⁴ So KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 1174 Rz. 14.

⁷⁹⁵ Paradebeispiel ist das Dred Scott-Urteil des US-Supreme Court, mit welchem das Gesetz zur Sklavenbefreiung als verfassungswidrig beurteilt wurde. Auch das Bundesgericht hat nament-

Zweitens steht nicht fest, dass Minderheitenschutz immer legitim ist. Jeder demokratische Mehrheitsentscheid hinterlässt Unterlegene und damit deren Fremdbestimmung.⁷⁹⁶ Das ist nicht ein besonderes Problem der Demokratie oder des Mehrheitsprinzips, sondern eines jeden Verfahrens, mit welchem der Staat verbindliche Entscheide trifft. Das Mehrheitsprinzip zieht seine Rechtfertigung daraus, dass dabei die Zahl der Unterlegenen minimiert werden kann; in jedem anderen Verfahren wäre die Zahl der Fremdbestimmten noch grösser.

Das Problem liegt darin, dass das Mehrheitsprinzip im Grunde davon ausgeht, dass die mit Mehrheitsentscheid verabschiedeten Gesetze für alle Bürger gleichermassen gelten, während aber in Wirklichkeit die meisten Gesetze bestimmte Minderheiten anders betreffen als die Mehrheit: Eine Schwerverkehrsabgabe betrifft Camionneure anders als andere Personen. Ein Rauchverbot betrifft die Minderheit der Raucher anders als die Mehrheit der Nichtraucher. Ein Bigamieverbot stört nur die Minderheit der Bigamisten. Ein Minarettverbot tangiert diejenigen, welche ein Minarett bauen möchten.

Es kann offensichtlich nicht der Sinne des Minderheitenschutzes sein, in jedem Fall die Anliegen der Minderheiten gegen den Mehrheitsentscheid zu schützen. Jeder Minderheitenschutz sieht sich daher mit dem zentralen Problem konfrontiert, die Grenzen zu ziehen zwischen berechtigten Minderheitsanliegen, die auch gegenüber Mehrheitsmeinungen zu schützen sind, und den nicht schützenswerten Minderheitsauffassungen, die einfach als schlechte Verlierer einen demokratischen Mehrheitsentscheid nicht akzeptieren. Diese Grenze zu ziehen, ist stark wertungsabhängig.

Schon die Umschreibung der schützenswerten Minderheiten folgt nicht ohne weiteres klar erkennbaren Linien. Warum soll nach Art. 8 Abs. 2 BV die Lebensform der Homosexuellen geschützt werden, nicht aber diejenige der Bigamisten?

Zudem stehen oft die Anliegen verschiedener Minderheiten gegen einander. Verfassungsgerichte, welche aus der Verfassung ein Recht auf Schwangerschaftsabbruch ableiten, wollen damit die Minderheit der abtreibungswilligen Frauen schützen gegen allfällige Mehrheiten, die – weil männlich oder nicht mehr im gebärfähigen Alter – ohnehin nicht mehr in die Lage kommen können, abtreiben zu wollen. Verfassungsgerichte, welche aus der Verfassung ein Verbot des Schwangerschaftsabbruchs ableiten, wollen damit die Minderheiten der ungeborenen Kinder schützen gegen allfällige Mehrheiten, die – weil bereits geboren – ohnehin nicht mehr in die Lage kommen können, abgetrieben zu werden.

Ist eher die Minderheit der abtreibungswilligen Frauen oder die Minderheit der ungeborenen Kinder zu schützen? Soll eher die Minderheit der Homose-

lich im Steuerrecht mehrmals gesetzliche Bestimmungen als verfassungswidrig beurteilt, von denen Minderheiten profitiert hätten (vorne B.II.3.b).

796 HÄNER, Überprüfung, S. 494.

xuellen vor schwulenfeindlichen Äusserungen geschützt werden oder eher die Minderheit der Muslime in ihrer Freiheit, Homosexualität als Sünde zu verurteilen? Die Verfassung gibt darauf keine Antworten.

Auf diese inhaltlichen Fragen kann im Rahmen dieses Referats nicht näher eingegangen werden. In institutioneller Hinsicht fragt sich aber auch hier, wer letztlich zuständig sein soll, zu definieren, welche Minderheiten in welchem Ausmass geschützt sein sollen. «Si le but à atteindre est de limiter le pouvoir, il ne s'ensuit pas nécessairement que le seul moyen ou le moyen le plus propre à y parvenir soit toujours l'établissement de normes juridiques et d'instances juridictionnelles. Dans bien des cas les voies politiques seront plus efficaces que celles proprement juridiques».⁷⁹⁷ Gerade im schweizerischen politischen Prozess sind zahlreiche Instrumente des Minderheitenschutzes enthalten (Proporz, Konkordanz, Föderalismus, Gemeindeautonomie usw.). Man kann durchaus auch die Meinung vertreten, dass das schweizerische politische System ohnehin schon überbremst ist⁷⁹⁸ und so viele Kontroll- und Ausgleichsmechanismen enthält, dass zusätzliche Kontrollen in Form einer Verfassungsgerichtsbarkeit nicht opportun sind.⁷⁹⁹

Der Schutz der Grundrechte erscheint in erster Linie dort als gerichtliche Aufgabe, wo es um den Schutz struktureller Minderheiten geht oder solcher Minderheiten, die ihre Anliegen im politischen Prozess nicht durchsetzen können.⁸⁰⁰ Als kritisch wird insbesondere erachtet, wenn eine politische Mehrheit zwar für sich Grundrechte reklamiert, dieselben Rechte aber der Minderheit nicht zugesteht.⁸⁰¹ Dieses Problem stellt sich eher auf der Stufe der Rechtsanwendung, so wenn z.B. eine Behörde Demonstrationen bewilligt, die der eigenen politischen Anschauung nahe stehen, aber Demonstrationen mit anderer politischer Ausrichtung verbietet. Auf der Stufe der Bundesgesetzgebung ist es schwieriger, solche Beispiele zu finden.⁸⁰² In diese Gruppe gehört vielleicht, dass bestraft wird, wer zu Rassenhass aufruft,⁸⁰³ nicht aber, wer zu Klassenhass aufruft. Aber wäre es wirklich Sache des Verfassungsgerichts, darüber zu befin-

797 PANCHAUD, S. 9a.

798 RHINOW, Funktionen, S. 190: «Deux chevaux mit den Bremsen eines Ferrari»; ähnlich EICHENBERGER, Verfassung, S. 205: Verrechtlichung bremst Flexibilität.

799 Das unterscheidet den politischen Prozess auf eidgenössischer Ebene auch von demjenigen auf kantonaler Ebene, der in der Regel rascher abläuft (kleinere Verhältnisse, Einkammerparlament) und demzufolge vielleicht eher einer Kontrolle durch Verfassungsgerichtsbarkeit bedarf.

800 KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 56 f., 80 f., 122 ff.; RHINOW, Überprüfung, S. 38; THÜRER, Kosmopolitisches Staatsrecht, S. 432; TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 187.

801 KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 144 f., nennt dies das Grundrechtsparadox.

802 Das aktuell stark diskutierte Minarettverbot steht nicht in einem Bundesgesetz, sondern in der Verfassung (Art. 72 Abs. 3 BV) und ist daher nicht Thema der Verfassungsgerichtsbarkeit, s. hinten C.III.6.f.

803 Art. 261^{bis} StGB.

den, ob es sachliche Gründe gibt für eine unterschiedliche Behandlung von Rassen- und Klassenhass?

Betrachtet man diejenigen Bundesgesetze, deren Verfassungsmässigkeit im Lichte der Rechtsprechung verneint werden muss oder diskutabel ist,⁸⁰⁴ so stehen kaum je die typischen Minderheitsanliegen zur Diskussion. Die in der Lehre starke Fokussierung auf den Schutz der Minderheitenrechte durch Verfassungsgerichtsbarkeit scheint nicht von besonderer Aktualität zu sein.

f) Verfassungsgerichtsbarkeit oder Super-Verfassungsgerichtsbarkeit?

Hinzu kommt etwas anderes: Verfassungsgerichtsbarkeit als Schutz überpositiver Richtigkeitsvorstellungen und insbesondere als Minderheitenschutz kann sich gut entfalten in einer Verfassungsordnung, die einerseits inhaltlich sehr offen und andererseits formell sehr starr, also schwer abänderbar ist, wie dies für die US-Verfassung zutrifft. Ein Verfassungsgericht kann alsdann aus den offen formulierten Bestimmungen weitreichende Folgerungen ableiten, ohne dass es vom Verfassungsgeber wirksam korrigiert werden könnte. Die Konzeption der Verfassungsgerichtsbarkeit als Minderheitenschutz ist denn auch stark inspiriert von den USA, wo eine aktivistische Gerichtsbarkeit im Ergebnis unter Berufung auf einen angeblichen Verfassungswillen Minderheitsanliegen zum Durchbruch verhelfen kann, auch und gerade dann, wenn sie politisch nicht mehrheitsfähig sind.

In der schweizerischen Verfassungsordnung kann diese Funktion weniger zum Tragen kommen: Verfassung ist nach schweizerischem Staatsrecht das, was eine Mehrheit von Volk und Ständen beschlossen hat.⁸⁰⁵ Diese Mehrheit kann jederzeit die Verfassung in ihrem Sinne abändern und damit auch den Massstab für die Verfassungsgerichtsbarkeit setzen bzw. wieder abändern.⁸⁰⁶ Jährlich gibt es Abstimmungen über die Verfassung. Diese kann nicht als vorgegebener Rahmen für den politischen Prozess betrachtet werden. Sie ist im Gegenteil ein «Dokument des politischen Wandels»,⁸⁰⁷ selber Ergebnis des politischen Prozesses, und kann deshalb nicht Massstab für die Bewertung seiner Ergebnisse sein.

Wer die Regeln aufstellt, kann diese auch ändern. Wenn die Verfassung eine Grundrechtsordnung festgelegt hat, dann kann sie auch neue Grundrechte aufnehmen, bestehende Grundrechte aufheben, ihren Schutzbereich neu umschreiben oder Ausnahmen vorsehen.⁸⁰⁸ Das ist in der geltenden Verfassung keine Seltenheit: So ist Art. 59 BV, der eine Militärdienstpflicht nur für Männer, aber nicht für Frauen festlegt, eine in der Verfassung selber vorgesehene Ausnahme

804 Vorne B.

805 Art. 195 BV.

806 Art. 192 Abs. 1 BV; HALLER, Ausbau, S. 520 f.

807 LINDER, Grundzüge, S. 1002.

808 AUER, Direkte Demokratie, S. 35 f., 40.

von Art. 8 Abs. 3 BV (Gleichberechtigung von Mann und Frau). Art. 189 Abs. 4 BV, welcher die Akte von Bundesversammlung und Bundesrat als prinzipiell gerichtlich nicht anfechtbar erklärt, ist eine Ausnahme von der in Art. 29a BV festgelegten Rechtsweggarantie. Und zahlreiche weitere Verfassungsbestimmungen ermächtigen den Bundesgesetzgeber ausdrücklich, von der in Art. 27 und 94 BV festgelegten Wirtschaftsfreiheit abzuweichen,⁸⁰⁹ oder sehen verfassungsunmittelbar eine solche Abweichung vor.⁸¹⁰

Desgleichen könnte der Verfassungsgeber auch einen verfassungsgerichtlichen Entscheid, mit dem ein Bundesgesetz als verfassungswidrig erklärt wurde, wieder korrigieren:⁸¹¹ Würde z.B. das Bundesgericht als Verfassungsgericht die gesetzliche Regelung, wonach das Rentenalter für Mann und Frau unterschiedlich ist, als verfassungswidrig aufheben, könnte der Verfassungsgeber die bisher im Gesetz enthaltene Regelung auf Verfassungsstufe heben. Diese neue Verfassungsbestimmung wäre dann auch für das Verfassungsgericht verbindlich, weil sie auf der gleichen Normenhöhe steht wie die Verfassungsnorm, gegen welche das Gesetz verstossen hat.

Mit solchen Verfassungsänderungen können auch Minderheiten- oder andere Rechte eingeschränkt werden, die bisher durch die Verfassung gewährleistet wurden. Wenn z.B. das Bundesgericht den Ausschluss der Nothilfe an illegal in der Schweiz weilende Personen als Verletzung von Art. 12 BV beurteilt hat,⁸¹² dann könnte der Verfassungsgeber Art. 12 BV abändern und das, was vorher verfassungswidrig war, verfassungskonform machen. An diese geänderte Verfassung wäre dann auch die Verfassungsgerichtsbarkeit gebunden.

Verfassungsgerichtsbarkeit kann somit im schweizerischen System strukturell nur beschränkt ein Instrument überpositiver Gerechtigkeitsvorstellungen oder des Minderheitenschutzes sein. Wenn sie die Verfassung gegenüber dem einfachen Gesetzgeber durchsetzt, dann schützt sie nicht Minderheiten, sondern die Mehrheit des Volkes (im Bund und den Kantonen) gegenüber anderslautenden Mehrheiten in der Bundesversammlung. Sie kann deshalb auch kein Mittel sein, um Volksinitiativen oder andere Verfassungsänderungen zu verhindern, die im Lichte vorpositiver Richtigkeitsvorstellungen als problematisch erscheinen mögen.⁸¹³ Im Gegenteil müsste eine Verfassungsgerichtsbarkeit allfällige Entscheide der Bundesversammlung aufheben, welche Volksinitiativen für un-

809 Art. 100 Abs. 3, Art. 101 Abs. 2, Art. 102 Abs. 2, Art. 103, Art. 104 Abs. 2 BV.

810 So verbietet Art. 119 Abs. 2 lit. e BV Handel mit menschlichem Keimgut und stellt damit eine Ausnahme von der Wirtschaftsfreiheit dar, vgl. Urteil 1P.336/2005 vom 20.9.2005 E. 5.5.1.

811 TORNAY, S. 365 f.

812 Vorne B.II.6.

813 Wenn in der politischen Diskussion bisweilen behauptet wird, «verfassungswidrige» Verfassungsänderungen seien unzulässig, so ist das logisch und juristisch unverständlich: Es ist gerade der legitime Sinn und Zweck jeder Rechtsänderung, bestehende Rechtsnormen abzuändern oder aufzuheben. Erfolgt die Änderung auf gleicher Normenstufe, kann sie juristisch nicht unzulässig sein. Nach geltender Verfassung sind alle Verfassungsänderungen zulässig ausser denjenigen, die gegen völkerrechtliches *ius cogens* verstossen (Art. 139 Abs. 3 und Art. 193 Abs. 4 BV).

zulässig erklären, obwohl sie die verfassungsmässigen Gültigkeitsvoraussetzungen (Art. 139 BV) erfüllen. Und wenn der Verfassungsgeber z.B. den Bau von Minaretten verboten hat,⁸¹⁴ dann müsste (allenfalls vorbehaltlich der Frage der Völkerrechtsmässigkeit⁸¹⁵) eine Verfassungsgerichtsbarkeit dieses Verbot gegenüber allfälligen Verwässerungen durch den einfachen Gesetzgeber schützen.

Wer auf gerichtlichem Weg Minderheiten oder vorpositive Richtigkeitsvorstellungen gegen Mehrheiten schützen will, muss deshalb nicht eine Verfassungsgerichtsbarkeit über den Gesetzgeber postulieren, sondern materielle Schranken der Verfassungsrevision, verbunden mit der Zuständigkeit der Justiz, die Einhaltung dieser Schranken zu überprüfen. Es geht dann nicht um eine Verfassungsgerichtsbarkeit, verstanden als Schutz der Verfassung gegenüber dem Gesetzgeber, sondern um eine *Super-Verfassungsgerichtsbarkeit*, die bestimmte vorpositive Richtigkeitsvorstellungen auch *gegen* den Verfassungsgeber durchsetzt.

In der aktuellen Diskussion werden die beiden Anliegen einer Verfassungsgerichtsbarkeit und einer Super-Verfassungsgerichtsbarkeit häufig durcheinandergemischt.⁸¹⁶ Das sind aber zwei unterschiedliche Fragen, die auseinandergehalten werden müssen. Man kann nicht die Verfassungsgerichtsbarkeit damit begründen, es gehe darum, das von einer Mehrheit von Volk und Ständen Entschiedene gegen den einfachen Gesetzgeber zu schützen, und gleichzeitig damit, es gehe darum, eine Diktatur der Mehrheit zu verhindern. Wer Verfassungsgerichtsbarkeit postuliert, sollte klar machen, welches dieser beiden Anliegen er vertritt.

7. Funktionale Eignung

a) Funktionale Eignung als Zuweisungskriterium

Wir sind von der Kernfrage ausgegangen: Wer soll zuständig sein, die offenen Konkretisierungsspielräume der Verfassung zu konkretisieren? Ist das eher eine politische oder eher eine juristische Aufgabe?⁸¹⁷

Die Antwort hängt von grundsätzlichen rechtsphilosophischen und verfassungstheoretischen Auffassungen ab: Wer vor- oder überpositive Richtigkeitsvorstellungen vertritt und diese bei den Gerichten besser verwirklicht sieht als im politischen Prozess, der sieht die Konkretisierung eher als juristische Auf-

814 Art. 72 Abs. 3 BV.

815 Vgl. vorne C.III.2.a.

816 So wurden im Rahmen der parlamentarischen Diskussion zur parlamentarischen Initiative Studer im gleichen Atemzug das Anliegen der Verfassungsgerichtsbarkeit und die Einschränkung des Initiativrechts genannt (Berichterstatter Fluri, Amtl. Bull. 2009 N 690). Ebenso CLAUDIA SCHOCH, NZZ vom 6.3.2010, S. 25, welche eine «gemässigte Verfassungsgerichtsbarkeit» postuliert, um das Problem rechtsstaatlich fragwürdiger Volksinitiativen zu lösen.

817 Vorne C.II.3.c.

gabe, weil er sich erhofft, dass dieser zu den von ihm als vorgegeben betrachteten Ergebnissen führen wird. Wer eher rechtspositivistisch eingestellt ist, der wird sich eher für einen ergebnisoffenen politischen Prozess erwärmen.⁸¹⁸

Unabhängig von dieser letztlich rechtsphilosophischen und daher nicht juristisch lösbaren Grundfrage kann man versuchen, gewisse Kriterien zu entwickeln, die von beiden Grundoptiken aus geteilt werden könnten.

Im Staatsrecht wird das Kriterium der funktionsgerechten Aufgabenzuweisung seit langem diskutiert, vor allem in Bezug auf die Aufgabenverteilung zwischen Parlament, Regierung und Verwaltung. Sie stellt sich aber auch für die Gerichte: Wozu sind die Gerichte aufgrund ihrer Zusammensetzung, Struktur und Arbeitsweise besonders befähigt und geeignet? Welche Fragen können sie besser als der politische Prozess entscheiden?⁸¹⁹

b) Juristische Methode

Die klassische Zuweisung einer Entscheidungskompetenz an die Gerichte liegt darin begründet, dass Gerichte nach einer spezifisch juristischen Methodik vorgehen, die sich vom politischen Prozess unterscheidet. Nach traditioneller Methodenlehre besteht diese spezifisch juristische Tätigkeit darin, aus einem vorgegebenen Normtext den Sinn dieser Norm herauszukristallisieren und diesen Normsinn auf einen konkreten Sachverhalt anzuwenden, der in seinen rechtserheblichen Facetten möglichst korrekt und wahrheitsgetreu rekonstruiert wird. Richterliche Rechtsetzung kommt in Form der Lückenfüllung und der Konkretisierung unbestimmter Gesetzesbegriffe durchaus vor, ist aber insgesamt eher subsidiär. In dieser spezifisch juristischen Methode liegt der Grund für die gerichtliche Zuständigkeit. Umgekehrt folgt daraus, dass dort, wo keine vorgegebenen Normen bestehen, generell die gerichtliche Zuständigkeit verneint wird. Das ist der Grund dafür, weshalb die Verwaltungsgerichte in der Regel keine Ermessensprüfung, sondern nur eine Rechtskontrolle vornehmen; die Ermessensausübung ist – in den rechtlichen Schranken – weniger Rechtsanwendung als vielmehr Gestaltung, die der dazu fachkompetenteren Verwaltung obliegt.⁸²⁰

In dieser Überlegung liegt auch der berechtigte Kern der Unanfechtbarkeit der Akte von Bundesversammlung und Bundesrat (Art. 189 Abs. 4 BV): Denn diese Entscheide haben oft eine erhebliche politische Komponente, so dass es insoweit im Sinne einer «political-question»-Doktrin berechtigt erscheinen mag, sie von einer richterlichen Überprüfung auszunehmen.⁸²¹ Die analoge

818 Vorne C.III.6.d.

819 BIAGGINI, Verfassung, S. 382 ff.; RHINOW, Funktionen, S. 202; STERN, S. 15 f.

820 MÜLLER, Rechtsweggarantie, S. 193 ff., spricht von administrativen Letztentscheidungsräumen, die durch die Sachgesetzgebung zu schaffen sind.

821 BGE 134 V 443 E. 3.1; AUBERT/MAHON, N 25 zu Art. 189; SÄGESSER, Bundesbehörden, S. 512; kritisch zu einem generellen Ausschluss MÜLLER, Rechtsweggarantie, S. 170 f.

Überlegung gilt erst recht für den Prozess der Gesetzgebung, welche gerade nicht Anwendung, sondern Schaffung von Rechtsnormen ist.

Nach landläufiger Auffassung gelten für die Verfassungsauslegung die gleichen Regeln wie für die Auslegung anderer Rechtsnormen.⁸²² Das trifft zu, soweit Verfassungsnormen sich in Struktur und Stil nicht wesentlich von Gesetzesnormen unterscheiden, d.h. soweit sie genügend justiziabel sind.⁸²³ Das trifft zu für die meisten Verfassungsbestimmungen, welche die Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen regeln, organisationsrechtliche Normen (Art. 136–191c BV),⁸²⁴ aber auch viele inhaltliche Regelungen, z.B. die Art. 83–86 BV über Nationalstrassen, Transitverkehr, Schwerverkehrsabgabe und übrige Verkehrsabgaben, Bestimmungen über die Glücksspiele (Art. 106 BV), die Ausgestaltung der Sozialversicherungen (Art. 111–117 BV) oder die Bundessteuern (Art. 128–132 BV). Hier ist Verfassungsauslegung als typisch juristische Tätigkeit möglich und eine Verfassungsgerichtsbarkeit wenig problematisch.

Demgegenüber ist Verfassungsgerichtsbarkeit bei inhaltlich offenen Verfassungsbestimmungen, namentlich bei der Grundrechtskonkretisierung, weitgehend richterrechtliche Rechtsschöpfung und Verfassungsfortbildung.⁸²⁵ Diese legitimiert sich nicht aus der blossen Rechtsanwendungsfunktion.⁸²⁶ Sie kann aber auch nicht legitimiert werden, wenn die Verfassungsrichter einfach ihre eigenen weltanschaulich/politischen Auffassungen an die Stelle derjenigen des demokratisch legitimierten Verfassungs- oder Gesetzgebers setzen. Bekanntlich wird der traditionellen juristischen Methode vorgeworfen, sie liefere nur nachgeschobene Begründungen für Entscheide, welche der Richter voluntaristisch getroffen habe. Diese Kritik ist für weite Teile der Rechtsprechung stark übertrieben, nämlich überall dort, wo die anzuwendenden Rechtsnormen genügend bestimmt sind.⁸²⁷ Die Kritik ist aber bedeutend schwieriger zu parieren, wo die anzuwendenden Normen sehr offen und stark konkretisierungsbedürftig sind, wie namentlich Grundrechtsfragen.⁸²⁸

Legitimität der richterlichen Verfassungsfortbildung setzt voraus, dass diese nach gesicherten juristischen Argumentationen vorgehen kann.⁸²⁹ Die juristische Methodenlehre hat sich seit langem mit den Methoden richterlicher Rechtsfortbildung oder Lückenfüllung befasst, dabei aber vor allem an die Konkretisierung des einfachgesetzlichen Rechts gedacht. Schon dort ist das Er-

822 TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, S. 149 f.

823 CHIARIELLO, S. 407; TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, S. 150.

824 HUBER, Formenreichtum, S. 184 f., 190 f.

825 Vorne, C.II.2.c und C.II.3.a.

826 AZPITARTE SÁNCHEZ, S. 593.

827 Vorne C.II.2.a.

828 Vorne C.II.3.b.

829 BIAGGINI, Verfassung, S. 194 ff.

gebnis der Diskussion relativ bescheiden⁸³⁰ und für die Konkretisierung der weit offeneren Verfassungsnormen nur bedingt anwendbar. Die Lehre befasst sich zwar durchaus mit der richterlichen Verfassungsfortbildung,⁸³¹ hat dafür aber noch kaum eine gesicherte und anerkannte juristische Methode entwickelt.⁸³² Wenig ergiebig ist das Postulat, nach Massgabe der Verfassung zu entscheiden,⁸³³ wenn gerade offen ist, was die Verfassung sagt.

c) *Rationalität*

Bisweilen wird die richterliche Verfassungsfortbildung damit begründet, das Verfahren der gerichtlichen Entscheidung zeichne sich gegenüber dem politischen Prozess durch eine erhöhte Rationalität aus, indem Richter Erkenntnis auf eine methodisch kontrollierte Weise suchten.⁸³⁴ Sachgerechte Entscheide werden eher von den Gerichten als vom politischen Prozess erwartet.

Es fragt sich, ob damit nicht einfach Idealvorstellungen der Justiz mit Zerrbildern der Politik verglichen werden. Dass dabei die Justiz obsiegt, verwundert nicht. Vergleicht man umgekehrt Idealbilder der Politik mit Zerrbildern der Justiz, fällt das Ergebnis natürlich gegenteilig aus. Dass die Juristen sich selber und ihre Verfahren als rationaler betrachten als die Ergebnisse des politischen Prozesses, erstaunt nicht. Die Frage, die man sich gerade als Jurist selbstkritisch stellen sollte, ist, ob die Aussensicht mit der Innensicht übereinstimmt.

Auf einer Metaebene stellt man fest: Es gibt unterschiedliche Rationalitäten. Jedes gesellschaftliche Subsystem und jede Wissenschaftsdisziplin hat ihre je eigene Rationalität oder Codierung. Der entscheidende Unterschied zwischen dem politischen Prozess und der gerichtlichen Betrachtungsweise kann darin erblickt werden, dass in die politische Willensbildung zahlreiche verschiedene Rationalitäten, Systemlogiken und Betrachtungsweisen einfließen, während die Gerichte allein nach Massgabe der juristischen Rationalität und Systemlogik entscheiden. Verfassungsgerichtsbarkeit hat, wo sie besteht, in einem erheblichen Masse zur Verrechtlichung der Politik geführt.⁸³⁵ Insoweit wird der politische Prozess durch juristische Rationalität abgelöst.

Wie jede Wissenschaft hat auch die Rechtswissenschaft eine reduktionistische Logik und Optik. Überlegungen, die nicht der Codierung der eigenen Wissenschaftsdisziplin entsprechen, werden als unwissenschaftlich ausgeblendet.

830 BIAGGINI, Verfassung, S. 192 f.

831 Insbesondere CHIARIELLO, S. 369 ff., 409 ff.; CHRYSSOGONOS, S. 72 ff., 151 ff.; AZPITARTE SÁNCHEZ, S. 586 ff.; KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 165 ff.

832 AZPITARTE SÁNCHEZ, S. 588 f.; BÖCKENFÖRDE, S. 13; MÜLLER, Verfassung, S. 119 ff.; LIMBACH, S. 123 f.; spezifisch für die Justiziabilität von grundrechtlichen Schutzpflichten MARTIN, S. 125 ff.

833 CHIARIELLO, S. 388; KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 160 f.; STERN, S. 15 f.

834 HALLER, Verfassungsfortbildung, S. 14.

835 EBERL, S. 461; WEBER, S. 375.

Der Diskurs findet unter Personen statt, die eine gemeinsame partikuläre Optik haben. Das gilt noch mehr für die Verfassungsrechtslehre als spezialisierte Teilwissenschaft der Rechtswissenschaft.

Eine solche reduktionistische Optik gehört zu jeder Wissenschaftsdisziplin und ist Voraussetzung für Erkenntnisfortschritt in dieser Disziplin. Sei es Herzchirurgie, Gentechnologie oder Assyriologie: Fortschritte werden gewonnen, indem sich die Spezialisten mit ihrem Spezialgebiet beschäftigen. Problematisch wird es aber, wenn eine Disziplin beansprucht, mit ihrem Spezialisten-Denkansatz die ganze Gesellschaft zu lenken.

Ein Kennzeichen des juristischen Reduktionismus liegt in der Einzelfallopik. Diese erliegt gerne der Gefahr, mit einer übermässigen Betonung des Einzelfalls die rationalisierende, Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit schaffende Normativität und Regelmässigkeit zu vernachlässigen.⁸³⁶

Hinzu kommt ein weiterer Aspekt: Die meisten Wissenschaftsdisziplinen, welche Wertungsentscheidungen thematisieren, denken in Varianten: Die in Betracht fallenden Handlungsoptionen werden analysiert und verglichen; schliesslich fällt die Wahl auf die beste bzw. die am wenigsten schlechte Lösung. Die Rechtswissenschaft, insbesondere die Methodik der Gerichte, ist demgegenüber auf die Beurteilung des konkret zu beurteilenden Falles fokussiert. Es wird entschieden, ob diese betreffende Handlung rechtmässig ist oder nicht. Andere Varianten bzw. die Konsequenzen dieses Entscheids interessieren nicht.

Dazu ein Beispiel: Der deutsche Gesetzgeber erliess am 11. Januar 2005 ein Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben,⁸³⁷ wonach die Streitkräfte ein Luftfahrzeug abschiessen können, wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass dieses gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll und die unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt das einzige Mittel zur Abwehr dieser Gefahr ist. Das deutsche Bundesverfassungsgericht erklärte diese Bestimmung für verfassungswidrig: Sobald auch unbeteiligte und unschuldige Menschen im Flugzeug sitzen, würde der Staat mit dem Abschuss des Flugzeugs diese unbeteiligten Menschen töten, was mit dem Grundrecht auf Leben und mit der Menschenwürde nicht vereinbar wäre.⁸³⁸

In der Situation, welche Tatbestand der gesetzlichen Rechtsfolge bildet, gibt es zwei Handlungsalternativen: Entweder wird das Flugzeug abgeschossen, wodurch die unschuldigen Insassen ums Leben kommen. Oder das Flugzeug wird nicht abgeschossen mit der Folge, dass die unschuldigen Insassen ums Leben kommen und *zusätzlich* die weiteren Unschuldigen, gegen welche das Flugzeug eingesetzt wird. Sicherheitsfachleute, Entscheidungstheoretiker und Verantwortungsethiker sowie der deutsche Gesetzgeber entscheiden sich in dieser Situation für die erste, schlimme, Variante, um die zweite, noch schlimmere,

836 Vorne C.III.6.b.

837 BGBl 2005 I S. 78.

838 Urteil BVerfG I BvR 357/05 vom 15.2.2006, Rz. 122 ff.

zu vermeiden. Das Gericht betrachtet jedoch nur die ihm vorgelegte Frage, ob die erste Variante zulässig ist und verneint sie nach juristischer Logik, weil der Staat nicht Unschuldige töten darf. Dass es damit die zweite, schlimmere, Variante herbeiführt, bekümmert es nicht. Es nimmt keinen Vergleich und keine Abwägung vor, sondern verabsolutiert eine gesinnungsethische Position.

Solche Ergebnisse können höchstens von Juristen einigermaßen nachvollzogen werden.⁸³⁹ Spricht man mit Vertretern anderer Disziplinen, erntet man damit Unverständnis.

d) *Abwägung*

Die meisten Grundrechtsfragen sind Abwägungsfragen, dies umso mehr, je umfassender und breiter sämtliche Lebensbereiche als Grundrechtsthemen betrachtet werden.⁸⁴⁰ Es geht dabei um Abwägungen zwischen verschiedenen Grundrechtspositionen, zwischen Grundrechten und entgegenstehenden öffentlichen Interessen (im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung) sowie zwischen Differenzierung (Einzelfallgerechtigkeit) und Generalisierung (Rechtsatzmässigkeit), wozu auch Aspekte der Praktikabilität gehören.

Rechtslehre und Gerichtspraxis sprechen zwar immer von Abwägung. In Wirklichkeit ist aber die juristische Methodik für diese Tätigkeit schlecht gerüstet:

Um eine rationale Abwägung vornehmen zu können, müssen das Gewicht der kollidierenden unterschiedlichen Güter und das Mass der gegenseitigen Beeinträchtigung relativ zu einander gewichtet werden.⁸⁴¹ Das enthält zwei Elemente: Erstens muss man kognitiv wissen, welche Rechtsgüter in welchem Ausmass berührt sind. Zweitens müssen normative Massstäbe für die relative Bewertung der involvierten Interessen festgelegt sein. Solange solche Massstäbe fehlen, ist das Ergebnis der Abwägung beliebig und rein dezisionistisch.⁸⁴²

Die kognitiven Grundlagen fehlen den Gerichten weitgehend: Ihr Verfahren ist darauf ausgerichtet, den für den Einzelfall relevanten Sachverhalt zu erheben. Hingegen haben sie nicht die Kenntnisse und Informationen, die in Verwaltung und Politik vorhanden sind und die eine verlässliche Folgenabschätzung erlauben würden.⁸⁴³

839 Auch aus rechtswissenschaftlicher Optik bleibt allerdings letztlich unklar, weshalb es so viel rechtsstaatlicher sein soll, wenn z.B. 10 100 Menschen sterben anstatt 100; ich erlaube mir, dazu näher zu verweisen auf meinen Aufsatz «Vom abnehmenden Grenznutzen des Justizsystems», ZSR 2007 I S. 159–177, 173 ff.

840 Vorne C.II.2.c.

841 KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 46 ff.; MARTIN, S. 205 ff., 249 ff.; MORAND, méthodologie, S. 63 ff.; SEILER, Rechtsanwendung, S. 68 ff., 89 ff.

842 SEILER, Rechtsanwendung, S. 90 f., 95; MORAND, méthodologie, S. 74: Verfassungsrichterliche Entscheide ohne vollständige und rationale Anwägung «relèvent de la politique pure».

843 CHRYSSOGONOS, S. 46 f.; MARTIN, S. 141 f.

Es fehlen aber auch die rechtlichen Kriterien für die Bewertung. Insbesondere enthält die Verfassung keine Massstäbe für die relative Gewichtung der unterschiedlichen Güter.⁸⁴⁴ Diese werden in einem gerichtlichen Verfahren vom Gericht erst festgelegt, und zwar meistens nicht einmal bewusst, sondern implizit.

Viele andere Wissenschaften (Ethik, Ökonomik, Entscheidungstheorie usw.) haben sich ebenfalls der Thematik angenommen, wie unterschiedliche Güter relativ zueinander gewichtet werden können. Das Resultat sind zahlreiche – auch interdisziplinäre – Ansätze, die aufzeigen, wie solche Wertungen systematisiert und rationalisiert werden können, zugleich aber auch klar machen, wo die Grenzen der Objektivierbarkeit und wo die subjektiven Wertungselemente liegen. Die Rechtswissenschaft (insbesondere auch die Verfassungsrechtswissenschaft) hat hier ein methodisches Defizit: Sie beteiligt sich wenig an diesem interdisziplinären Diskurs und nimmt die von anderen Disziplinen entwickelten Ansätze kaum zur Kenntnis. Wie keine andere Wissenschaftsdisziplin gibt sie subjektive Wertungen als objektive Richtigkeiten aus, ohne die Subjektivität transparent zu machen. Gerade dort, wo die Rechtswissenschaft aus hoch abstrakten Prinzipien bis ins Konkrete gehende Folgerungen ableitet, fehlt in der Regel eine hinreichende argumentative Begründung.⁸⁴⁵

Dazu ein Fallbeispiel: Aus der grundrechtlichen Pflicht zum Schutz des Lebens (Art. 2 EMRK) hat der EGMR abgeleitet, dass der Staat verpflichtet ist, effektive Instrumente bereitzustellen für die wirkungsvolle Prävention, Strafverfolgung und Bestrafung von Tötungsdelikten.⁸⁴⁶ Als der englische Gesetzgeber ein Gesetz erliess, um zwecks besserer Prävention und Verfolgung von Delikten eine DNA-Datenbank zu schaffen, hat dies aber der EGMR als Verletzung des Rechts auf Privatleben (Art. 8 EMRK) qualifiziert.⁸⁴⁷ Er anerkennt zwar, dass sich dadurch Straftaten besser aufklären und vermeiden lassen,⁸⁴⁸ erachtet aber die Datenbank als unverhältnismässigen Eingriff in die persönliche Freiheit.⁸⁴⁹

Um eine rationale Bewertung vorzunehmen, müsste man erstens wissen, wie viele Delikte sich mit der Datenbank effektiv verhindern oder aufklären lassen und wie viele Unschuldige dank der Datenbank von einer ungerechtfertigten Strafverfolgung oder Verurteilung verschont werden. Über solche Informationen scheint der EGMR nicht verfügt zu haben.⁸⁵⁰

Zweitens hängt die Beurteilung von einer relativen Bewertung der Rechtsgüter ab. Je stärker man die Beeinträchtigung durch Aufbewahrung der Daten im

844 MORAND, *méthodologie*, passim.

845 SCHULZE-FIELITZ, S. 371.

846 Statt vieler Urteil 57671/00 vom 27. 7. 2004 i.S. Slimani g. Frankreich, § 47.

847 Urteil 30562/04 vom 4. 12. 2008 i.S. Marper g. Vereinigtes Königreich.

848 A.a.O., § 117.

849 A.a.O., § 121 ff.

850 Jedenfalls sind sie im Urteil nicht genannt.

Verhältnis zum Nutzen gewichtet, desto eher wird man die Datenbank als unzulässig erachten.

Offensichtlich legt der EGMR seinem Entscheid eine solche Bewertung zugrunde: Er beurteilt die Aufklärung und Prävention von Straftaten als weniger wertvoll als die Beeinträchtigung, die sich durch die Aufbewahrung persönlicher Daten ergibt.⁸⁵¹ Diese Bewertung ergibt sich nicht aus der EMRK, sondern ist eine rein subjektive Wertung der beteiligten Richter, die aber nicht als solche deklariert wird. Sie könnte geradeso gut gegenteilig erfolgen mit der Konsequenz, dass die Datenbank nicht EMRK-widrig, sondern im Gegenteil als gebotenes Instrument zur Wahrnehmung der Schutzpflicht erscheint. Zudem fließt der Aspekt, dass durch die Datenbank die Gefahr einer Strafverfolgung oder Verurteilung Unschuldiger reduziert werden könnte, überhaupt nicht in die Bewertung des EGMR ein.⁸⁵²

Insgesamt ist der Entscheid des EGMR nicht rationaler als derjenige des Gesetzgebers: Er beruht nicht auf hinreichenden Sachinformationen und legt die zugrunde gelegten Wertungen nicht offen. An die Stelle des gesetzgeberischen Dezisionismus tritt richterlicher Dezisionismus.⁸⁵³

Eine gewisse Selbstbescheidung der Rechtswissenschaften ist am Platz: Es wirkt arrogant, wenn sie den Anspruch erhebt, über ihre Kernkompetenzen hinaus das gesellschaftliche Leben mit ihren methodischen Unzulänglichkeiten steuern zu wollen.⁸⁵⁴

IV. Quintessenz

1. Verfassungsgerichtsbarkeit oder richterliche Verfassungsfortbildung?

Hinter dem Postulat nach Verfassungsgerichtsbarkeit stehen zwei unterschiedliche rechtstheoretische Konzeptionen oder Verfassungsverständnisse, die zumindest idealtypisch und in der rechtsphilosophischen Ausgangslage diametral entgegengesetzt sind:⁸⁵⁵

Nach *rechtspositivistischer* Auffassung ist die Quelle des Rechts die positive Rechtsetzung. Die Verfassung, die im Stufenbau der Normenhierarchie zuoberst steht, setzt als Ergebnis der politischen Auseinandersetzung das von

851 A.a.O., § 67, 121. Nicht rational nachvollziehbar ist demgegenüber das vom EGMR herangezogene Risiko einer Stigmatisierung der in der Datenbank aufgenommenen Personen oder einer Verletzung der Unschuldsvermutung (a.a.O., § 122 ff.): Je grösser der Kreis der in der Datenbank erfassten Personen ist, desto weniger wird man auf die Idee kommen, jemanden allein deswegen, weil er darin erfasst wird, zu stigmatisieren oder zu verdächtigen.

852 Dieses Argument wird vom EGMR zwar erwähnt (a.a.O., § 91, 105), in der Würdigung aber nicht berücksichtigt.

853 CHRYSSOGONOS, S. 58 f.

854 Kritisch zu einer Gerichtszentriertheit der Rechtsschutzoptik MÜLLER, Rechtsweggarantie, S. 177 ff.

855 Vorne C.III.6.c.

Volk und Ständen Gewollte zu «positivem Recht im konkreten Staat»⁸⁵⁶ um. Sie bildet mit ihren zahlreichen und divergierenden Normen die Vielfältigkeit und Widersprüchlichkeit politischer Postulate ab, legt im Übrigen aber einen ergebnisoffenen institutionellen Rahmen fest, innerhalb dessen die politische Gesetzgebung entscheidet. In dieser Konzeption dient die Verfassungsgerichtsbarkeit dem Schutz der positiven Verfassung,⁸⁵⁷ im schweizerischen Verfassungsrecht dem Schutz des von einer Mehrheit von Volk und Ständen Entschiedenen gegenüber Abweichungen durch den einfachen Gesetzgeber.

Nach *überpositivistischer* Auffassung entsteht das Recht nicht aus der politischen Gestaltung, sondern aus besserer Erkenntnis einer dazu besonders berufenen Richterschaft. «Verfassung» ist weniger der real existierende Verfassungstext als Ergebnis von Volksabstimmungen, sondern eine vorpositive Vorstellung des Guten und Gerechten, welche die ganze Rechtsordnung durchdringt. Verfassungsgerichtsbarkeit hat in dieser Konzeption nicht primär die Aufgabe, das von Volk und Ständen Entschiedene durchzusetzen; sie soll vielmehr als eine Art oberste moralische Leitinstanz für die Suche nach Gerechtigkeit⁸⁵⁸ die Rechtsordnung in eine als vorgezeichnet verstandene Richtung hin entwickeln,⁸⁵⁹ gegebenenfalls auch und gerade gegen politische Mehrheiten.

Die Wünschbarkeit einer erweiterten Verfassungsgerichtsbarkeit hängt wesentlich von diesen Grundauffassungen ab, auch wenn diese in der Praxis natürlich in einem gewissen Masse konvergieren.

2. *Notwendigkeit einer Verfassungsgerichtsbarkeit?*

Versteht man unter Verfassungsgerichtsbarkeit eine Durchsetzung des von Volk und Ständen Entschiedenen gegenüber der Bundesversammlung, dann drängt sich eine Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit am ehesten dort auf, wo Volk und Bundesversammlung systemimmanent in einem Gegensatz zu einander stehen, insbesondere zur Sicherung der Volksrechte gegenüber Beeinträchtigungen durch die Bundesversammlung.⁸⁶⁰

Theoretisch drängt sich eine Verfassungsgerichtsbarkeit sodann auf für die Kontrolle der Einhaltung der verfassungsmässigen Kompetenzaufteilung zwischen Bundesversammlung und Bundesrat, doch besteht dafür offenbar kaum ein praktisches Bedürfnis, zumal dies weder in der Politik noch in der Lehre merkbar postuliert wird.⁸⁶¹

856 EICHENBERGER, Verfassung, S. 162.

857 So die Konzeption der Verfassungsgerichtsbarkeit bei KELSEN, s. ADAMOVICH, Verfassungsgerichtshof, S. 75 f.; vorne C.I.

858 KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 129.

859 KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 147.

860 Vorne C.III.4.c.

861 Vorne C.III.3.b.

Eine (strikte) Verfassungsgerichtsbarkeit über Bundesgesetze ist theoretisch ohne weiteres zu rechtfertigen (vor allem aus Gründen der Normenhierarchie, der Gewaltenteilung, des Föderalismus und des Rechtsstaates). Praktisch drängt sie sich nicht gebieterisch auf: Es gibt nach wie vor wenige Bundesgesetze, die klar verfassungswidrig sind. Die relativ wenigen Fälle haben besondere Gründe, welche ein verfassungsrichterliches Eingreifen als problematisch erscheinen liessen, weil sie entweder auf einen ausdrücklichen Volksentscheid zurückgehen⁸⁶² oder kaum einer richterlichen Korrektur zugänglich wären⁸⁶³ oder weil trotz fehlender Bundeskompetenz eine Bundesregelung einem verbreiteten Konsens auch der Kantone entspricht.⁸⁶⁴

In anderen Fällen widerspricht ein Bundesgesetz zwar einer bundesgerichtlichen Rechtsprechung, doch ist diese ihrerseits nicht immer in Stein gemeisselt und lässt sich bisweilen eher damit erklären, dass eine bestimmte Verfassungskonkretisierung in der ganzen Schweiz einheitlich gelten soll.⁸⁶⁵

Eine verfassungsrichterliche Kontrolle über Bundesgesetze drängt sich am ehesten dort auf, wo durch eine grosszügige Gesetzesdelegation der Vorbehalt des formellen Gesetzes ausgehöhlt wird. Es ist allerdings fraglich, ob es dazu einer Änderung der Verfassung bedarf, denn schon die bisherige Bundesgerichtspraxis hat hier Gegensteuer gegeben.⁸⁶⁶

3. *Wünschbarkeit und Gefahren einer richterlichen Verfassungsfortbildung*

a) *Wünschbarkeit*

Verfassungsgerichtsbarkeit, verstanden als richterliche Verfassungsfortbildung zwecks Durchsetzung vorpositiver Gerechtigkeitsvorstellungen, bedeutet in erster Linie, dass die Zuständigkeit zur Konkretisierung offener Verfassungsbestimmungen nicht den politischen Instanzen, sondern der Justiz zusteht.⁸⁶⁷ Mit der Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit gibt man dem Verfassungsgericht die Möglichkeit, *wenn es will*, die offenen Verfassungsbestimmungen *beliebig* zu konkretisieren. Je weiter die Gemeinschaft der Verfassungsinterpreten offene Verfassungsbegriffe interpretiert, desto stärker wird die Funktionsverlagerung vom Gesetzgeber zur Judikative.⁸⁶⁸

Eine solche richterliche Rechtsschöpfung lässt sich nicht mit den Argumenten der Normenhierarchie, der Gewaltenteilung, der Demokratie oder des Föderalismus begründen. Auch die Begründung mit dem Rechtsstaatsprinzip greift zu kurz, weil darunter Verschiedenes verstanden werden kann. Ihre Ergebnisse

862 Ungleichbehandlung von Mann und Frau in der AHV, vorne C.III.4.e.

863 Gleichstellung im Namensrecht, alpenquerender Transitverkehr, vorne C.III.4.e.

864 Polizeirechtliche Regelungen, vorne C.III.5.

865 Vgl. vorne C.III.5.

866 Vorne C.III.4.g.

867 Vorne C.II.3.c.

868 SCHULZE-FIELITZ, S. 371.

können auch nicht generell als rationaler oder «besser» als diejenigen des politischen Prozesses betrachtet werden.⁸⁶⁹ Ihre Wünschbarkeit hängt in erster Linie von rechtsphilosophischen Grundauffassungen ab, zu denen man unterschiedliche Auffassungen haben kann.⁸⁷⁰

Da es keine allgemein anerkannte juristische Methode der richterlichen Verfassungsfortbildung gibt,⁸⁷¹ ist ihr Ergebnis massgeblich von den persönlichen Wertvorstellungen der Mitglieder der Verfassungsgerichte geprägt.⁸⁷² Weil es verschiedene Vorstellungen vorpositiver Richtigkeit gibt, können daher auch richterliche Verfassungsfortbildungen in unterschiedliche Richtungen gehen.⁸⁷³ Wer eine richterliche Verfassungsfortbildung befürwortet, weil er sich erhofft, sie könne in die von ihm gewünschte Richtung gehen, kann sich in seiner Hoffnung enttäuscht sehen, wenn eine Mehrheit der Mitglieder des Verfassungsgerichts eine entgegengesetzte Haltung vertritt.

Es ist auch müssig darüber zu spekulieren, in welche Richtung die Rechtsprechung gehen wird; die Zusammensetzung des Gerichts ändert im Laufe der Zeit und damit können sich auch die Haltungen des Gerichts ändern.⁸⁷⁴ Das aktuelle Gericht mag den Schwangerschaftsabbruch als uneinschränkbares Recht verstehen, das künftige wird ihn vielleicht verbieten oder umgekehrt. Das aktuelle Gericht mag DNA-Datenbanken verbieten, weil sie das Persönlichkeitsrecht verletzen, das künftige mag sie vorschreiben, damit die Schutzpflicht auf Schaffung von Sicherheit wahrgenommen werden kann. Wer dem Verfassungsgericht die Kompetenz überträgt, die wesentlichen Wertungen vorzunehmen, muss damit rechnen und akzeptieren, dass die Ergebnisse in unterschiedliche Richtungen gehen können. Es ist deshalb für die Beurteilung der Wünschbarkeit einer Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht ausschlaggebend, ob das Bundesgericht bisher seine Zuständigkeit zurückhaltend ausgeübt hat; denn niemand weiss, wie seine künftigen Mitglieder ihre Rolle wahrnehmen werden.

In der Schweiz kann allerdings der Verfassungsgeber Entscheide des Verfassungsgerichts durch Verfassungsänderungen relativ leicht korrigieren. Die politische Rückkoppelung ist daher grösser als in anderen Systemen. Anders wäre es, wenn einem Super-Verfassungsgericht die Kompetenz übertragen würde, auch Verfassungsänderungen wegen Widerspruchs zu überpositiven Richtigkeitsvorstellungen als unzulässig zu erklären.⁸⁷⁵

869 Vorne C.III.7.c und d.

870 Vorne C.III.6.c.

871 Vorne C.III.7.b.

872 Vorne C.II.3.b.

873 Vorne C.III.6.d.

874 Vorne C.II.3.b.

875 Vorne C.III.6.f.

b) *Bedrohung des Legalitätsprinzips*

Eine richterliche Verfassungsfortbildung kann das Legalitätsprinzip in seiner demokratischen Komponente bedrohen, wenn sie eine Wertung, welche der Gesetzgeber getroffen hat, aufgrund einer anderslautenden eigenen Wertung aufhebt.⁸⁷⁶

Sie kann aber auch das Legalitätsprinzip in seiner rechtsstaatlichen Funktion bedrohen, wenn sie dazu führt, dass Gesetze, die an sich nicht verfassungswidrig sind, im Einzelfall nicht angewendet werden mit dem Argument, in diesem Fall würde ihre Anwendung zu einem verfassungswidrigen Ergebnis führen. Denn dadurch würde Gesetzesanwendung ersetzt durch eine konturenlose Einzelfall-Interessenabwägung.⁸⁷⁷

Sie kann schliesslich auch das Legalitätsprinzip im Sinne des Gesetzesvorbehalts aushebeln, soweit sie aufgrund verfassungsunmittelbarer Schutzpflichten ohne gesetzliche Grundlage in Rechtspositionen eingreift.⁸⁷⁸

c) *Politisierung der Justiz*

So alt wie die Diskussion um die Verfassungsgerichtsbarkeit ist die Debatte um ihre Politisierung.⁸⁷⁹ Damit sind nicht die Binsenwahrheiten gemeint, dass jede verfassungsgerichtliche Entscheidung eine Bedeutung für die *polis* hat oder dass mit der Anwendung eines Gesetzes immer ein politisches Ziel umgesetzt wird, welches der Gesetzgeber mit dem Erlass des Gesetzes anstrebte. Gemeint ist der gegenüber der Justiz erhobene Vorwurf, sie entscheide nach persönlichen politischen Auffassungen der beteiligten Richter und nicht nach juristischen Kriterien.

Der Vorwurf wird durch das Argument, er sei nicht haltbar, weil Interpretation ohne Subjektivität kaum möglich sei,⁸⁸⁰ eher bestätigt als widerlegt. Er ist unausweichlich, weil er berechtigt ist. Natürlich spielt die weltanschauliche Gesinnung in jeder richterlichen Tätigkeit eine Rolle. Aber ihre Bedeutung ist unterschiedlich, je nachdem, wie gross der Entscheidungsspielraum ist. Sie ist praktisch null, wenn die anzuwendende Norm genügend klar ist. Sieht das Gesetz vor, dass eine Altersrente mit 65 Jahren bezahlt wird, wird jeder Richter sie in diesem Alter zusprechen, auch wenn er persönlich/politisch der Meinung ist, 60 oder 70 Jahre wären richtig. Hat der Richter aber zu beurteilen, ob die persönliche Freiheit ein Recht auf Schwangerschaftsabbruch, auf Suizid oder auf straflosen Betäubungsmittelkonsum vermittelt, dann ist es höchst unrealistisch anzunehmen, er werde dabei von seiner persönlichen Weltanschauung abstrahieren. Allenfalls wird er sich auf vorangegangene Gerichtsentscheide stützen.

876 Vorne C.III.7.b.

877 Vorne C.III.6.b.

878 Vgl. vorne C.III.6.b.

879 Vgl. z.B. NEF, S. 218a ff.

880 So ADAMOVICH, Verfassungsgerichtshof, S. 83.

Aber wenn er die Frage zum ersten Mal zu entscheiden hat: Wonach sollte er denn sonst entscheiden, wenn nicht nach seiner persönlichen Weltanschauung?⁸⁸¹

Auch die in Grundrechtsfragen regelmässig erforderlichen Abwägungen sind unweigerlich politisch geprägt.⁸⁸² Es erstaunt daher nicht, dass in solchen Fällen die Entscheide oft nach politischen Mehrheiten in den Verfassungsgerichten getroffen werden.⁸⁸³ Die Aussage, Verfassungsgerichte würden bloss den Vorrang der Verfassung sicherstellen und dabei ausschliesslich strikt rechtlich nach der Verfassung urteilen, ist eine ideologische Verschleierung der Realität. Sie ist die *Lebenslüge der Verfassungsgerichtsbarkeit*. Der Widerspruch zwischen dem Anspruch, sich am Willen der Verfassung zu orientieren, und der Realität, wonach die richterliche Verfassungsfortbildung die persönlichen Auffassungen der Richter widerspiegelt, bedroht die Akzeptanz und Legitimität verfassungsgerichtlicher Urteile.⁸⁸⁴

«Or il ne revient pas au juge de tenir un discours politique, non seulement parce qu'il doit constituer une instance impartiale, mais aussi afin qu'il puisse le rester.»⁸⁸⁵ Das fällt einer Verfassungsgerichtsbarkeit zwangsläufig schwerer als der übrigen Justiz. Alle Beobachter sind sich einig, dass Verfassungsgerichtsbarkeit mehr als die übrige Justiz politisch ist.⁸⁸⁶ Sie gerät deshalb unvermeidlich mehr als die übrige Justiz in den Strudel der politischen Debatte. Entscheidet sie in die eine oder in die andere Richtung, wird sie unweigerlich von den Anhängern der entgegengesetzten Richtung kritisiert mit dem Vorwurf, sie habe politisch entschieden.⁸⁸⁷ Sie kann sich dem Vorwurf der Politisierung aber auch dann nicht entziehen, wenn sie sich im Sinne eines *judicial restraint* mit ihrer Prüfung zurückhält und dem Gesetzgeber einen grossen Spielraum belässt; es wird ihr dann nämlich von denjenigen, die einen *judicial activism* befürworten (jedenfalls solange er in die von ihnen gewünschte Richtung geht), vorgeworfen, sie sei zu wenig mutig und verletze aus politischer Rücksichtnahme die Verfassung.⁸⁸⁸

Nicht zuletzt hat die politische Dimension Auswirkungen auf das Verhältnis innerhalb des Gerichts, wo natürlich auch unterschiedliche persönliche Wert-

881 Vorne C.II.3.b.

882 MORAND, méthodologie, S. 74 f.; vorne C.III.7.d.

883 WÜRTEMBERGER, S. 65 f.

884 WÜRTEMBERGER, S. 62 ff.

885 MOOR, Développements, S. 146.

886 AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 7; BÖCKENFÖRDE, S. 10 f.; FISCHBACHER, S. 133; HALLER, Ausbau, S. 512 f.; HALLER, Verfassungsfortbildung, S. 7; KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 163.

887 Hinweise auf solche Kritik am deutschen Bundesverfassungsgericht bei FISCHBACHER, S. 203; LIMBACH, S. 118 f.; am österreichischen Verfassungsgericht bei ADAMOVICH, Verfassungsgerichtshof, S. 78 ff., 83.

888 So etwa KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 165; Hinweise auf ähnliche frühere Kritik gegenüber dem deutschen Bundesverfassungsgericht bei CHRYSSOGONOS, S. 23.

haltungen aufeinander stossen, was schon bei der Konkretisierung unbestimmter Gesetzesbegriffe nicht ohne Einfluss bleibt. Müssten die Gesetze auf ihre Vereinbarkeit mit den noch viel unbestimmteren Verfassungsbegriffen überprüft werden, dürfte die von ausländischen Verfassungsgerichten bekannte Polarisationsgefahr zunehmen.

Diese Gefahr kann auch nicht mit dem Argument wegdiskutiert werden, sie bestehe ja gleichermassen schon jetzt in Bezug auf die Verfassungsgerichtsbarkeit über das kantonale Recht; denn diese beschlägt einen insgesamt untergeordneten Rechtsbereich. Auch wo sie «aktivistisch» ist, bleibt ihre Tragweite begrenzt. Die Ausdehnung auf die gesamte Bundesgesetzgebung, die quantitativ und qualitativ von wesentlich grösserer Bedeutung ist, würde die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit im Institutionengefüge erheblich verändern⁸⁸⁹ und ihre Politisierung unweigerlich verstärken.

d) *Ideologisierung des Verfassungsrechts*

Damit einher geht die Gefahr einer Ideologisierung, Sakralisierung⁸⁹⁰ oder Moralisierung⁸⁹¹ des Verfassungsrechts.

Die *politische Auseinandersetzung* lässt verschiedene Meinungen zu, die alle legitim sind, von denen aber keine den Anspruch erheben kann, inhaltlich «richtig» zu sein. Dementsprechend ist auch der Rechtsetzungsprozess gemäss der Konzeption des demokratischen Rechtspositivismus ergebnisoffen. Der viel kolportierte Satz «Das Volk hat immer Recht» ist ebenso falsch wie die noch häufigere Kritik an diesem Satz irrelevant ist: Bei einem demokratischen Entscheid geht es nicht um richtig oder falsch, sondern um eine Entscheidungsregel. Das Ergebnis ist als Resultat eines Prozesses zu akzeptieren, nicht weil es inhaltlich richtig wäre. Es wäre genau so zu akzeptieren, wenn es gegenteilig ausgefallen wäre. Man mag denjenigen, der anderer Meinung ist, zwar auf politischer Ebene vehement bekämpfen, dabei aber immer auf der selbstverständlichen Grundlage, dass auch seine Meinung legitim ist und verbindlich wird, wenn sie sich im Rechtsetzungsprozess durchsetzt.

Die *Justiz* arbeitet demgegenüber mit dem Kriterium Recht/Unrecht. Was das Gericht entscheidet, erhebt den Anspruch, in der Sache *richtig* zu sein mit der Konsequenz, dass die gegenteilige Meinung *unrichtig* ist. Auch die Verfassungsgerichtsbarkeit arbeitet nach diesem Kriterium: Wenn ein Gesetz als verfassungswidrig beurteilt wird, dann sind diejenigen, die dieses Gesetz befürwortet haben, nicht einfach politische Gegner. Sie haben nicht bloss eine *andere* Meinung, sondern eine *verfassungswidrige* Meinung.

889 AUBERT, Contrôle judiciaire, S. 20.

890 Vgl. KLEY, Sakralisierung, passim.

891 Vgl. GRET HALLER, Die Aushöhlung der Menschenrechte durch ihre «Moralisierung»: Guantanamo und der Umgang der Vereinigten Staaten mit Recht und Moral, ZSR 2006 I 173–186.

Das akzentuiert sich noch mehr, wenn Verfassungsgerichtsbarkeit im Sinne einer Super-Verfassungsgerichtsbarkeit⁸⁹² nicht als Schutz der positiven Verfassung, sondern überpositiver Werte konzipiert ist, die auch durch positive Rechtsetzung nicht abgeändert werden können. «Verfassung» als Idealvorstellung des anzustrebenden Guten und Richtigen wird zu einer Projektionsfläche für subjektive Richtigkeitsvorstellungen oder rechtspolitische Forderungen, die aber nicht also solche deklariert, sondern als objektiv geltendes Recht ausgegeben werden.⁸⁹³ Es droht «Verfassungs-Totalitarismus»,⁸⁹⁴ der in Wirklichkeit nicht ein Totalitarismus der Verfassung ist, sondern der Verfassungsinterpreten, welche durch angebliche Deduktionen konkreter Folgerungen aus abstrakten Postulaten autoritäre Behauptungen tarnen.⁸⁹⁵ Sakralisiertes Verfassungsrecht entzieht sich einer offenen Diskussion.⁸⁹⁶ Wo Massstab der Richtigkeitskontrolle nicht die real existierende, auch abänderbare, Verfassung ist, sondern eine behauptete absolute Richtigkeit, erscheinen Andersdenkende als dumm und unaufgeklärt⁸⁹⁷ oder als Verfassungsfeinde.⁸⁹⁸

Wird zum Beispiel behauptet, jede Forschung am Menschen verletze die Menschenwürde, welche ihrerseits unantastbarer oberster Wert sei, dann wird jeder, der nicht für ein absolutes Verbot von Forschung am Menschen ist, zu einem Feind von Verfassung, Rechtsstaat und Menschenrechten.⁸⁹⁹ Wenn derart persönliche ethische Wertungen als Verfassungsinhalt ausgegeben werden, artet Verfassungsrecht zum Religionskrieg aus.

e) Kontrolle der Verfassungsgerichtsbarkeit und Unabhängigkeit der Justiz

Wird dem Verfassungsgericht die Kompetenz übertragen, letztinstanzlich und definitiv über die Verfassungsmässigkeit von Gesetzen zu entscheiden, so wird dadurch die Befugnis zur Konkretisierung der unbestimmten Verfassungsbegriffe letztinstanzlich an die Justiz delegiert. Dabei besteht die Gefahr, dass die Verfassung zu einem Instrument der Richterschaft wird.⁹⁰⁰ Geht man davon aus, dass keine Macht unkontrolliert sein dürfe, stellt sich die Frage, wie die Verfassungsgerichtsbarkeit kontrolliert werden kann.

Wohlwollende Betrachtung hofft auf eine Selbstkontrolle: Die Richter verhelfen nicht nur ihrer persönlichen Meinung zum Durchbruch, sondern sie ge-

892 Vorne C.III.6.f.

893 MÜLLER-WEWEL, S. 157 ff.

894 EICHENBERGER, Verfassung, S. 227.

895 KLEY, Sakralisierung, S. 110.

896 KLEY, Sakralisierung, S. 113.

897 Vgl. z.B. RHINOW, Funktionen, S. 198: Gegenüberstellung der «aufgeklärten Juristenkreise» gegenüber denjenigen, die sich beharrlich gegen die Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegen Bundesgesetze zur Wehr setzen. SPESCHA, S. 191: Gegenüberstellung eines Patriotismus helvetischer Prägung gegenüber einem «aufgeklärten» Engagement für den Staat.

898 EBERL, S. 49.

899 Kritisch zu solchen Tendenzen KLEY, Sakralisierung, S. 107 f.; SCHULZE-FIELITZ, passim.

900 EBERL, S. 155.

hören einer «Gemeinschaft der Verfassungsinterpreten» an und damit einer Gruppe, deren Mitglieder die Überzeugung von der Richtigkeit gewisser Prinzipien teilen und nicht konforme Interpretationen als unakzeptabel zurückweisen.⁹⁰¹

Das ist die Innensicht. Eine kritische Aussensicht sieht das anders: Wenn es dem Juristenstand freigestellt ist zu definieren, was zulässige Argumentationen sind, dann herrscht der Juristenstaat.⁹⁰² Eine selbsternannte, in sich abgeschottete Kaste von Hohepriestern des Konstitutionalismus wacht – vergleichbar dem iranischen Wächterrat⁹⁰³ – anhand selbstgegebener Regeln darüber, dass keine Meinungen vertreten werden, die vom Gruppenkonsens der Hohepriester abweichen.⁹⁰⁴ Verfassungsgerichte erheben einen Unfehlbarkeitsanspruch und reagieren pikiert auf Urteilskritik.⁹⁰⁵

Geht man von einer demokratischen Staatslegitimation aus, dann bedarf auch die Verfassungsgerichtsbarkeit einer demokratischen Legitimation.⁹⁰⁶ Zur Sicherstellung einer politischen Legitimation und Kontrolle besteht denn auch in den meisten Staaten ein mehr oder weniger ausgeprägter politischer Einfluss auf die Wahl der Verfassungsrichter.⁹⁰⁷

Auch in der Schweiz wird die Gefahr einer abgehobenen Richterherrschaft mit dem Argument relativiert, dass die Gerichte, namentlich das Bundesgericht, politisch gewählt seien, dabei der Parteienproporz eingehalten werde und infolge der begrenzten Amtsdauer eine demokratische Verantwortlichkeit und Kontrolle bestehe.⁹⁰⁸ Die Bundesversammlung könne ihre Unzufriedenheit mit der Nichtwiederwahl der Richter ausdrücken.⁹⁰⁹

901 KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 161.

902 CHRYSOGONOS, S. 55.

903 Dazu EBERL, S. 39 ff.

904 CHRYSOGONOS, S. 144 ff.; KLEY, Sakralisierung, S. 105. Nach den Regeln der politischen Ökonomie ist das eine plausible Erklärung dafür, dass die meisten Verfassungsrechtler die Verfassungsgerichtsbarkeit bejahen: diese gibt der «Gemeinschaft der Verfassungsinterpreten» (realiter: den Verfassungsrechtlern) Macht, über die Verfassung zu herrschen.

905 Beispiele aus Deutschland bei ISENSEE, S. 33 f.

906 BÖCKENFÖRDE, S. 15 f.; CHIARIELLO, S. 376; EBERL, S. 101; PIEPER, S. 17 f.

907 STEINEGGER, S. 53; für die westeuropäischen Staaten, s. ADAMOVICH, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 283; BÖCKENFÖRDE, S. 16; WEBER, S. 320. Besonders für Deutschland: PIEPER, S. 27 f.; HENNING FRANK, Die «neutralen» Richter des Bundesverfassungsgerichts, Fs. Zeidler, Berlin 1987, S. 163–173. Bei der Errichtung des deutschen Bundesverfassungsgerichts wurde bewusst darauf geachtet, dass dieses durch politische Gremien gewählt wird, um zu verhindern, dass eine personell eventuell noch nationalsozialistisch besetzte Richterschaft Widerstand gegen den Gesetzgeber ausübt (CHRYSOGONOS, S. 22). Desgleichen entstanden die Verfassungsgerichtsbarkeiten in den osteuropäischen Staaten, um nach dem Ende des kommunistischen Regimes anstelle der nach wie vor kommunistisch indoktrinierten Gerichtsbarkeit eine andere Justiz mit Personen ausserhalb der ordentlichen Justizkarriere zu besetzen (SCHUBARTH, Gerechtigkeit, S. 372 f.). Für Österreich s. ADAMOVICH, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 288 f.

908 KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 83; CHIARIELLO S. 376, 427 f.; PAYCHÈRE, S. 188.

909 BAUMANN, Einfluss, S. 334.

Demgegenüber wird in einer neueren Lehre gerade dieser Einfluss der Politik auf die Wahl der Gerichte und die beschränkte Amtsdauer kritisiert mit dem Argument, damit werde die Unabhängigkeit der Justiz bedroht.⁹¹⁰

Das zeigt das Dilemma einer verfassungsfortbildenden Justiz: Die Unabhängigkeit der Justiz rechtfertigt sich dadurch, dass sie das Recht anwendet, welches seinerseits durch demokratisch legitimierte und politisch verantwortliche rechtsetzende Behörden erlassen worden ist,⁹¹¹ was in besonderem Masse für das Verfassungsrecht gilt. Nach diesem Verständnis müsste die Justiz, soweit sie selber Verfassungsrecht schafft, ihrerseits demokratisch legitimiert und politisch verantwortlich sein.⁹¹² Ist sie stattdessen jedem politischen Einfluss entzogen,⁹¹³ so wird im Ergebnis Verfassungsrecht ohne demokratische Legitimation und politische Verantwortlichkeit erlassen. Man kann nicht eine richterliche Verfassungsfortbildung unter völliger richterlicher Unabhängigkeit und zugleich eine politische Legitimation der Verfassungsgebung haben.

In der Praxis gibt es natürlich wie immer Mittelwege. Aber das Grunddilemma bleibt: Es kann nicht caviert werden, indem man versucht, den politischen Einfluss auf die Verfassungsgerichtsbarkeit zu eliminieren oder politische Kritik an ihren Entscheiden zu unterbinden. Vielmehr ruft die unweigerlich politische Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit nach einem Ausgleich zwischen Verfassung und Politik, um unkontrollierte Macht zu verhindern; denn auch Verfassungsgerichtsbarkeit muss dem Gesetz der Falsifizierbarkeit unterliegen.⁹¹⁴

So gesehen ist die geltende schweizerische Regelung, welche eine Verfassungsgerichtsbarkeit über kantonale, aber nicht über Bundesgesetze vorsieht, ein bedenkenswertes und nach Auffassung des Referenten bewährtes System von checks and balances: Das Gericht kann in völliger Unabhängigkeit seine Vorstellungen von Verfassungskonformität darlegen. Diese Rechtsprechung wird vom Bundesgesetzgeber in parallelen Fragestellungen meistens berücksichtigt.⁹¹⁵ Sie ist aber nicht absolut und letztverbindlich: Es gibt kein Diktat des Verfassungsgerichts, sondern einen Dialog zwischen Gericht und Gesetzgeber. Dass der Gesetzgeber dem Gericht nicht immer blindlings folgt, ist weniger Ausdruck von mangelndem Respekt gegenüber der Verfassung als vielmehr davon, dass in den umstrittenen verfassungsrechtlichen Fragen selten eindeutige Richtigkeiten und absolute Wahrheiten möglich sind.

910 RHINOW/SCHEFER, S. 582.

911 Vorne C.III.3.c.

912 FISCHBACHER, S. 128 f., 133.

913 So CHIARIELLO, S. 383 ff., wonach die Unabhängigkeit der Justiz «umso mehr» für die richterliche Rechtsfortbildung gelten müsse, weil sie sonst nicht als richtig akzeptiert werde.

914 MÜLLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 87.

915 Bericht des Bundesrates vom 5.3.2010 «Stärkung der präventiven Rechtskontrolle», BBl 2010 2187 ff., 2225.

D. Was wäre zu regeln bei einer Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit?

I. Grundfrage: Rolle des Richterrechts

Der Streit um die Verfassungsgerichtsbarkeit ist in erster Linie ein Streit um das Verhältnis zwischen positivem und überpositivem Recht bzw. zwischen politisch gesetztem Recht und Richterrecht.⁹¹⁶ Der Rest ist von sekundärer Bedeutung oder Scheingefecht.

Wer der Meinung ist, die Gerichte seien besser als der politische Gesetzgeber geeignet, das «richtige Recht» zu schaffen, befürwortet eine Verfassungsgerichtsbarkeit mit möglichst umfassender richterlicher Verfassungsfortbildung und Rechtsschöpfung (zumindest solange diese richterliche Rechtsfortbildung in die von ihm gewünschte Richtung geht).

Wer das Recht eher als Produkt ergebnisoffener politischer Prozesse versteht, kann eine strikte Verfassungsgerichtsbarkeit befürworten, aber nicht eine richterliche Verfassungsfortbildung.

Wer der zweiten Meinung ist, sieht sich mit folgendem Problem konfrontiert: Hat man einmal eine Verfassungsgerichtsbarkeit eingeführt, so wird nicht mehr der Verfassungsgeber oder der Gesetzgeber ihre Rolle definieren, sondern das Verfassungsgericht selber. Auch wer bloss eine strikte Verfassungsgerichtsbarkeit einführen will, riskiert damit, dass die Gerichte entgegen seiner Absicht doch eine weitgehende richterliche Rechtsschöpfung betreiben. Ob das so sein wird, kann nicht vorausgesagt werden, da es vom Selbstverständnis und der Einstellung der künftigen Gerichtsmitglieder abhängt.⁹¹⁷

Die Befürchtung, eine Verfassungsgerichtsbarkeit könnte zunehmend verfassungsfortbildend wirken und damit ohne formelle Verfassungsänderungen den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers einschränken, ist der wahre Grund dafür, dass es bisher in der Schweiz keine richterliche Normenkontrolle über Bundesgesetze gibt.⁹¹⁸ Und diese Befürchtung ist, wenn man die Praxis bestimmter ausländischer Verfassungsgerichte betrachtet, durchaus begründet.

Um diese Gefahr zu bannen, kann auch wer gegen eine strikte Verfassungskontrolle nichts einzuwenden hätten, legitimerweise eine Ausweitung der Normenkontrolle auf Bundesgesetze überhaupt ablehnen, zumal niemand ernsthaft behaupten kann, das Fehlen dieser Normenkontrolle habe bisher der Schweiz rechtsstaatlich unhaltbare Zustände beschert.⁹¹⁹ Denkbar wäre allerdings auch, eine Normenkontrolle einzuführen, aber dabei gewisse institutionelle Vorkehrungen zu treffen, um eine unerwünschte allzu freie richterliche Verfassungsfortbildung zu vermeiden.

916 Vorne C.III.6.f, C.IV.1.

917 Vorne C.IV.3.a.

918 Vorne C.II.2.a und C.II.3.d.

919 Vorne B.VI.

Soll die Verfassungsgerichtsbarkeit ausgeweitet werden, muss deshalb primär die Rolle des Richterrechts diskutiert werden: Geht es um den Schutz des von einer Mehrheit von Volk und Ständen in Verfassungsabstimmungen Angenommenen gegenüber einer Mehrheit der Bundesversammlung? Oder geht es um eine richterliche Verfassungsfortbildung zur Durchsetzung vor- oder überpositiver Richtigkeitsvorstellungen, gegebenenfalls auch und gerade gegen politische Mehrheiten?

Wissenschaftlich und politisch unehrlich ist es jedenfalls, zunächst eine Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit zu postulieren mit dem Argument, es gehe nur darum, den Vorrang der von Volk und Ständen angenommenen Verfassung gegenüber dem Gesetz institutionell durchzusetzen; aber dann, wenn die Verfassungsgerichtsbarkeit eingeführt ist, zu argumentieren, damit sei die Justiz zu einer richterlichen Verfassungsfortbildung legitimiert, weil Verfassungsgerichtsbarkeit *unweigerlich* Verfassungsfortbildung sei. Denn je nachdem, wie die Verfassungsgerichtsbarkeit ausgestaltet wird, kann sie durchaus die richterliche Verfassungsfortbildung mehr oder weniger erlauben oder fördern.

II. Umfang und Ausmass der Überprüfung

1. Überprüfbare Hoheitsakte

Soll die Verfassungsgerichtsbarkeit ausgeweitet werden, wäre zu regeln, welche Hoheitsakte ihr unterstehen sollen. Um alle bestehenden Lücken in der gerichtlichen Überprüfbarkeit zu schliessen, müsste man aufheben oder ändern:

- die Zuständigkeit der Bundesversammlung, Kompetenzkonflikte zwischen Bundesbehörden zu entscheiden (Art. 173 Abs. 1 lit. i BV);
- den Ausschluss der Anfechtbarkeit von Akten der Bundesversammlung und Bundesrat (Art. 189 Abs. 4);
- die Massgeblichkeit von Bundesgesetzen und Völkerrecht (Art. 190 BV).

Es ist logisch nicht zwingend, alle diese Bestimmungen aufzuheben. Die heutige Diskussion fokussiert sich hauptsächlich auf die Normenkontrolle über Bundesgesetze.⁹²⁰ Die p.I. Studer will die Normenkontrolle auf Bundesgesetze erweitern, geht aber in Bezug auf die Überprüfbarkeit der Akte von Bundesversammlung und Bundesrat hinter das geltende Recht zurück, indem sie den zweiten Satz von Art. 189 Abs. 4 BV («Ausnahmen [von der Nichtanfechtbarkeit] bestimmt das Gesetz») aufhebt. Auch die p.I. Müller-Hemmi betrifft nur Art. 190 BV, nicht aber Art. 189 Abs. 4 BV.

Das Verhältnis zwischen Bundesversammlung und Bundesrat ist zwar ein Klassiker der schweizerischen Gewaltenteilungsdiskussion (Tragweite von Mo-

920 Vorne A.III.1 und 3.

tionen; Aufsichtsrechte der Bundesversammlung usw.); trotzdem wurde soweit ersichtlich bisher nie ernsthaft postuliert, es der gerichtlichen Kontrolle zu unterstellen.⁹²¹ Dies drängt sich wohl auch nicht dringend auf: Die aktuelle Regelung entspricht der schweizerischen Ausgestaltung der Gewaltenteilung, welche Bundesversammlung und Bundesrat nicht als gleichgeordnete Gewalten konzipiert, sondern der Bundesversammlung entsprechend ihrer höheren demokratischen Legitimation einen Vorrang einräumt.⁹²²

Problematischer erscheint aus demokratiethoretischer Sicht Art. 189 Abs. 4 BV, der erstaunlicherweise in der aktuellen Diskussion um die Verfassungsgerichtsbarkeit wenig thematisiert wird. Aus demokratiethoretischer Optik ist es unlogisch, die demokratisch besser legitimierten Bundesgesetze einer richterlichen Kontrolle zu unterstellen, nicht aber die demokratisch weniger gut legitimierten Akte von Bundesversammlung und Bundesrat.⁹²³ Insbesondere im Bereich des Stimm- und Wahlrechts drängt es sich auf, die Akte von Bundesversammlung und Bundesrat der gerichtlichen Kontrolle zu unterstellen, weil in diesen Bereichen Bundesversammlung und Bundesrat potenziell eine Parteilstellung gegenüber dem Volk haben.⁹²⁴

Die geltende verfassungsrechtliche Lage, welche grundsätzlich die Anfechtbarkeit ausschliesst, aber gesetzliche Ausnahmen zulässt, würde bereits erlauben, auf einfachgesetzlicher Ebene eine gerichtliche Kontrolle z.B. in Wahl- und Abstimmungssachen einzuführen. Der politischen Bedeutung wäre es allerdings angemessener, diese Frage ausdrücklich auf Verfassungsebene zu regeln.

In Bezug auf andere Akte von Bundesversammlung und Bundesrat dürfte unbestritten sein, dass es «actes de gouvernement» gibt, die nicht sinnvoll einer gerichtlichen Überprüfung unterstehen können.⁹²⁵ Sowohl die geltende Lösung, welche gesetzliche Ausnahmen von der Nichtanfechtbarkeit vorsieht, als auch eine umgekehrte Regelung, welche grundsätzlich eine Anfechtbarkeit vorsieht, aber Ausnahmen zulässt, sind denkbar.

2. *Überprüfungsmassstab*

Zu regeln wäre, ob alle Verfassungsverletzungen gerügt werden könnten oder nur bestimmte. Nach dem bundesrätlichen Vorschlag für die Justizreform wäre die Verfassungsgerichtsbarkeit auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte und die verfassungsmässig gewährleisteten Zuständigkeiten der Kantone beschränkt gewesen. Die gleiche Einschränkung ist in der parlamentarischen Initiative Studer vorgesehen. Die p.I. Müller-Hemmi will demgegenüber alle verfassungswidrigen Gesetze der gerichtlichen Kontrolle unterstellen.

921 Explizit dagegen HALLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 189.

922 Vorne C.III.3.b; C.IV.2.

923 Vorne C.III.3.b.

924 Vorne C.III.4.c; C.IV.2.

925 Vorne C.III.7.b.

Bei einer Beschränkung auf verfassungsmässige Rechte müsste geklärt werden, welche Verfassungsbestimmungen als solche Rechte zu betrachten sind. Dies wäre nicht allzu schwierig. Es könnte an die langjährige Praxis angeknüpft werden, die dazu unter der Herrschaft der staatsrechtlichen Beschwerde entwickelt wurde und die heute immer noch im Rahmen der Überprüfung vorsorglicher Massnahmen sowie der subsidiären Verfassungsbeschwerde massgebend ist.⁹²⁶ Als verfassungsmässige Rechte gelten:⁹²⁷ die Grundrechte gemäss Art. 7–33 BV mit Ausnahme der rein programmatischen Bestimmungen,⁹²⁸ die politischen Rechte und Bürgerrechte gemäss Art. 34 und 37–40 BV, die derogatorische Kraft des Bundesrechts,⁹²⁹ die Gemeindeautonomie,⁹³⁰ die Gebührenfreiheit der Benützung öffentlicher Strassen,⁹³¹ die Grundsätze der Besteuerung und das Verbot der interkantonalen Doppelbesteuerung⁹³² sowie das Verbot gewisser kantonalen Steuern.⁹³³ Gemäss der Rechtsprechung zum kantonalen Staatsrecht ist auch die Gewaltenteilung ein verfassungsmässiges Recht; sie schützt die Einhaltung der verfassungsmässigen Zuständigkeitsordnung⁹³⁴ und würde in diesem Sinne wohl auch im Rahmen der Bundeserfassung als verfassungsmässiges Recht anerkannt, auch wenn sie in der BV nirgends ausdrücklich verankert ist. Es wäre auch denkbar, weitere Verfassungsbestimmungen als verfassungsmässige Rechte anzuerkennen, die zwar als objektivrechtliche Normen verfasst sind, aber unmittelbar bestimmte individuelle Rechtspositionen schützen.⁹³⁵

Schwieriger ist es zu begründen, weshalb die Verfassungsgerichtsbarkeit auf die verfassungsmässigen Rechte begrenzt werden soll. Der Grund dürfte einerseits in einem Traditionsanschluss liegen, indem auch die frühere staatsrechtliche Beschwerde im Wesentlichen auf den Schutz verfassungsmässiger Rechte beschränkt war. Das ist allerdings im Ergebnis nicht ganz richtig: Versties ein kantonaler Hoheitsakt (nur gegen solche war ja die staatsrechtliche Beschwerde zulässig) gegen eine Bestimmung der Bundesverfassung, die als solche kein verfassungsmässiges Recht ist, so lag doch jedenfalls eine Verletzung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts vor, welche ihrerseits als verfassungsmässiges Recht anerkannt war. Im Ergebnis war damit trotz der formellen Einschränk-

926 Art. 98 und 116 BGG.

927 SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, N 16–18 zu Art. 98.

928 Art. 8 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 4; BGE 134 I 105 E. 5.

929 Art. 49 BV; BGE 134 I 269 E. 6.2, 134 I 125 E. 2.1.

930 Art. 50 BV.

931 Art. 82 Abs. 3 BV; BIAGGINI, BV-Kommentar, N 8 zu Art. 82.

932 Art. 127 BV; BIAGGINI, BV-Kommentar, N 3, 7 und 15 zu Art. 127.

933 Art. 134 BV; vgl. BGE 125 I 449 E. 2b zu Art. 41^{ter} Abs. 2 aBV; SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, N 17 zu Art. 98.

934 BGE 130 I 1 E. 3.1 S. 5.

935 So z.B. die Freiwilligkeit der Arbeitslosenversicherung für Selbständige (Art. 114 Abs. 2 lit. c BV), die Unentgeltlichkeit menschlicher Organspenden (Art. 119a Abs. 3 BV) oder die verfassungsmässige Maximalhöhe der Steuern (Art. 128 oder 130 BV).

kung auf verfassungsmässige Rechte die ganze Bundesverfassung gegen Verletzungen durch kantonale Hoheitsakte geschützt.

Wird die Verfassungsgerichtsbarkeit mit der Durchsetzung der Normenhierarchie und der Suprematie der Verfassung begründet, ist eine Beschränkung auf den Schutz verfassungsmässiger Rechte inkonsequent. Es leuchtet nicht ein, weshalb die Suprematie der Verfassung nur für einen Teil der Verfassungsbestimmungen gelten soll.

Zwar enthält die Verfassung teilweise Zielnormen, die kaum justiziabel sind.⁹³⁶ Hingegen sind z.B. organisationsrechtliche Bestimmungen und viele andere meistens genügend präzise gefasst, um justiziabel zu sein,⁹³⁷ jedenfalls bei weitem justiziabler als die Grundrechte. Wenn man eine Verfassungsgerichtsbarkeit überhaupt als wünschbar erachtet, scheint es seltsam, sie hier auszuschliessen.

Die Beschränkung wird damit begründet, die primäre Aufgabe des Verfassungsrichters bestehe im Individual- oder Grundrechtsschutz.⁹³⁸ Das ist allerdings keine Begründung, sondern eine *petitio principii*. Es dürfte ihr wohl unausgesprochen eine ganz bestimmte Konzeption von Rechtsstaat zugrunde liegen, indem dieser mit dem Schutz individueller Freiheiten und Rechte gleichgesetzt wird.⁹³⁹

Das ist eine unvollständige Optik: Die Verfassung ist mehr als eine Grundrechtsordnung.⁹⁴⁰ Sie enthält nebst Grundrechten viele andere Bestimmungen, darunter eine grosse Zahl von Aufgabennormen, deren Erfüllung zwangsläufig die Einschränkung von Grundrechten voraussetzt. Eine komplette Sicht der Verfassung bedingt einen Blick nicht nur auf die Grundrechte, sondern auch auf die in den anderen Bestimmungen festgelegten öffentlichen Interessen.⁹⁴¹ Wenn die Verfassung eine Wehrpflichtarmee, eine Raumplanung oder eine obligatorische berufliche Vorsorge vorsieht, dann lassen sich diese Aufgaben nicht verwirklichen ohne Einschränkungen der persönlichen Freiheit, der Eigentumsgarantie oder der Wirtschaftsfreiheit. Wer einzig aus einer Grundrechtsoptik heraus argumentiert und Verfassungsgerichtsbarkeit gleichsetzt mit Grundrechtsschutz, erblickt in der Wehrpflicht, der raumplanerischen Einschränkung der Baufreiheit oder dem Vertragszwang der beruflichen Vorsorge nur eine verfassungsrechtlich problematische Erscheinung, die soweit möglich reduziert werden soll. Genauso gut könnte man umgekehrt von den verfas-

936 Vorne C.II.2.b.

937 Vorne C.III.7.b.

938 Botschaft neue Bundesverfassung, S. 533; KOLLER, Ausbau, S. 230. Ähnlich KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 145 ff.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, S. 644 f.; ZIMMERLI, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 451.

939 So die ideelle Grundlage der Verfassungsgerichtsbarkeit in den USA, vgl. vorne C.III.6.c.

940 EICHENBERGER, Verfassung, S. 167.

941 MOOR, Développements, S. 141 f.; MOOR, Réflexions, S. 220 f.

sungsrechtlich festgeschriebenen Aufgaben ausgehen und in den Grundrechten ein Hindernis für deren Wahrnehmung erblicken.

Geht man davon aus, dass alle Verfassungsnormen den gleichen Rang haben, dann sind beide Positionen gleichermassen einseitig. Die Verfassung hat integrativ Geltung, sowohl die Grundrechte als auch die Bestimmungen, welche das öffentliche Interesse festlegen.⁹⁴² Eine Verfassungsgerichtsbarkeit muss konsequenterweise die ganze Verfassung schützen.⁹⁴³ Beschränkt man sie stattdessen auf den Schutz der Grundrechte, dann wird sie automatisch hinkend: Die Gerichte können überprüfen, ob die im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben die Grundrechte nicht übermässig einschränken, aber nicht, ob die Grundrechte die im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben nicht übermässig einschränken. Praktisch führt dies zu einem Vorrang der Grundrechtsbestimmungen gegenüber anderen, potentiell gegenläufigen, Verfassungsbestimmungen.

Das könnte erhebliche Konsequenzen haben. Das Verfassungsgericht könnte so nämlich unter Berufung auf Grundrechte andere Verfassungsbestimmungen als grundrechtswidrig bezeichnen. So hat z.B. die verfassungsrechtliche Kammer des Obersten Gerichts von Nicaragua die Verfassungsbestimmung, wonach amtierende Staatspräsidenten nicht unmittelbar für die Wiederwahl kandidieren können, als Verletzung der Rechtsgleichheit qualifiziert.⁹⁴⁴ Analog liesse sich z.B. Art. 149 Abs. 3 BV, wonach jeder Kanton einen Wahlkreis für die Nationalratswahlen bildet, als verfassungswidrig erklären, weil dadurch die Erfolgswertgleichheit der Stimmen verletzt wird.⁹⁴⁵ Die Moorschutzbestimmung in Art. 78 Abs. 5 BV liesse sich als unverhältnismässige Einschränkung der Eigentumsfreiheit betrachten. Art. 59 Abs. 1 und 2 BV, wonach nur Männer, aber nicht Frauen militärpflichtig sind, könnte als verfassungswidrig erklärt werden, weil dadurch Art. 8 Abs. 3 BV verletzt wird.

3. *Verhältnis zum Völkerrecht*

In der aktuellen Diskussion wird oft die Verfassungsgerichtsbarkeit mit dem Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht in Verbindung gebracht, was auch dadurch genährt wird, dass Art. 190 BV Bundesgesetz und Völkerrecht als anwendbar bezeichnet. Damit sind aber zwei verschiedene Fragen angeschnitten. Um den Vorrang des Völkerrechts gegenüber dem Landesrecht durchzusetzen, bedarf es keiner Verfassungsgerichtsbarkeit.⁹⁴⁶ Im Gegenteil: Geht man

942 KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 39; MOOR, Développements, S. 142 ff.; MOOR, Réflexions, S. 221 ff.

943 AUBERT, contrôle judiciaire, S. 25 f.; KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, S. 39 ff.

944 Urteil vom 19. Oktober 2009, zit. nach NZZ, 21.10.2009, S. 3.

945 Vgl. vorne B.III.2.c; in diese Richtung RÜTSCHÉ, Grenzen, S. 163.

946 Vorne C.III.2.a.

von einem absoluten Anwendungsvorrang des Völkerrechts gegenüber dem Landesrecht aus, wird damit auch eine Verfassungsgerichtsbarkeit ausgehebelt: Das Verfassungsgericht kann nicht die Bundesverfassung gegenüber einer Völkerrechtsnorm schützen.⁹⁴⁷

Ein Thema der Verfassungsgerichtsbarkeit ist hingegen umgekehrt, ob völkerrechtliche Verträge der Verfassungsgerichtsbarkeit unterstellt werden sollen. Dies müsste logischerweise bejaht werden, wenn man von der Wünschbarkeit einer Verfassungsgerichtsbarkeit ausgeht.⁹⁴⁸ Der Vorrang des Völkerrechts steht einer solchen Verfassungsgerichtsbarkeit von vornherein nicht entgegen, solange diese die abzuschliessenden Verträge präventiv auf ihre Verfassungskonformität prüft.⁹⁴⁹ Erweist sich ein bereits in Kraft stehender Vertrag nachträglich als verfassungswidrig (sei es weil vorher die Verfassungswidrigkeit nicht erkannt wurde oder weil er infolge einer späteren Verfassungsänderung nachträglich verfassungswidrig geworden ist), besteht die verfassungsrechtlich und völkerrechtlich korrekte Lösung darin, dass (sofern die Verfassung nicht geändert wird) der verfassungswidrige Vertrag auf den frühestmöglichen Termin gekündigt, bis zum Inkrafttreten der Kündigung aber eingehalten wird.

Demgegenüber kann eine Verfassungsgerichtsbarkeit kein Instrument sein, um – wie das bisweilen postuliert wird – Verfassungsänderungen bzw. Volksinitiativen als ungültig zu erklären, die dem Völkerrecht (abgesehen vom völkerrechtlichen *ius cogens*) widersprechen. Um dies zu erreichen, müsste nicht eine Verfassungsgerichtsbarkeit eingeführt, sondern Art. 139 Abs. 3 und Art. 194 Abs. 2 BV abgeändert werden. Solange dies nicht der Fall ist, müsste eine allenfalls neu eingeführte Verfassungsgerichtsbarkeit im Gegenteil allfällige Beschlüsse der Bundesversammlung aufzuheben, mit denen solche Volksinitiativen für ungültig erklärt werden.⁹⁵⁰

III. Überprüfungsstadium

1. *Akte von Bundesversammlung und Bundesrat*

Bei einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung der Akte von Bundesversammlung und Bundesrat ergeben sich keine besonderen Probleme: Es kommt praktisch nur eine nachträgliche Anfechtung in Frage, wofür eine ordentliche Beschwerdefrist festgesetzt werden müsste.

947 Vgl. vorne C.III.2.b.

948 Vorne C.III.2.a.

949 Vorne C.III.2.a.

950 Vorne C.III.6.f.

2. Normenkontrolle

a) Bundesgesetze

Die bisherigen Vorschläge für eine Normenkontrolle über Bundesgesetze sehen durchwegs nur eine inzidente Überprüfbarkeit vor.

Unbestritten dürfte sein, dass eine abstrakte Normenkontrolle eine inzidente nicht ersetzen kann, da sich die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oft erst im Anwendungsfall zeigt. Nicht ohne weiteres einleuchtend ist hingegen, weshalb nicht nebst der inzidenten auch eine abstrakte Normenkontrolle möglich sein soll. Wenn die Verfassungsmässigkeit von Anfang an bestritten wird, macht es im Lichte der Rechtssicherheit wenig Sinn, ein Gesetz in Kraft zu setzen und es vorderhand anzuwenden, bis dann das Gericht die Verfassungswidrigkeit feststellt. Eine abstrakte Normenkontrolle wäre auch systemkonform im Vergleich zum kantonalen Staatsrecht, wo ebenfalls sowohl eine abstrakte⁹⁵¹ als auch eine inzidente Normenkontrolle möglich sind. Dabei könnte eine abstrakte Prüfung auch präventiv erfolgen, d.h. vor Verabschiedung oder jedenfalls vor Inkraftsetzung des Gesetzes.⁹⁵²

Die Beschränkung auf eine bloss inzidente Normenkontrolle wird damit begründet, diese sei gegenüber einer abstrakten Normenkontrolle eine «Mittellösung»,⁹⁵³ eine «reduzierte Form» der Verfassungsgerichtsbarkeit,⁹⁵⁴ welche besser als die abstrakte die Zuständigkeit des Gesetzgebers wahre, die Konflikte zwischen Gesetzgeber und Richter entschärfe und weniger zu einer Politisierung der Verfassungsgerichtsbarkeit führe.⁹⁵⁵ Das dürfte eher akzeptanzpolitisch motiviert sein, um Skeptiker der Verfassungsgerichtsbarkeit zu besänftigen.⁹⁵⁶ Praktisch sind die Wirkungen und Rechtsfolgen der abstrakten und der inzidenten Normenkontrolle aber weitgehend die gleichen:⁹⁵⁷ Wenn ein Gericht inzident erkennt, eine Gesetzesbestimmung sei verfassungswidrig, wird keine Behörde ihre Rechtsanwendungsakte mehr auf diese Norm stützen können. Das inzidente Verdikt der Verfassungswidrigkeit wirkt wie die formelle Aufhebung. Auch die von einer Verfassungsgerichtsbarkeit ausgehenden (je nach Betrachtungsweise) Chancen oder Gefahren sind bei abstrakter und inzidenter Normenkontrolle die gleichen. So hat gerade der US-Supreme Court in beson-

951 Art. 82 lit. b BGG.

952 So bereits die Vorschläge von FLEINER, Prüfung, S. 30a ff.; NEF, S. 242a ff.; AUBERT, contrôle judiciaire, S. 24. S. neuerdings den Bericht des Bundesrates vom 5.3.2010 «Stärkung der präventiven Rechtskontrolle», BBl 2010 2187 ff., 2248 ff.

953 HALLER, Ausbau, S. 503 (in Bezug auf den E-Expertenkommission für revidierte BV).

954 Bericht der Expertenkommission, S. 177.

955 So etwa HALLER, Ausbau, S. 522; HALLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 183 f.; KÄLIN, Zugang, S. 305; KOLLER, Ausbau, S. 231; NEF, S. 248a.

956 So KOLLER, Ausbau, S. 229 f.: Eine abstrakte Normenkontrolle hätte politisch keine Chance.

957 Ebenso AUBERT, contrôle judiciaire, S. 23; BIAGGINI, Normenkontrolle, S. 176; EBERL, S. 12; TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 185.

ders starkem Masse Verfassungspolitik betrieben, obwohl ihm nur eine konkrete Verfassungskontrolle zusteht.⁹⁵⁸

Pragmatische Gründe könnten jedoch gegen eine abstrakte Normenkontrolle sprechen, namentlich das Anliegen der Belastung des Bundesgerichts: In politisch umstrittenen Angelegenheiten dürfte die politisch unterlegene Seite regelmässig versuchen, das ungeliebte Ergebnis auf dem Wege der Verfassungsgerichtsbarkeit aufzuheben, was zu einer erheblichen Belastung des Gerichts führen könnte.

Würde eine abstrakte Normenkontrolle über Bundesgesetze eingeführt, würde es sich aus Konsequenzgründen zudem aufdrängen, im Unterschied zur heutigen Regelung auch Bundesverordnungen einer abstrakten Kontrolle zu unterwerfen, was zu zusätzlichen Belastungen führen würde. Auch das kann dafür sprechen, auf eine abstrakte Normenkontrolle generell zu verzichten.

Prüfenswert wäre, in Bezug auf Kompetenzstreitigkeiten zwischen Bund und Kantonen eine abstrakte Normenkontrolle vorzusehen, auch wenn im Übrigen nur eine inzidente Normenkontrolle eingeführt wird. Erstens ist die Kompetenzgemässheit eines Bundesgesetzes in aller Regel abstrakt ohne weiteres überprüfbar, während Grundrechtsfragen oft erst im konkreten Einzelfall auftauchen.⁹⁵⁹ Und zweitens ist es misslich, wenn ein Gesetz mit möglicherweise grossem Vollzugsaufwand umgesetzt und vielfach angewendet, aber in der Folge schon aus kompetenziellen Gründen als verfassungswidrig erklärt wird.⁹⁶⁰ Wird für übrige Verfassungsverletzungen nur eine inzidente Normenkontrolle eingeführt, so würde sich für Kompetenzfragen das Verfahren der Kompetenzkonfliktklage aufdrängen,⁹⁶¹ wobei dann nur die Kantone klagelegitimiert sind.

b) Völkerrechtliche Verträge

Vor allem bei völkerrechtlichen Verträgen drängt sich eine abstrakte, präventive Verfassungsgerichtsbarkeit auf, da eine nachträgliche Verneinung der Verfassungsmässigkeit regelmässig zu völkerrechtlich und politisch problematischen Verhältnissen führt.⁹⁶² Eine inzidente Verfassungsprüfung ist nicht ausgeschlossen, doch kann sie nur zur Folge haben, dass die verfassungswidrigen Verträge gekündigt werden müssen. Bis zum Inkrafttreten der Kündigung bleiben sie in Kraft.

958 KÄLIN, Zugang, S. 301 f.

959 Ebenso HANGARTNER, Ausbau, S. 1017.

960 AUBERT, contrôle judiciaire, S. 23 f.

961 Art. 120 Abs. 1 lit. a BGG; RHINOW, Überprüfung, S. 42; vgl. auch AEMISEGGER, Beschwerdegang, S. 154 in Bezug auf Kompetenzkonflikte im aktuellen Recht.

962 Vorne C.III.2.a.

IV. Zuständigkeit

1. zentral/dezentral

Die Verfassungsgerichtsbarkeit kann zentral (konzentriert) sein, indem nur ein ganz bestimmtes Gericht zuständig ist, die Verfassungsmässigkeit zu überprüfen. Sie kann dezentral (diffus) sein, indem jedes Gericht im Rahmen seiner Zuständigkeiten die Verfassungsmässigkeit überprüfen kann.

a) Akte von Bundesversammlung und Bundesrat

Wenn in Bezug auf die Akte von Bundesversammlung und Bundesrat eine Verfassungsgerichtsbarkeit eingeführt werden soll, ist es systemkonform, dass nur ein eidgenössisches Gericht diese Prüfung vornimmt.⁹⁶³ Zu regeln wäre, ob ein doppelter Instanzenzug möglich ist mit Anfechtung zunächst beim Bundesverwaltungsgericht und anschliessend beim Bundesgericht, oder ob direkt eine Anfechtung beim Bundesgericht möglich wäre. Die Hierarchieparallele spricht für die direkte Anfechtung beim Bundesgericht, geht es doch um Akte der obersten Legislativ- und Exekutivorgane, ebenso das Anliegen einer beförderlichen Streiterledigung.⁹⁶⁴

b) Normenkontrolle

In Bezug auf die Normenkontrolle über Bundesgesetze oder völkerrechtliche Verträge scheint ebenfalls eine zentrale Prüfung durch das Bundesgericht adäquat zu sein, wenn eine *abstrakte Normenkontrolle* eingeführt werden soll. Abstrakte Normenkontrolle ist meistens mit einer zentralen Verfassungsgerichtsbarkeit verbunden.⁹⁶⁵ Dafür spricht auch die Parallele zur abstrakten Normenkontrolle über kantonale Erlasse.⁹⁶⁶

Für die *inzidente Normenkontrolle* ist die Sache etwas komplizierter:

Nach den Vorschlägen im Rahmen der Justizreform wie auch nach der p.I. Studer soll nur das Bundesgericht die inzidente Normenkontrolle über Bundesgesetze ausüben.⁹⁶⁷ In der p.I. Müller-Hemmi ist demgegenüber ein inzidentes Prüfungsrecht für alle rechtsanwendenden Behörden vorgesehen.

Einerseits ist es ein allgemeingültiger und auch positivrechtlich festgeschriebener⁹⁶⁸ prozessualer Grundsatz, dass die Kognition in oberer Instanz nur enger, aber nicht weiter sein kann als in unterer. Das spricht dafür, entsprechend

963 Entscheide eidgenössischer Behörden sind grundsätzlich beim Bundesverwaltungsgericht und in der Folge beim Bundesgericht anfechtbar. Die Anfechtung der Entscheide eidgenössischer Behörden bei einem kantonalen Gericht kommt nur ausnahmsweise vor.

964 HÄBERLI, Basler Kommentar zum BGG, N 42 f. zu Art. 83.

965 AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 23 f.; BIAGGINI, Normenkontrolle, S. 173.

966 Art. 82 lit. b BGG.

967 Ebenso in der Lehre z.B. HANGARTNER, Ausbau, S. 1017; FLEINER, Prüfung, S. 28a f., 31a; NEF, S. 260a f.

968 Art. 110 und Art. 111 Abs. 3 BGG.

der schweizerischen Tradition die inzidente Normenkontrolle dezentral durchzuführen, so dass jedes Gericht im Rahmen seiner Zuständigkeit die von ihm anzuwendenden Bundesgesetze auf ihre Verfassungskonformität überprüfen könnte.⁹⁶⁹

Andererseits scheint es der politischen Bedeutung wenig angemessen, wenn ein unterinstanzliches Gericht prüfen kann, ob ein Bundesgesetz verfassungsmässig ist. Das droht auch die Rechtssicherheit, die Rechtsgleichheit und die bundesweite Rechtseinheit zu beeinträchtigen, indem die Gerichte in einem Kanton das Bundesgesetz anwenden, in einem anderen aber nicht.⁹⁷⁰ Zwar hat die unbestritten zulässige dezentrale inzidente Normenkontrolle in Bezug auf Verordnungen des Bundesrates bisher nicht zu nennenswerten Problemen geführt. Bei einer Normenkontrolle über Bundesgesetze wäre dies vermutlich anders, weil erstens die politische Bedeutung der Gesetzgebung grösser ist als diejenige der Verordnungsgebung und zweitens der Prüfungsmassstab der Verfassungsmässigkeit bedeutend unbestimmter als derjenige der Gesetzmässigkeit. Dies spricht eher für eine zentrale Normenkontrolle beim Bundesgericht.

Um zu verhindern, dass die unteren Gerichte gezwungen sind, verfassungswidrige Entscheide zu fällen, von denen sie wissen, dass das Bundesgericht sie aufheben wird, müsste bei einer zentralen Normenkontrolle eine Art Vorlageverfahren eingeführt werden: Unterinstanzliche Gerichte, die Zweifel an der Verfassungskonformität eines von ihnen anzuwendenden Gesetzes haben, müssten diese Frage dem Bundesgericht unterbreiten können.⁹⁷¹ Die Nachteile eines solchen Verfahrens liegen auf der Hand: Das Verfahren wird verzögert und die Belastung des Bundesgerichts steigt an. Zudem müsste geregelt werden, ob alle unterinstanzlichen Gerichte eine solche Vorlage ans Bundesgericht adressieren könnten oder nur die direkten Vorinstanzen des Bundesgerichts. Weiter wäre zu regeln, ob die Parteien das Recht haben, eine solche Vorlage zu verlangen auch wenn das Gericht die Zweifel nicht teilt, oder umgekehrt auf eine Vorlage zu verzichten, auch wenn das Gericht Zweifel hat.

2. *Institutionelles*

a) *Besonderes Verfassungsgericht?*

Die bisherigen Vorschläge zur Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit gehen meistens davon aus, dass diese vom Bundesgericht wahrzunehmen

969 Ebenso in der Lehre z.B. AUER, *Réforme*, S. 49 ff.; HALLER, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 187; PAYCHÈRE, S. 194.

970 AUBERT, *contrôle judiciaire*, S. 22. Das ist auch der Grund für das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts in Deutschland, GRIMM, S. 171 f.

971 So bereits FLEINER, *Prüfung*, S. 30a f.; NEF, S. 261 a; AUBERT, *contrôle judiciaire*, S. 22; Zwischenbericht Bundesrechtspflege, S. 50.

sei.⁹⁷² Das unterscheidet die schweizerische Diskussion von der verfassungsrechtlichen Lage in den meisten europäischen Ländern, die ein besonderes Verfassungsgericht kennen. Nach der verfassungsrechtlichen Lage ist das Bundesgericht die oberste rechtsprechende Behörde des Bundes.⁹⁷³ Die Errichtung eines besonderen Verfassungsgerichts würde eine entsprechende Verfassungsänderung bedingen. Sie hätte den grossen Nachteil, dass zusätzlich zum ordentlichen Instanzenzug eine besondere Verfassungsbeschwerde erhoben werden müsste, was die Verfahren zusätzlich verzögert. Zudem wirft dies schwierige Abgrenzungsprobleme zwischen verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Fragen auf.⁹⁷⁴

b) Auswirkungen auf das Bundesgericht

Auch wenn die Verfassungsgerichtsbarkeit dem Bundesgericht übertragen wird, sind vermutlich gewisse institutionelle Änderungen erforderlich. Die Belastung des Bundesgerichts könnte nämlich durch die Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit beträchtlich zunehmen, gerade deshalb, weil nicht eine besondere Verfassungsbeschwerde ergriffen werden muss (was eine natürliche Schranke darstellt), sondern im Rahmen der ordentlichen Rechtsmittel die Verfassungswidrigkeit der anzuwendenden Bundesgesetze zur Diskussion gestellt werden könnte.⁹⁷⁵ Der Vergleich mit der bestehenden Verfassungsgerichtsbarkeit über das kantonale Recht und über Bundesverordnungen ist nicht aussagekräftig, da das kantonale Recht insgesamt doch vergleichsweise von untergeordneter Bedeutung ist und es sowie die Bundesverordnungen weitgehend dadurch vorgespart sind, dass sie dem (seinerseits massgebenden) Bundesgesetzesrecht entsprechen müssen. Das wäre bei einer Verfassungsgerichtsbarkeit über Bundesgesetze erheblich anders. Noch stärker wäre die Zusatzbelastung des Bundesgerichts bei Einführung eines Vorlageverfahrens.

Sehr wahrscheinlich wäre das Bundesgericht auf institutionelle Vorkehrungen angewiesen, um diese vermutlich erhebliche Zusatzbelastung bewältigen zu können. Eine Vergrösserung des Bundesgerichts ist aus Gründen der Einheitlichkeit der Rechtsprechung nicht erwünscht. Die wiederholt diskutierte und

972 Anders HALLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 190, der für den Fall einer umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit die Schaffung eines besonderen Verfassungsgerichts vorschlägt. Der Bundesrat erwägt in seinem Bericht vom 5.10.2010 «Stärkung der präventiven Rechtskontrolle» (BBJ 2010 2187 ff., 2251) für eine allfällige präventive Verfassungskontrolle ein unabhängiges Verfassungsorgan nach Vorbild des französischen Conseil Constitutionnel, erachtet dies allerdings als wenig realistisch, u.a. weil die Frage der Beurteilung von Verfassungs- und Völkerrechtsfragen auf das neue Organ und das Bundesgericht aufgespaltet würden.

973 Art. 188 Abs. 1 BV.

974 GRIMM, S. 168 ff.

975 Die Befürchtung, dass die Belastung des Bundesgerichts durch Verfassungsfragen in einem solchen Masse anwachsen könnte, dass entweder die einfachgesetzlichen oder die verfassungsrechtlichen Fragen vernachlässigt werden, wird denn auch als Argument für die Schaffung eines besonderen Verfassungsgerichts genannt (so GRIMM, S. 175).

abgelehnte Einführung eines Annahmeverfahrens würde sich dringend stellen.⁹⁷⁶

Wenig sinnvoll erschiene demgegenüber die bisweilen vorgeschlagene Zuweisung der Verfassungsprüfung an eine besondere verfassungsrechtliche Abteilung des Bundesgerichts. Bisher überprüft jede Abteilung in ihrem sachlichen Zuständigkeitsbereich auch Verfassungsfragen, insbesondere auch im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle über kantonale Erlasse. Die Bildung einer besonderen verfassungsrechtlichen Abteilung hätte die gleichen Abgrenzungsprobleme zur Folge wie die Bildung eines besonderen Verfassungsgerichts. Möglicherweise sinnvoll scheint freilich eine besondere Spruchkörperbildung.⁹⁷⁷

V. Verfahrensfragen

1. *Legitimation*

Bei inzidenter Normenkontrolle stellt sich kein besonderes Problem: Die Parteien des Ausgangsfalls können im Rahmen ihrer ordentlichen Rechtsmittel die Rüge der Verfassungswidrigkeit aufwerfen. Die Parteistellung richtet sich nach der entsprechenden Verfahrensordnung.

Nach den Vorschlägen im Rahmen der Justizreform wie auch der p.I. Studer kann die Rüge, die verfassungsmässigen Zuständigkeiten der Kantone seien verletzt, nur auf Begehren eines Kantons überprüft werden. Das erscheint sachlich und praktisch fragwürdig. Der beschwerdeführende Private hat ein schutzwürdiges Interesse daran, nicht durch einen kompetenzwidrig ergangenen Erlass belastet zu werden; er kann daher die Verletzung der Gewaltenteilung rügen, auch wenn diese in erster Linie eine kompetenzielle Frage regelt. Ebenso kann er mittels der derogatorischen Kraft des Bundesrechts ein kompetenzwidrig erlassenes kantonales Gesetz beanstanden. Es ist nicht einzusehen, weshalb er nicht die Kompetenzwidrigkeit eines Bundesgesetzes soll in Frage stellen können, wenn man überhaupt eine Verfassungskontrolle über Bundesgesetze wünscht.⁹⁷⁸

Zudem ist die vorgeschlagene Lösung unpraktikabel: Die Kantone sind in der Regel nicht oder höchstens zufälligerweise Partei des Ausgangsverfahrens, in welchem das möglicherweise kompetenzwidrige Bundesgesetz angewendet wird. Sie sind daher auch nicht Partei in einem Rechtsmittelverfahren vor Bundesgericht. Soll das Recht der Kantone, die Kompetenzmässigkeit der Bundesgesetze überprüfen zu lassen, nicht leer laufen, so müsste den Kantonen die Legitimation zugestanden werden, beim Bundesgericht Entscheide anzufechten,

976 So bereits STEINEGGER, S. 50.

977 Vgl. hinten D.V.3.

978 Ebenso AUER, Réforme, S. 50; HANGARTNER, Ausbau, S. 1018.

an denen sie gar nicht beteiligt waren. Das würde bedingen, dass alle in Anwendung von Bundesgesetzen ergangenen Entscheide den Kantonsregierungen zugestellt werden müssen, damit diese prüfen können, ob sie von ihrem Anfechtungsrecht Gebrauch machen wollen. Beschränkt man umgekehrt das Recht der Kantone, die Kompetenzmässigkeit der Bundesgesetze in Frage zu stellen, auf diejenigen Fälle, in denen sie ohnehin Parteistellung im Ausgangsverfahren haben, ist dieses Recht weitgehend illusorisch. Insgesamt ist diese Lösung für eine inzidente Normenkontrolle kaum sinnvoll. Begründen liesse sich die Beschränkung der Legitimation auf die Kantone höchstens bei einer abstrakten Normenkontrolle.

Würde eine dezentrale, diffuse Verfassungsgerichtsbarkeit eingeführt, müsste wohl – analog zur bisherigen Beschwerdelegitimation der Bundesstellen⁹⁷⁹ – der Bundesversammlung oder dem Bundesrat die Legitimation zugestanden werden, einen Entscheid, mit dem ein unterinstanzliches Gericht die Verfassungsmässigkeit eines Gesetzes verneint, ans Bundesgericht weiterzuziehen,⁹⁸⁰ um zu verhindern, dass Bundesgesetze in einigen Kantonen angewendet werden, in anderen aber nicht.

Würde eine abstrakte Normenkontrolle eingeführt, könnte die Regelung zur Legitimation bei der abstrakten Normenkontrolle über kantonale Erlasse angewendet werden.⁹⁸¹ Allerdings wäre bei dieser recht grosszügigen Legitimationspraxis (virtuelle Betroffenheit) eine sehr grosse Belastung des Bundesgerichts zu erwarten. Zusätzlich müsste wohl die Legitimation zur Anfechtung auch den Kantonen (d.h. in concreto den Kantonsregierungen) eingeräumt werden, jedenfalls – in Analogie zur Legitimation der Gemeinden zur Autonomiebeschwerde⁹⁸² – soweit sie die Verletzung kantonaler Zuständigkeiten durch Bundesgesetze rügen.

2. Rügeprinzip

Nach Art. 106 Abs. 2 BGG gilt für die Verletzung von Grundrechten ein qualifiziertes Rügeprinzip. Es wäre vermutlich zweckmässig, ein solches Rügeprinzip generell für die Kritik der Verfassungswidrigkeit von Bundesgesetzen vorzusehen, auch wenn die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht auf die verfassungsmässigen Rechte beschränkt wird. Das Bundesgericht müsste somit die Verfassungsmässigkeit nicht von Amtes wegen prüfen.

979 Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG.

980 Ebenso RHINOW, Überprüfung, S. 40.

981 Dazu BGE 135 II 243 E. 1.2, 133 I 286 E. 2.2; SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, N 32 zu Art. 89.

982 Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG. Das könnte sogar de lege lata als hinreichende Grundlage für eine Beschwerdelegitimation der Kantone betrachtet werden (SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, N 59 zu Art. 89; vgl. allerdings BGE 133 II 400 E. 2.4.1).

Bei zentraler Verfassungsgerichtsbarkeit mit Vorlageverfahren⁹⁸³ müsste geregelt werden, unter welchen Umständen die unterinstanzlichen Gerichte berechtigt oder verpflichtet sind, die Frage der Verfassungsmässigkeit dem Bundesgericht vorzulegen, ob und wie weit die Parteien ein Anrecht auf die Durchführung eines solchen Verfahrens haben und ob sie ein Mitwirkungsrecht bei der Formulierung der Fragestellung haben.

3. Kognition/Quorum

Die Frage, ob eher eine strikte oder eher eine verfassungsfortbildende Verfassungsgerichtsbarkeit angestrebt wird, könnte Einfluss haben auf die Kognition des Bundesgerichts oder das massgebende Quorum.

Wird eine strikte Verfassungsgerichtsbarkeit angestrebt, so könnte analog zu der in Schweden geltenden Regelung⁹⁸⁴ die Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichts auf *offensichtliche* Verfassungswidrigkeiten beschränkt werden. Damit würde der Gestaltungsprimat des Gesetzgebers für die Konkretisierung offener Verfassungsbestimmungen betont und ein gerichtliches Eingreifen nur dann möglich, wenn die Grenzen des Konkretisierungsspielraums klar überschritten sind. Die Abgrenzung zwischen «verfassungswidrig» und «offensichtlich verfassungswidrig» ist natürlich unscharf, aber nicht unschärfer als die im Rahmen der Willkürprüfung (in Sachverhaltsfragen oder bzgl. des kantonalen Rechts) vom Bundesgericht alltäglich praktizierte Unterscheidung zwischen «unrichtig» und «offensichtlich unrichtig». Auch im kantonalen Staatsrecht gibt es Bestimmungen, wonach Volksinitiativen nur ungültig erklärt werden sollen, wenn sie höherem Recht offensichtlich widersprechen.⁹⁸⁵

Eine weitere Möglichkeit bestünde darin, für die Verfassungswidrigerklärung von Bundesgesetzen einen besonderen Spruchkörper oder ein besonderes Quorum zu verlangen. Unter der Herrschaft des aOG war eine Siebner-Besetzung vorgeschrieben für den Entscheid über Beschwerden gegen referendumspflichtige kantonale Erlasse und über die Zulässigkeit einer Initiative oder das Erfordernis eines Referendums,⁹⁸⁶ um die besondere Bedeutung dieser Fragen hervorzuheben.

Das geltende Recht sieht nur noch höchstens Fünfer-Besetzungen vor.⁹⁸⁷ Zudem haben die Abteilungen aktuell höchstens sechs Mitglieder, so dass sie gar nicht in ordentlicher Siebner-Besetzung entscheiden könnten. Denkbar wäre

983 Vorne D.IV.1.b.

984 Kap. 11 Art. 14 des Instrument of government: «If a court or other public body finds that a provision conflicts with a rule of fundamental law or other superior statute, or finds that a procedure laid down in law has been disregarded in any important respect when the provision was made, the provision shall not be applied. If the provision has been approved by the Riksdag or by the Government, however, it shall be waived only if the error is manifest.»

985 Z.B. Art. 66 Abs. 3 KV/GE und dazu Urteil 1P.451/2006 vom 28.2.2007 E. 2.2.

986 Art. 15 Abs. 3 aOG.

987 Art. 20 Abs. 2 und 3 BGG.

hingegen, für alle Entscheide über die Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen eine Siebner-Besetzung unter Beizug des Präsidenten und des Vizepräsidenten des Bundesgerichts zu bilden, um die Bedeutung des Entscheids hervorzuheben. Zugleich könnte damit eine gewisse Einheitlichkeit der Rechtsprechung in den verschiedenen Abteilungen erreicht werden.

Ungewohnt, aber prüfenswert wäre auch, für die Verfassungswidrigerklärung von Bundesgesetzen im entscheidenden Spruchkörper Einstimmigkeit oder ein qualifiziertes Mehr zu verlangen, um ein Zufallsmehr auszuschliessen; denn soweit in verfassungsrechtlichen Fragen in guten Treuen unterschiedliche Auffassungen vertreten werden können, ist schlecht zu begründen, weshalb eine 3:2 Mehrheit einer Gerichtsabteilung mehr Gewicht haben soll als eine (u.U. deutliche) Mehrheit in der Bundesversammlung oder in einer Volksabstimmung. Ein qualifiziertes Mehr wurde denn auch bisher schon vorgeschlagen⁹⁸⁸ und wäre zweifellos geeignet, die Akzeptanz einer gerichtlichen Verfassungswidrigerklärung zu erhöhen.

4. *Folgen einer festgestellten Verfassungswidrigkeit*

a) *Im Allgemeinen*

Die Folge einer festgestellten Verfassungswidrigkeit ist grundsätzlich die Aufhebung des angefochtenen Rechtsaktes. Obwohl die Beschwerde ans Bundesgericht an sich reformatorisch ist,⁹⁸⁹ ist für eine abstrakte Normenkontrolle in aller Regel nur eine kassatorische Entscheidung sachgerecht.⁹⁹⁰ Das müsste auch für eine allfällige abstrakte Normenkontrolle über Bundesgesetze gelten.

Bei Beschwerden gegen andere Akte von Bundesversammlung oder Bundesrat – z.B. im Rahmen von Wahlen und Abstimmungen – wären die Rechtsfolgen gleich zu beurteilen wie bisher im Rahmen des kantonalen Staatsrechts.

Wird im Rahmen einer inzidenten Normenkontrolle ein Gesetz als verfassungswidrig qualifiziert, so hat dies formell nur Bedeutung für diesen konkreten Fall. Praktisch wirkt allerdings das inzidente Verdikt der Verfassungswidrigkeit pro futuro praktisch gleich wie die formelle Aufhebung,⁹⁹¹ es sei denn, das Gericht würde in einem nächsten Fall seine Rechtsprechung wieder ändern. Rechtskräftig gewordene Verfügungen und Urteile, die sich auf die aufgehobene Bestimmung gestützt haben, bleiben aber in Kraft. Die Aufhebung des Gesetzes ist kein Revisionsgrund.

Im Übrigen sind die Folgen einer inzident festgestellten Verfassungswidrigkeit des zugrunde liegenden Gesetzes analog zur bisherigen Rechtsprechung zu

988 NEF, S. 292a f.: Elfer-Besetzung, wobei für die Nichtigerklärung ein Quorum von 8 Richtern erforderlich wäre.

989 Art. 107 Abs. 2 BGG.

990 AEMISEGGER, Beschwerdegang, S. 172; BIAGGINI, Normenkontrolle, S. 170 f.; SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, N 11 zu Art. 107.

991 Vorne D.III.2.a.

beurteilen: Belastende Anordnungen entfallen, wenn sich die gesetzliche Grundlage, auf die sie sich stützen, als verfassungswidrig erweist. Werden unmittelbar verfassungsrechtliche Leistungsansprüche durch ein Gesetz verletzt, so ist die Leistung zu gewähren. Im Übrigen ist der verletzten Norm möglichst optimal zum Durchbruch zu verhelfen.⁹⁹² Das kann Probleme bieten, so z.B. wenn grundrechtliche Schutzpflichten verletzt werden und es kaum in der Kompetenz des Gerichtes liegt, die erforderlichen Massnahmen anzuordnen. Auch bei Verletzungen der Rechtsgleichheit gibt es meistens mehrere Möglichkeiten, um eine verfassungskonforme Lösung zu bewerkstelligen.⁹⁹³ Denkbar ist in solchen Fällen höchstens eine provisorische Lösung durch das Gericht.⁹⁹⁴ Gemäss den Vorschlägen im Rahmen der Justizreform⁹⁹⁵ sowie der p.I. Studer soll das Bundesgericht, wenn es eine Verfassungswidrigkeit feststellt, entscheiden, inwieweit das Bundesgesetz anzuwenden sei. Das würde sich wohl auch sonst aus der reformatorischen Natur der Beschwerde ergeben, betont aber, dass das Bundesgericht die Möglichkeit haben soll, auf die Aufhebung des angefochtenen Hoheitsaktes zu verzichten und an den Gesetzgeber zu appellieren, für Abhilfe zu sorgen, insbesondere dort, wo wegen der Vielfalt möglicher verfassungskonformer Lösungen die Konsequenzen der Nichtanwendung bloss vom Gesetzgeber bewältigt werden können.⁹⁹⁶ Denkbar ist auch eine blosser Feststellung der Verfassungswidrigkeit.⁹⁹⁷ Analoges müsste erst recht gelten, wenn eine diffuse, dezentrale Verfassungsgerichtsbarkeit eingeführt würde.

b) Korrektur durch den Verfassungsgeber

Erklärt das Bundesgericht ein Bundesgesetz als verfassungswidrig, so könnte der Bundesverfassungsgeber, wenn er an der betreffenden Regelung festhalten will, diese auf Verfassungsstufe heben und damit auch für das Verfassungsgericht verbindlich werden lassen.⁹⁹⁸ Es wurde daher auch schon vorgeschlagen, die Gesetzesbestimmungen, welche als verfassungswidrig qualifiziert wurden, der Verfassungsabstimmung (obligatorische Abstimmung von Volk und Ständen) zu unterstellen, damit der Verfassungsgeber entscheidet, ob er daran festhalten will.⁹⁹⁹ Das ist im Lichte der Normenhierarchie logisch und konsequent.

Allerdings erschiene es als unverhältnismässig, automatisch eine obligatorische Verfassungsabstimmung durchzuführen, wenn das Bundesgericht eine möglicherweise wenig bedeutende einzelne Gesetzesbestimmung beanstandet

992 AEMISEGGER, Beschwerdegang, S. 172.

993 Vorne C.III.4.e.

994 RÜTSCHKE, Grenzen, S. 162.

995 Art. 178 Abs. 3 E-BV.

996 Botschaft neue Bundesverfassung, S. 534.

997 So BGE 129 I 185 Dispo. Ziff. 1; RÜTSCHKE, Grenzen, S. 163.

998 Vorne C.III.6.f.

999 NEF, S. 250a f.

hat. Dies würde auch zu einer Überladung der Verfassung mit zahlreichen Detailbestimmungen führen.

Diese Bedenken könnten beseitigt werden, wenn nicht automatisch eine Volksabstimmung angesetzt würde, sondern nur dann, wenn eine Gesetzesbestimmung als verfassungswidrig erklärt wird, die in einer Volksabstimmung angenommen wurde. In den übrigen Fällen müsste das Geschäft an die Bundesversammlung weitergeleitet werden; diese könnte entscheiden, ob sie an der verfassungswidrig erklärten Norm festhalten will; verneinendenfalls bleibt es beim Entscheid des Bundesgerichts. Bejahendenfalls wird die streitige Norm der obligatorischen Verfassungsabstimmung (Volk und Stände) unterbreitet. Wird sie bestätigt, hat sie formellen Verfassungsrang und ist damit auch für das Verfassungsgericht verbindlich. Es wäre wohl anzunehmen, dass nicht in allzu vielen Fällen eine vom Bundesgericht als verfassungswidrig erklärte Gesetzesbestimmung auf diesem Weg in Verfassungsrang erhoben würde, so dass die Überfrachtung der Verfassung mit Sekundärfragen in einem vertretbaren Masse bliebe.

Eine solche Lösung wäre verfassungsrechtlich einwandfrei und verfassungspolitisch die Quadratur des Kreises: Sie wahrt den Vorrang der Verfassung und macht gleichzeitig die berechtigten demokratietheoretischen Bedenken gegenüber einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenstandslos.

Sie dürfte hingegen abgelehnt werden, wenn von einer Verfassungsgerichtsbarkeit weniger der Schutz der positiven Verfassung (d.h. des von Volk und Ständen Entschiedenen) als vielmehr der Schutz vorpositiver Richtigkeitsvorstellungen auch gegenüber politischen Mehrheiten erwartet wird.

E. Thesen

1. Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit ist in folgender Hinsicht eingeschränkt:
 - Akte von Bundesversammlung und Bundesrat sind nicht anfechtbar und damit auch nicht auf ihre Verfassungsmässigkeit hin überprüfbar.
 - Kompetenzkonflikte zwischen obersten Verfassungsorganen werden nicht gerichtlich, sondern durch die Bundesversammlung entschieden.
 - Die Gerichte sind an Bundesgesetze gebunden, auch wenn diese verfassungswidrig sind.
 - Die Gerichte sind an Völkerrecht gebunden, auch wenn dieses verfassungswidrig ist.
2. Eine umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit müsste alle diese Lücken beheben. Die aktuelle Diskussion um die Verfassungsgerichtsbarkeit fokussiert sich aber hauptsächlich auf die gerichtliche Normenkontrolle über Bundesgesetze.

3. Es gibt nur wenige Bundesgesetze, die klar und eindeutig einer bestimmten Verfassungsnorm widersprechen.
4. Es ist kein Bundesgesetz ersichtlich, welches gegen zentrale Menschen- oder Minderheitenrechte verstösst oder im Sinne der Radbruch'schen Formel die Gerechtigkeit im Kern verletzt. Das Fehlen einer gerichtlichen Kontrolle über Bundesgesetze hat in der Schweiz nicht zu rechtsstaatlich unhaltbaren Zuständen geführt.
5. Es gibt etliche Bundesgesetze, die nicht klar einer Verfassungsnorm widersprechen, aber im Lichte der Konkretisierung, die das Bundesgericht der Verfassung gegeben hat, verfassungswidrig erscheinen oder zumindest in Frage gestellt werden könnten.
6. Die meisten Verfassungsbestimmungen sind wesentlich konkretisierungsbedürftiger als einfachgesetzliche Normen. Das gilt insbesondere für Zielnormen, vor allem aber für die Grundrechte.
7. Soweit die Verfassung hochgradig konkretisierungsbedürftig ist, verhält sie sich zur Gesetzgebung normtheoretisch eher wie die *lex generalis* zur *lex specialis* als wie die *lex superior* zur *lex inferior*.
8. Die gerichtliche Konkretisierung unbestimmter Verfassungsnormen, namentlich von Grundrechten, ist richterliche Rechtsschöpfung. Ein grosser Teil dessen, was als Verfassungsrecht gilt, ist in Wirklichkeit *Verfassungsrichterrecht*, das Verfassungsrang beansprucht.
9. Das Problem der Verfassungsgerichtsbarkeit ist insoweit nicht, ob verfassungswidrige Gesetze massgebend sein sollen, sondern die Frage, wer letztverbindlich zuständig sein soll für die Konkretisierung unbestimmter Verfassungsbegriffe. Es geht weniger um das Verhältnis zwischen Verfassung und Gesetz als um dasjenige zwischen Richterrecht und politischer Rechtsetzung.
10. Es sind zwei Fragen auseinanderzuhalten:
 - Ist eine Verfassungsgerichtsbarkeit gerechtfertigt und erforderlich, um (klar) verfassungswidrige Gesetze zu verhindern?
 - Ist eine richterliche Verfassungsrechtsschöpfung erwünscht/legitim? Soll das (Verfassungs)Richterrecht über dem Gesetz stehen?
11. Die Befürworter der Verfassungsgerichtsbarkeit plädieren meistens für eine aktive richterliche Verfassungsfortbildung. Und die Gegner der Verfassungsgerichtsbarkeit lehnen diese meistens gerade aus diesem Grund ab, weil sie einen richterlichen Aktivismus befürchten, der die demokratische Politikgestaltung einschränkt. Diese Befürchtung ist der tatsächliche Grund dafür, dass es bisher in der Schweiz keine richterliche Normenkontrolle über Bundesgesetze gibt.
12. Aus der Normenhierarchie folgt nicht zwingend, dass der Vorrang der Verfassung nur durch die Justiz sichergestellt werden könnte. Die Normenhierarchie ist etwas anderes als die Frage, wer für ihre Einhaltung zuständig ist.

13. Um den Vorrang des Völkerrechts durchzusetzen, bedarf es keiner Verfassungsgerichtsbarkeit. Eine solche müsste im Gegenteil die Verfassungsmässigkeit von Staatsverträgen überprüfen.
14. Bei den meisten Bundesgesetzen, deren Verfassungsmässigkeit diskutiert werden könnte, steht nicht eine Verletzung der EMRK zur Diskussion. Es wäre ein erheblicher Unterschied gegenüber dem geltenden Rechtszustand, wenn die Verfassungsgerichtsbarkeit generell erweitert würde.
15. Die Gewaltenteilung ist weder ein Argument für noch gegen die Normenkontrolle. Im Lichte der demokratisch begründeten Gewaltenteilungskonzeption ist der Ausschluss der Normenkontrolle über Bundesgesetze besser gerechtfertigt als der Ausschluss der Anfechtbarkeit von Akten von Bundesversammlung und Bundesrat.
16. Eine Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit drängt sich in erster Linie auf für Akte von Bundesversammlung und Bundesrat, namentlich im Bereich der politischen Rechte.
17. Die Begründung der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle mit dem Argument, die Verfassung sei demokratisch angenommen, blendet das Entscheidende aus: Mit der Zustimmung zur Verfassungsnorm ist nicht all das demokratisch legitimiert, was Verfassungsinterpreten später daraus ableiten.
18. Eine richterliche Verfassungskonkretisierung oder -fortbildung ist wenig problematisch, wenn sie Mängel und Unstimmigkeiten im Gesetzgebungsprozess korrigiert oder subsidiär zum Gesetzgeber Lücken füllt.
19. Sie ist demokratietheoretisch problematisch, wenn sie auf der Grundlage hochgradig unbestimmter Verfassungsnormen bewusste gesetzgeberische Entscheide in Frage stellt. Die Verfassungsgerichtsbarkeit sichert damit nicht den Vorrang der Verfassung über die Gesetze, sondern wird zur Herrin über die Verfassung.
20. Eine Verfassungsgerichtsbarkeit über Bundesgesetze ist aus föderalistischer Sicht gerechtfertigt, praktisch allerdings heute von geringer Bedeutung.
21. Es ist zur Wahrung der Einheit des Bundesrechts vertretbar, dass es eine Verfassungsgerichtsbarkeit über kantonales Recht, nicht aber über Bundesgesetze gibt.
22. Verfassungsgerichtsbarkeit kann die Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit bedrohen, wenn sie im Einzelfall ein verfassungskonformes Gesetz nicht anwendet mit dem Argument, im konkreten Fall führe dies zu einem verfassungswidrigen Ergebnis.
23. Die Verfassungsgerichtsbarkeit kann konzipiert werden als Schutz des von einer Mehrheit von Volk und Ständen Entschiedenen gegen abweichende Mehrheiten in der Bundesversammlung oder aber als Schutz vorpositiver Richtigkeitsauffassungen, gegebenenfalls auch gegen politische Mehrheiten.

24. Eine Normenkontrolle über Bundesgesetze zum Schutz des von Volk und Ständen Entschiedenen drängt sich nicht zwingend auf. Die relativ wenigen Bundesgesetze, die klar der Verfassung widersprechen, haben meistens eine bestimmte Erklärung, die demokratietheoretisch nicht unbegründet ist.
25. Im schweizerischen System kann eine Verfassungsgerichtsbarkeit nur beschränkt ein Instrument zum Schutz vorpositiver Richtigkeitsauffassungen sein, weil der positive Verfassungsgeber (Mehrheit von Volk und Ständen) auch verfassungsgerichtliche Entscheide korrigieren kann.
26. Um auf gerichtlichem Weg vorpositive Richtigkeitsvorstellungen gegen politische Mehrheiten zu schützen, müsste nicht eine Verfassungsgerichtsbarkeit postuliert werden, sondern eine Super-Verfassungsgerichtsbarkeit, welche materielle Schranken der Mehrheitsdemokratie festlegt. Das sind zwei unterschiedliche Fragen, die auseinandergehalten werden müssen.
27. Die Rechtslehre kennt keine gesicherte und allgemein anerkannte juristische Methode zur richterlichen Verfassungsfortbildung. Gerichtliche Entscheide sind nicht immer rationaler als politische.
28. Die Verfassungsrechtswissenschaft hat ein methodisches Defizit. Sie gibt oft subjektive Wertungen als objektive Richtigkeiten aus, ohne die Subjektivität transparent zu machen.
29. Das Ergebnis einer Verfassungsgerichtsbarkeit, verstanden als richterliche Verfassungsfortbildung zwecks Durchsetzung vorpositiver Richtigkeitsvorstellungen, hängt massgeblich von den persönlichen Wertvorstellungen der Mitglieder der Verfassungsgerichte ab.
30. Da es unterschiedliche Vorstellungen vorpositiver Richtigkeit gibt, können richterliche Verfassungsfortbildungen in gegensätzliche Richtungen gehen.
31. Eine so verstandene Verfassungsgerichtsbarkeit führt zu Politisierung der Justiz und Ideologisierung des Verfassungsrechts.
32. Eine verfassungsfortbildende Justiz stellt entweder die demokratische Legitimation des Verfassungsrechts oder die Unabhängigkeit der Justiz in Frage.
33. Die geltende schweizerische Regelung, welche eine Verfassungsgerichtsbarkeit über kantonales Recht, aber nicht über Bundesgesetze vorsieht, ist ein bewährtes System von checks and balances, welches unabhängige richterliche Verfassungskonkretisierung erlaubt, aber kein letztverbindliches richterliches Diktat, sondern einen Dialog zwischen Gericht und politischer Rechtsetzung ermöglicht.
34. Soll die Verfassungsgerichtsbarkeit ausgeweitet werden, muss primär die Rolle des Verfassungsrichterrechts diskutiert werden. Je nachdem, welche Rolle diesem beigemessen wird, kann die Ausgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit unterschiedlich aussehen.
35. Eine Beschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit auf den Schutz verfassungsmässiger Rechte ist inkonsequent. Sie führt im Ergebnis zu einer Rangordnung zwischen verschiedenen Verfassungsbestimmungen.

36. Ob eine Normenkontrolle abstrakt oder inzident ist, macht keinen grundsätzlichen rechtlichen Unterschied, wohl aber eventuell für die Belastung des Bundesgerichts.
37. Eine umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit müsste auch die Verfassungsmässigkeit völkerrechtlicher Verträge überprüfen; sie wäre sinnvollerweise als präventive Kontrolle auszugestalten.
38. Eine Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit hätte Auswirkungen auf die Geschäftslast des Bundesgerichts und würde institutionelle und prozessrechtliche Änderungen bedingen.
39. Es wäre prüfenswert, für die Verfassungswidrigerklärung von Bundesgesetzen ein qualifiziertes Mehr und eine besondere Spruchkörperbildung zu verlangen.
40. Stellt das Gericht die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes fest, so sollte dem Verfassungsgeber die Möglichkeit gegeben werden, die beanstandete Regelung auf Verfassungsstufe zu heben.

Literatur:

- ADAMOVICH LUDWIG, Der österreichische Verfassungsgerichtshof und seine Kritiker, in: Bundesgericht, Justizreform, S. 75–85.
- ADAMOVICH LUDWIG, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltentrennung, in: Fs. Zeidler, Berlin 1987, S. 281–292.
- AEMISEGGER HEINZ, Der Beschwerdegang in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, in: Ehrenzeller/Schweizer (Hrsg.), Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, St. Gallen 2006, S. 103–210.
- VON ALBERTINI MASON BABETTA, Menschenrechte aus westlicher und asiatischer Sicht, Zürich 2004.
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales, méthode, organisations, procédure. In: Verfassungsgerichtsbarkeit, Schriftenreihe SAV, Bd. 3, Zürich 1988, S. 13–33.
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, La Constitution, son contenu, son usage, Referate zum 125. schweizerischen Juristentag 1991, Basel 1991, S. 9–141.
- AUBERT/EICHENBERGER/MÜLLER/RHINOW/SCHINDLER (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Kommentar (a)BV, Basel/Zürich/Bern (Loseblatt), versch. Jahre.
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zürich 2003.
- AUER ANDREAS, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, Basel 1984.
- AUER ANDREAS, Réforme de la justice, limitations d'accès au TF et contrôle des lois fédérales, plädoyer 1998 Nr. 3 S. 45–51.
- AUER ANDREAS, Der Richter und das Bundesgesetz: Variationen zu einem gestörten Verhältnis, ZGRG 2001 S. 161–168.
- AUER ANDREAS, Direkte Demokratie und Rechtsstaat, in: Demokratie, Regierungsreform, Verfassungsfortbildung, Symposium für René Rhinow zum 65. Geburtstag, Basel 2009, S. 31–42.
- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, 2 vol., 2. A. Bern 2006.
- AZPITARTE SANCHEZ MIGUEL, Die Funktionalität des Verfassungsrechts und die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit, Fs. Häberle, Tübingen 2004, S. 579–593.
- BARAK AHARON, The Role of a Judge in a Democracy, Fs. Wildhaber, Zürich/St. Gallen 2007, S. 939–960.
- BAUMANN ROBERT, Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung, Zürich 2002.
- BAUMANN ROBERT, Völkerrechtliche Schranken der Verfassungsrevision, ZBl 108/2007 S. 181–210.
- BERNHARDT RUDOLF, Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, Fs. Wildhaber, Zürich/St. Gallen 2007, S. 91–101.
- BESSON SAMANTHA, Les obligations positives de protection des droits fondamentaux – un essai en dogmatique comparative, ZSR 2003 I S. 49–96.
- BIAGGINI GIOVANNI, Verfassung und Richterrecht, Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Basel 1991.

- BIAGGINI GIOVANNI, Abstrakte und konkrete Normenkontrolle, Überprüfung von Erlassen auf ihre Rechtmässigkeit im Rahmen der abstrakten und konkreten Normenkontrolle, *ius.full* 2006 S. 164–178.
- BIAGGINI GIOVANNI, BV-Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007.
- BIAGGINI GIOVANNI, Verfahren und Methoden der Verfassungsfortbildung, in: Demokratie, Regierungsreform, Verfassungsfortbildung, Symposium für René Rhinow zum 65. Geburtstag, Basel 2009, S. 125–137.
- BÖCKENFÖRDE ERNST-WOLFGANG, Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation, *Neue juristische Wochenschrift* 52/1999, S. 9–17.
- BREITENMOSEER STEPHAN, Subsidiarität und Interessenabwägung im Rahmen der EGMR-Rechtsprechung, *Fs. Wildhaber*, Zürich/St. Gallen 2007, S. 119–142.
- BUNDESGERICHT (Hrsg.), Justizreform, Internationales Symposium vom 13. Juni 1998 am Bundesgericht, Lausanne 1998.
- CAVELTI ULRICH/BIRRI JÜRGEN, Die Kantone: Prügelknaben der fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit? *Fs. Yvo Hangartner*, St. Gallen/Lachen 1998, S. 155–170.
- CHIARIELLO ELISABETH, Der Richter als Verfassungsgeber? – Zur Fortbildung von Grundlagen des Rechtsstaats und der Demokratie durch höchste Gerichte, Zürich/St. Gallen 2009.
- CHRYSSOGONOS KOSTAS, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung. Zur Methode der Verfassungsinterpretation bei der Normenkontrolle, Berlin 1987.
- CREMER HANS-JOACHIM, Die Wirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, in: Frowein/Marauhn (Hrsg.), *Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, Berlin 1998, S. 237–359.
- EBERL MATTHIAS, Verfassung und Richterspruch, *Rechtsphilosophische Grundlagen zur Souveränität, Justiziabilität und Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Berlin 2006.
- EGLI PATRICIA, *Drittwirkung von Grundrechten*, Zürich 2002.
- EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, St. Gallen BV-Kommentar, 2. A. St. Gallen/Zürich 2008.
- EICHENBERGER KURT, Sinn und Bedeutung einer Verfassung, *Referate zum 125. schweizerischen Juristentag*, Basel 1991, S. 143–273.
- FISCHBACHER ALAIN, *Verfassungsrichter in der Schweiz und in Deutschland: Aufgaben, Einfluss und Auswahl*, Zürich 2006.
- FLEINER FRITZ, Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Bundesgesetze durch den Richter, *ZSR* 1934 S. 1a–35a.
- GIEGERICH THOMAS, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt im europäisch-atlantischen Verfassungsstaat: Vergleichende Bestandesaufnahme mit Ausblick auf die neuen Demokratien in Mittel- und Osteuropa, in: Frowein/Marauhn (Hrsg.), *Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, Berlin 1998, S. 501–535.
- GRIMM DIETER, Probleme einer eigenständigen Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland, in: *Schweizer, Reform*, S. 161–175.
- GRISSEL ANDRÉ, A propos de la hiérarchie des normes juridiques, *ZBl* 1987 S. 377–395.

- GROTE RAINER, Das Rechtsstaatsprinzip in der mittel- und osteuropäischen Verfassungsgerichtspraxis, in: Frowein/Marauhn (Hrsg.), Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, Berlin 1998, S. 3–64.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. A. Zürich 2008.
- HALLER WALTER, Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit? ZSR 97 I 501–528.
- HALLER WALTER, Ausbau der Schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Schweizer, Reform, S. 177–193.
- HALLER WALTER, Verfassungsfortbildung durch Richterrecht, ZSR 124/2005, I S. 5–21.
- HALLER WALTER, Das schweizerische Bundesgericht als Verfassungsgericht, in: Starck/Weber, S. 91–129.
- HÄNER ISABELLE, Gerichtliche Überprüfung von Volksentscheiden, Fg. Schweiz. Juristentag 2006, Zürich 2006, S. 491–504.
- HANGARTNER YVO, Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit, AJP 1995, S. 1013–1023.
- HANGARTNER YVO, Diskriminierung – ein neuer verfassungsrechtlicher Begriff, ZSR 2003 I S. 97–122.
- HANGARTNER YVO, Verfassungstexte, in: Fs. Häberle, Tübingen 2004, S. 137–144.
- HASSEMER WINFRIED, Naturrecht im Verfassungsrecht, Fs. Trechsel, Zürich 2002, S. 135–150.
- HESSE KONRAD, Deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit an der Schwelle zum neuen Jahrhundert, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas, Baden-Baden 1998, S. 169–181.
- HOFMANN HASSO, Recht, Politik und Religion, JZ 2003 S. 377–385.
- HUBER HANS, Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins 1936, Basel 1936.
- HUBER HANS, Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, Berner Festgabe für den schweizerischen Juristenverein 1955, ZBJV 91^{bis}, S. 95–116.
- HUBER HANS, Der Standort des Richters in der modernen Gesellschaft, ZBl 63/1962 S. 65–75.
- HUBER HANS, Der Formenreichtum der Verfassung und seine Bedeutung für ihre Auslegung, ZBJV 107/1971 S. 172–196.
- IMBODEN MAX, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Imboden, Staat und Recht, ausgewählte Schriften und Vorträge, Basel 1971, S. 257–277.
- ISENSEE JOSEF, Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland, in: Wieser/Stolz, S. 15–40.
- KÄGI WERNER, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich 1945.
- KÄLIN WALTER, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie. Funktionen der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1987.
- KÄLIN WALTER, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. A. Bern 1994.
- KÄLIN WALTER, Der Zugang zur Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts, in: Bundesgericht, Justizreform, S. 297–312.
- KÄLIN WALTER, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Thürer/Aubert/Müller, S. 1167–1181.
- KELSEN HANS, Reine Rechtslehre, 2. A. Wien 1960.
- KIENER REGINA, Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Bern 2001.

- KLEY ANDREAS, Sakralisierung von Staatsrecht und Politik, M  l. Pierre Moor, Bern 2005, S. 95–114.
- KOKOTT JULIANE, Naturrecht und Positivismus im Völkerrecht – sind wir auf dem Wege zu einer Weltverfassung? Festgabe Schweizerischer Juristentag 2000, Zürich 2000, S. 3–21.
- KOLLER ARNOLD, Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene. In: Bundesgericht, Justizreform, S. 225–234.
- KORINEK KARL/MARTIN ANDREA, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: Starck/Weber, S. 67–89.
- KÜNZLI J  RG, Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, ZSR 2009 I S. 47–75.
- LIMBACH JUTTA, Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts, in: Bundesgericht, Justizreform, S. 111–125.
- LINDER WOLF, Grundzüge des Politischen Systems, in: Thürer/Aubert/Müller, S. 995–1010.
- MAHON PASCAL, Droit constitutionnel I, Neuchâtel 2008.
- MARTIN CÉLINE, Grundrechtskollisionen, Basel 2007.
- MOOR PIERRE, Réflexions autour du concept de constitution, ZSR 2008 I 207–227.
- MOOR PIERRE, Les développements informels du droit constitutionnel, in: Biaggini et al, Symposium René Rhinow, Basel 2009, S. 139–146.
- MORAND CHARLES-ALBERT, Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles, in: Etudes en l’honneur J.-Fr. Aubert, Basel 1996, S. 57–75.
- MÜLLER J  RG PAUL, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39/1981 S. 53–98.
- MÜLLER J  RG PAUL, Verfassung und Gesetz: Zur Aktualität von Art. 1 Abs. 2 ZGB. recht 2000, S. 119–128.
- MÜLLER J  RG PAUL, Die Kunst des Richtens, Perspektiven des menschlichen Urteils bei Luzius Wildhaber, Hans-Georg Gadamer und Donald Dworkin, Fs. Wildhaber, St. Gallen/Zürich 2007, S. 1449–1468.
- MÜLLER MARKUS, Die Rechtsweggarantie – Chancen und Risiken, ZBJV 140/2004 S. 161–197.
- MÜLLER PETER ALEXANDER, Gedanken zur (künftigen) Rolle des Bundesgerichts in der schweizerischen Gerichtsbarkeit, in: Bundesgericht, Justizreform, S. 413–430.
- MÜLLER-WEWEL ARTUR, Souver  nit  tskonzepte im geltenden Völkerrecht, Frankfurt 2003.
- MÜLLER J  RG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. A. Bern 2008.
- NAY GIUSEP, La loi sur le Tribunal fédéral dans le contexte de la réforme de la justice, in: Fo  x/Hottelier/Jeandin (Hrsg.), Les recours au tribunal fédéral, Zürich 2007, S. 21–41.
- NAY GIUSEP, Das Bundesgerichtsgesetz im Kontext der Justizreform, Fs. Wildhaber, St. Gallen/Zürich 2007, S. 1469–1489.
- NEF HANS, Sinn und Schutz verfassungsmässiger Gesetzgebung und rechtmässiger Verwaltung im Bunde, ZSR 1950 S. 133a–346a.
- NIGGLI/UEBERSAX/WIPR  CHTGER (Hrsg.), Basler Kommentar zum BGG, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008.

- OETER STEFAN, Die Beschränkung der Normenkontrolle in der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit: ein Beitrag zu Entstehung und gegenwärtiger Bedeutung des Art. 113 Abs. 3 der Schweizer Bundesverfassung, *ZaöRV* 1990 S. 545–598.
- PANCHAUD ANDRÉ, Les garanties de la constitutionnalité et de la légalité en droit fédéral, *ZSR* 1950 S. 1a–132a.
- PAYCHÈRE FRANÇOIS, La Constitution, la loi et le juge: quels rapports pour quel siècle? in: Bellanger/Tanquerel (Hrsg.), *Nouveaux recours fédéraux en droit public*, Genf 2006, S. 183–198.
- PFISTER ALOIS, «Was heisst «massgebend»? Bemerkungen zu Art. 113 der Bundesverfassung», in: *Mél. Patry*, Genf 1988, S. 391–410.
- PIEPER STEFAN ULRICH, Verfassungsrichterwahlen: die Besetzung der Richterbank des Bundesverfassungsgerichts und die Besetzung des Europäischen Gerichtshofes sowie des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und des Internationalen Gerichtshofes mit deutschen Kandidaten, Berlin 1998.
- RAPPARD WILLIAM E., Le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales par le juge aux Etats-Unis et en Suisse, *ZSR* 1934 S. 36a–146a.
- RASELLI NICCOLO, Justizreform: Ende gut – alles gut? Versuch einer Bilanz. in: *Neue Bundesrechtspflege*, BTJP 2006, Bern 2007, S. 419–436.
- RHINOW RENÉ, Überprüfung der Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen durch das Bundesgericht – Ja oder Nein? in: *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Schriftenreihe SAV, Bd. 3, Zürich 1988, S. 35–46.
- RHINOW RENÉ, Politische Funktionen des Rechts, *ZSR* 2008 I 181–206.
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2. A. Basel 2009.
- ROBBERS GERHARD, Emmanuel Joseph Sieyès, Die Idee einer Verfassungsgerichtsbarkeit in der Französischen Revolution, *Fs. Zeidler*, Berlin 1987, S. 247–263.
- RÜTHERS BERND, Das Ungerechte an der Gerechtigkeit, Defizite eines Begriffs, 2. A. Zürich 1993.
- RÜTSCHÉ BERNHARD, Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen, mit Studien zur Normstruktur von Grundrechten, zu den funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit und zum Verhältnis von materiellem Recht und Verfahrensrecht, Basel 2002.
- RÜTSCHÉ BERNHARD, Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, *ius.full* 2003, S. 160–163.
- SÄGESESSER THOMAS (Hrsg.), *Die Bundesbehörden*, Bern 2000.
- SCHAMBECK HERBERT, Der Richter und das Gesetz, *Liber amicorum Moritz W. Kuhn*, Bern 2009, S. 157–163.
- SCHEFER MARKUS, Die Kerngehalte von Grundrechten: Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001.
- SCHERRER THOMAS, Geschichte und Auslegung des Massgeblichkeitsgebots von Art. 190 BV, *St. Gallen* 2001.
- SCHINDLER DIETRICH, Richterliches Prüfungsrecht und politischer Mehrheitswille: Erfahrungen der Vereinigten Staaten – Folgerungen für die Schweiz, *ZSR* 1955 II 289–313.
- SCHINDLER DIETRICH, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz, Basel 1925.

- SCHUBARTH MARTIN, Die Bedeutung der verfassungsmässigen Ordnung für das Verhältnis von Richter und Bundesgesetz, ZSR 122/2003 I S. 169–184.
- SCHUBARTH MARTIN, Mehr Gerechtigkeit durch Verfassungsgerichtsbarkeit? Fs. Giger, Bern 2009, S. 367–391.
- SCHULZE-FIELITZ HELMUTH, Verfassungsvergleichung als Einbahnstrasse? Zum Beispiel der Menschenwürde in der biomedizinischen Forschung, Fs. Häberle, Tübingen 2004, S. 355–379.
- SCHWEIZER RAINER (Hrsg.), Reform der Bundesgerichtsbarkeit, Studententag Uni St. Gallen vom 29./30. September 1994, Zürich 1995.
- SEILER HANSJÖRG, Gewaltenteilung, Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung, Bern 1994.
- SEILER HANSJÖRG, Praktische Rechtsanwendung. Was leistet die juristische Methodenlehre? Bern 2009.
- SEILER HANSJÖRG/VON WERDT NICOLAS/GÜNGERICH ANDREAS, Bundesgerichtsgesetz (BGG), Handkommentar, Bern 2007.
- SPESCHA MARC, Absolute Demokratie – gefährdeter Rechtsstaat: demokratiepraktische und staatsethische Überlegungen aus Anlass aktueller Gesetzesrevisionen im Bürger-, Asyl- und Ausländerrecht, AJP 15/2006 S. 181–194.
- STEINEGGER FRANZ, Die richterliche Überprüfung von Bundesgesetzen auf Verfassungsmässigkeit, in: Verfassungsgerichtsbarkeit, Schriftenreihe SAV, Bd. 3, Zürich 1988, S. 47–56.
- STARCK CHRISTIAN, Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Starck/Weber, S. 11–35.
- STARCK CHRISTIAN, Praxis der Verfassungsauslegung, Baden-Baden 1994.
- STARCK/WEBER (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I, Berichte, 2. A. Baden-Baden 2007.
- STERN KLAUS, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber, Opladen 1997.
- STREINZ RUDOLF, Rechtssicherheit als Bewährungsprobe des Verfassungsstaates. Fs. Häberle, Tübingen 2004, S. 745–775.
- THÜRER DANIEL, Kosmopolitisches Staatsrecht, Grundidee Gerechtigkeit, Bd. 1, Zürich 2005.
- THÜRER DANIEL/AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MÜLLER JÖRG-PAUL (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001.
- TORNAY BÉNÉDICTE, La démocratie directe saisie par le juge. L’empreinte de la jurisprudence sur le droits populaires en Suisse, Zürich 2008.
- TSCHANNEN PIERRE, Verfassungsauslegung, in: Thüer/Aubert/Müller, S. 149–160.
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. A. Bern 2007.
- TSCHANNEN PIERRE, Wem gehört die Verfassung? Neuer Streit um die Gewaltenteilung, ZBJV 143/2007 S. 793–806.
- VOGT GUSTAV, Die Organisation der Bundesrechtspflege in den Vereinigten Staaten von Amerika, ZSR 1890 S. 566–586.
- WEBER ALBRECHT, Generalbericht, Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, in: Starck/Weber, S. 313–376.
- WIEDERKEHR RENÉ, Fairness als Verfassungsgrundsatz, Bern 2006.

- WIESER/STOLZ (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Wien 2000.
- WILDHABER LUZIUS, Gerichte und Richter im europäischen Verfassungsraum, ZSR 2006 I 93–105.
- WÜRTENBERGER THOMAS, Zur Legitimität des Verfassungsrichterrechts, in: Guggenberger/Würtenberger (Hrsg.), Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik? Baden-Baden 1998, S. 57–80.
- VON WYSS MORITZ, Maximen und Prinzipien des parlamentarischen Verfahrens, Zürich 2001.
- ZIMMERLI ULRICH, Verfassungsgerichtsbarkeit aus parlamentarischer Sicht, in: Bundesgericht, Justizreform, S. 255–268.
- ZIMMERLI ULRICH, Verfassungsgerichtsbarkeit, ZSR 2002 I 445–458.

Materialien

- Bericht der Expertenkommission: Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bericht. Bern 1977.
- Botschaft neue Bundesverfassung: Botschaft vom 20.11.1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1–647.
- E-Expertenkommission: Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Verfassungsentwurf, Bern 1977.
- Zwischenbericht Bundesrechtspflege: Zwischenbericht der Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege an das EJPD, März 1995.