

**SEMINAR FÜR WIRTSCHAFTS- UND SOZIALPOLITIK  
DER UNIVERSITÄT FREIBURG / SCHWEIZ**

**VOLKSSOUVERÄNITÄT UND  
VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT**

**Gibt es Auswege aus der Sackgasse ?**

*von Henner Kleinewefers*

**FREIBURG 2003**

# INHALT

	Seite
I. Verfassungswidrige Bundesgesetze	1
II. Verfassungswidriges Handeln unterhalb der Gesetzesebene	4

Der nachstehende Aufsatz wurde, leicht gekürzt, in "Finanz und Wirtschaft", Nr. 68, 27.8.2003, publiziert.

## I. VERFASSUNGSWIDRIGE BUNDESGESETZE

In der Schweiz wird seit eh und je in Theorie und Praxis die Meinung vertreten, dass das Volk die oberste Gewalt im Staate sei und dass es daher *auf Bundesebene* keine Verfassungsgerichtsbarkeit mit der Kompetenz der konkreten oder abstrakten Normenkontrolle geben könne. Denn das würde bedeuten, dass das Verfassungsgericht über dem Bundesgesetzgeber, also letztlich über dem Volk als dem Souverän stünde.

Die wichtigsten konkreten Folgen dieser Interpretation des Souveränitätsprinzips sind, *erstens* dass dem Bürger gegen die Verletzung seiner verfassungsmässigen Rechte durch ein Bundesgesetz oder einen allgemein verbindlichen Bundesbeschluss kein Rechtsmittel (in der Schweiz) zur Verfügung steht und *zweitens* dass sich die Kantone nicht gegen ein Bundesgesetz oder einen allgemein verbindlichen Bundesbeschluss zur Wehr setzen können, der die verfassungsmässige Kompetenzverteilung verletzt.

Das Thema ist im Vorfeld der Totalrevision der Bundesverfassung lange und teilweise kontrovers diskutiert worden. Um die Gesamtvorlage nicht zu gefährden, wurden zunächst alle grösseren Reformen zurückgestellt. Die Sache wurde dann konkret im Zuge der Justizreform. Jedoch konnte sich das Parlament nicht zu einer Verstärkung der Verfassungsgerichtsbarkeit, also zu einer Machteinbusse durch mehr checks and balances, verstehen.<sup>1</sup> Im Ergebnis blieb daher in diesem Punkt bis heute alles beim alten (Art. 189 und 191 BV). "Bundesgesetze . . . sind für das Bundesgericht . . . massgebend." (Art. 191 BV) Das bedeutet, dass das Bundesgericht zwar gegen verfassungswidrige Erlasse und Verfügungen der in ihrer Souveränität durch das Bundesrecht beschränkten Kantone (und Gemeinden) nach Art. 189 Abs. 1a und Art. 46 Abs. 1 BV angerufen werden kann, aber nicht gegen verfassungswidrige Bundesgesetze. Der souveräne Bundesgesetzgeber steht nach wie vor über dem Bundesgericht. Das Demokratieprinzip geht im Zweifel den Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit und des Föderalismus vor.

Nun kann man gewiss - mit guten Gründen und in guter Gesellschaft - in der Debatte über Souveränität und Gewaltentrennung bzw. checks and balances anderer Meinung sein als die herrschende Lehre und Praxis in der Schweiz. Das soll hier aber aus drei Gründen nicht näher vertieft werden. *Erstens* kommt der Fall verfassungswidriger Bundesgesetze zwar unzweifelhaft vor. Das Problem wird aber, ungeachtet seiner prinzipiellen Bedeutung, im allge-

---

<sup>1</sup> Im gleichen Geist hat es vor einigen Jahren auch die Schaffung eines unabhängigen Rechnungshofes abgelehnt.

meinen als nur von recht begrenzter praktischer Relevanz angesehen. *Zweitens* wird die praktische Relevanz des Problems weiter dadurch reduziert, dass der in seinen Grundrechten betroffene Bürger in vielen Fällen auf dem Umweg über den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg zu seinem Recht kommen kann, was je länger je mehr auch eine erhebliche präventive Wirkung hat. Es gehört zu den Merkwürdigkeiten des helvetischen Beharrens auf dem Souveränitätsprinzip, dass man in manchen Konflikten zwischen Bürgern und dem Bund(esgesetzgeber) lieber "fremde Richter" urteilen lässt als ein eigenes Verfassungsgericht.<sup>2</sup> *Drittens* schliesslich soll hier im weiteren gezeigt werden, dass selbst im Rahmen des strengen Souveränitätsprinzips ein nützlicher Platz für eine verfassungsgerichtliche Überprüfung von Bundesgesetzen existiert, der einige der bisherigen Lücken der Verfassungsgerichtsbarkeit schliessen oder vielleicht besser : überbrücken könnte.

Der springende Punkt ist, dass ein verfassungswidriges Bundesgesetz die Verfassung *de facto ohne* die dafür vorgesehene *obligatorische* Mitwirkung von Volk *und* Ständen ändert. Dies ist offensichtlich, wenn das Gesetz von den Eidg. Räten verabschiedet und das Referendum nicht ergriffen wird. Es trifft jedoch auch zu, wenn das Referendum ergriffen wird, aber keinen Erfolg hat, weil in diesem Fall nicht nach dem Ständemehr gefragt wurde, wenn es auch vielleicht erreicht wird.<sup>3</sup>

Die nach heutiger Praxis möglichen *impliziten* Verfassungsänderungen durch verfassungswidrige Gesetze *ohne* obligatorisches Referendum mit Volks- *und* Ständemehr widersprechen also eindeutig dem Prinzip der Volkssouveränität, wie es für *explizite* Verfassungsänderungen gilt. Sie schaffen ein systematisch nicht vorgesehenes und normativ nicht zu begründendes Privileg *für* das Parlament und potentiell *gegen* das Volk und vor allem gegen die Stände.

Diesem Problem wäre mittels einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung auch von Bundesgesetzen leicht beizukommen. Unter der Herrschaft des Souveränitätsprinzips hätte allerdings das von Klageberechtigten<sup>4</sup> angerufene

---

<sup>2</sup> Allerdings überprüft neuerdings auch das Bundesgericht Bundesrecht im Hinblick auf seine Kompatibilität mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, was wegen der starken Überschneidungen im Grundrechtsbereich materiell auf eine partielle Verfassungsgerichtsbarkeit hinausläuft.

<sup>3</sup> Ein analoges Problem hätte bei den Änderungsvorschlägen des sog. konstruktiven Referendums potentiell eine erhebliche Bedeutung gehabt und ist in diesem Zusammenhang auch diskutiert worden.

<sup>4</sup> Die Frage, wer wann bzw. warum klageberechtigt ist, ist für die Wirksamkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit natürlich von grösster Bedeutung. Plausible Möglichkeiten reichen von den einzelnen Mitgliedern des Nationalrats und des Ständerats über die Exekutiven der

Verfassungsgericht nicht die Kompetenz, die angefochtenen und als verfassungswidrig erkannten Normen einfach ausser Kraft zu setzen. Vielmehr würde sich seine Kompetenz darauf beschränken, hierüber ein obligatorisches Referendum mit Volks- und Ständemehr anzuordnen, wie es auch für explizite Verfassungsänderungen gilt. Im Fall der Annahme des verfassungswidrigen Gesetzes durch Volk und Stände würde die Bundesverfassung an geeigneter Stelle mit dem Zusatz ergänzt : "Die Vorschriften (von Art. . . .) des Gesetzes . . . bleiben vorbehalten." Das Verfassungsgericht würde also nicht das Souveränitätsprinzip durchbrechen, sondern ihm vielmehr gegenüber einer Anmassung des Parlaments zum Durchbruch verhelfen. Man kann wohl davon ausgehen, dass diese Eventualität eine nützliche Präventivwirkung ausüben würde. Sollte der Fall tatsächlich einmal eintreten, ist ferner zu erwarten, dass in der der Volksabstimmung vorausgehenden Diskussion das Für und Wider der verfassungswidrigen bzw. - nach Annahme - verfassungsändernden Gesetzesvorschriften so gründlich durchleuchtet wird, dass in Kenntnis der Sache und ihrer Konsequenzen entschieden wird.

Es ist schwer zu sehen, was die Anhänger des Prinzips der *Volkssouveränität*, die ja in der Schweiz nicht einfach mit der Parlamentsouveränität gleichgesetzt werden kann, gegen eine solche Konzeption der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene einwenden könnten.

Die Frage ist aber natürlich, wie griffig eine solche Kompetenz des Bundesgerichts in der Praxis wäre. Um diese Frage tendenziell beantworten zu können, muss man berücksichtigen, dass Verfassungsverletzungen durch Bundesrecht in der Praxis vor allem in drei Formen auftreten können. Ein Gesetz bzw. eine Gesetzesbestimmung kann, *erstens*, per se bzw. generell verfassungswidrig sein. Es kann sich aber, *zweitens*, auch nur in einem speziellen Anwendungsfall als verfassungswidrig erweisen. Und *drittens* kann auch ein ursprünglich verfassungskonformes Gesetz verfassungswidrig werden, wenn sich die Verfassung bzw. ihre Interpretation verändern. Offenkundig könnte die Anordnung einer Volksabstimmung über verfassungswidriges Bundesrecht im ersten und im dritten Fall<sup>5</sup> sinnvoll sein, wobei das Bundesgericht im Sinne einer abstrakten Normenkontrolle tätig würde, nicht hingegen im zweiten Fall, wo es um eine konkrete Normenkontrolle ginge. Eine solche Überprüfung mit der möglichen Folge der Anordnung einer Volksabstimmung (mit

---

Kantone und Gemeinden bis hin zur Popularklage. Denkbar, wenn auch in den allermeisten Rechtsordnungen aus Gründen des Gleichgewichts zwischen den Staatsgewalten nicht vorgesehen, wäre sogar, dass das Verfassungsgericht auf eigene Initiative tätig werden kann.

<sup>5</sup> Im dritten Fall könnte die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Bundesgesetzgebung die Wirkung von Verfassungsinitiativen unter Umständen wesentlich verstärken. Auch dieser Effekt müsste eigentlich den Anhängern des Souveränitätsprinzips zusagen.

Volks- und Ständemehr) würde man sich z.B. über die Schweizerische Universitätskonferenz und ihre Kompetenzen (gemäss dem Bundesgesetz über die Förderung der Universitäten und über die Zusammenarbeit im Hochschulbereich), über den sog. Ärztestopp (2002) und gegebenenfalls einmal über Bundesübergreifende im Rahmen des Neuen Finanzausgleichs wünschen.<sup>6</sup>

## II. VERFASSUNGSWIDRIGES HANDELN UNTERHALB DER GESETZESEBENE

Ein anderes Problem, dessen Bedeutung in der Diskussion im allgemeinen unterschätzt oder nicht einmal gesehen wird, ist die mögliche Verfassungswidrigkeit der *laufenden Politik* des Bundes, die z.B. in der Finanz- und Konjunkturpolitik jahrzehntelange "Tradition" hat, woran man sich in den kürzlichen Diskussionen über die Schuldenbremse auch wieder erinnert hat. Soweit die verfassungswidrige Politik unterhalb der Gesetzesebene, also in Form von *einfachen* Bundesbeschlüssen (wie z.B. die jährlichen Budgets), Verordnungen oder Verfügungen erfolgt, ist sie im Prinzip heute schon vor Bundesgericht anfechtbar, sofern es in ihren *konkreten Individualrechten* verletzte Klageberechtigte (und -willige) gibt. Wo dies, wie z.B. in der erwähnten Budgetpolitik, nicht der Fall ist, bleibt die Verfassung mangels Sanktionierung toter Buchstabe.

Sinnvoll und aus der Sicht des Souveränitätsprinzips unproblematisch erscheint in diesen Fällen die Schaffung (bzw. Erweiterung des Kreises) von Klageberechtigten. Wenn die Parlamentsmehrheit und/oder die Behörden mit ihrer laufenden Politik den in Verfassung und Gesetz zum Ausdruck kommenden Willen des Volks missachten, dient die Aktivierung der in manchen Fällen heute schon möglichen bundesgerichtlichen Kontrolle der Durchsetzung eben dieses Volkswillens. Sinnvoll erscheint hier vor allem, den einzelnen National- und Ständeräten ein Klagerecht zu gewähren. Aus der Sicht der Volkssouveränität am konsequentesten, wenn auch vielleicht unpraktikabel, weil missbrauchgefährdet, wäre die Popularklage, also ein Klagerecht der Bürger, das es verdienen würde, in verschiedenen Varianten als interessante Ergänzung der direkten Volksrechte diskutiert zu werden.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Diese letzte Eventualität hat neuerdings die Debatte über die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz wieder aufleben lassen und wird möglicherweise zu einer partiellen Lösung für diesen Fall führen.

<sup>7</sup> Vgl. hierzu Anne van Aaken, Massenklagen im öffentlichen Recht aus institutionenökonomischer Sicht : Eine Art der direkten Volksrechte, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 86. Jg., 2003, S. 44-75.

Wo sich die Klage gegen die Verfassungswidrigkeit eines einfachen Bundesbeschlusses (*des Parlaments*), z.B. gegen das Budget, richtet, müsste das Verfassungsgericht bei Gutheissung der Klage eine *obligatorische* Volksabstimmung mit Volks- und Ständemehr ansetzen, während es als verfassungswidrig erkannte Verordnungen und Verfügungen von Bundesrat und Bundesbehörden direkt ausser Kraft setzen könnte - wie theoretisch, aber mangels Klageberechtigter nur höchst selten praktisch, schon heute.

- - -

Würde das Bundesgericht die Kompetenzen, die ihm nach dem vorstehenden Vorschlag zukommen sollten, tatsächlich nutzen, um erforderlichenfalls der Volkssouveränität auch gegen Anmassungen des Parlaments zum Durchbruch zu verhelfen ? Seit Jahrzehnten wird immer wieder, wenn auch bisher völlig folgenlos, Klage über die Politisierung der Justiz durch den Parteienproporz bei der Richterwahl geführt.<sup>8</sup> Kann man von Richtern, die ihr Amt dem Parlament und (zumindest auch) ihrer Parteizugehörigkeit verdanken, erwarten, dass sie einen von den Parteien im Parlament ausgehandelten Entscheid in Frage stellen ? Zweifel sind erlaubt; und dies zeigt, dass bei Diskussionen über die Verfassungsgerichtsbarkeit immer auch die Unabhängigkeit der Justiz von der Politik mitdiskutiert werden müsste - was meines Wissens bisher nie der Fall war.

---

<sup>8</sup> Vgl. dazu neuerdings sehr ausführlich, wenn auch auf die kantonale Ebene beschränkt, Mark M. Livschitz, Die Richterwahl im Kanton Zürich, Zürich 2002.