

Gerichtliche Normenkontrolle in der Schweiz

Judith Wyttensbach

Wir reden hier über einen Matchball

unserer direkten Demokratie.

Votum Luzi Stamm,
Nationalrat, 3. Dezember 2012

Glücklicherweise ist dieses Parlament sehr verantwortungsbewusst und entscheidet normalerweise in Abstimmung mit der Verfassung. Aber theoretisch könnten wir uns um die Verfassung foutieren und irgend etwas entscheiden. Jetzt erklären Sie einmal einem normalen Bürger, warum das so sein sollte.

Votum Daniel Jositsch,
Nationalrat, 3. Dezember 2012

Das Bundesgericht übt in der Schweiz grundsätzlich auch die Verfassungsgerichtsbarkeit aus, namentlich zur Kontrolle von kantonalen Erlassen und vorfrageweise zur Kontrolle von untergesetzlichen Bundeserlassen. Die Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen ist nach Massgabe von Art. 190 BV und im Rahmen der dazu entwickelten Bundesgerichtspraxis eingeschränkt. Rechtsanwendungsbehörden und Gerichte sind grundsätzlich an Bundesgesetze gebunden, selbst wenn diese verfassungswidrig sind. Allerdings ist das Bundesgericht bestrebt, Bundesgesetze in Einklang mit der Verfassung auszulegen. Zudem leitet es aus Art. 190 BV zwar ein Anwendungsgebot, nicht aber ein Prüfungsverbot ab. Eine Prüfung kann folglich zu Appellentscheiden an die Adresse des Gesetzgebers führen. Schliesslich geniessen Bundesgesetze keine Immunität im Verhältnis zu Normen der ratifizierten internationalen und regionalen Menschenrechtsübereinkommen. Gleichwohl hat das heutige System verschiedene negative Auswirkungen sowohl auf den Grundrechtsschutz und die Durchsetzung weiterer rechtsstaatlicher Grundsätze als auch auf die Kontrolle der Einhaltung der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung.

The Swiss Federal Supreme Court acts as a constitutional court to review cantonal primary and secondary legislation (both concrete and abstract review). It may also review federal secondary legislation, but only in the context of reviewing administrative acts (concrete judicial review of regulations). In contrast, Article 190 of the Swiss Constitution entails that federal statutes adopted by the Federal Assembly should not be subject to constitutional review. Federal statutes have to be applied by cantonal and federal administrations and courts even if they are unconstitutional. However, the Federal Supreme Court aims to construe the statutes in accordance

with the Swiss Constitution. Furthermore, the court interprets Article 190 as a duty to apply federal statutes, but not as a prohibition to examine their constitutionality. Consequently, the court has to apply the statute in a given case but can express an opinion addressed to parliament. The court may suspend the application of federal primary law to resolve a conflict with international law, but only if such conflict was not predicted and intended by parliament. In any event, the court has ruled that international human rights law always takes priority over federal statutes. The present system has negative consequences for the protection of basic rights, the enforcement of other constitutional principles and the upholding of the allocation of legislative competences within the federal state.

I. Einleitung

Um das komplizierte Labyrinth der (eingeschränkten) Verfassungsgerichtsbarkeit¹ in der Schweiz in seiner Tragweite einordnen zu können, sind einige Vorbemerkungen notwendig.

(1) Die Schweiz ist im Vergleich mit anderen Bundesstaaten nach wie vor ein ausgeprägt *dezentralisiertes* Gebilde. Die Kantone und Gemeinden besitzen in verschiedenen grundrechtsrelevanten Bereichen originäre Gesetzgebungskompetenzen, etwa im Polizei- und Bildungswesen, um nur zwei zu nennen; in diesen Sachbereichen besteht eine uneingeschränkte verfassungsgerichtliche Kontrolle von Erlassen durch das Bundesgericht und die vorgelagerten kantonalen Instanzen. Zudem vollziehen die Kantone das Bundesrecht, was häufig ausführende Gesetzgebung auf kantonaler Ebene erforderlich macht. Den Kantonen kommt dabei oft ein breiter Spielraum zu.² Auch hier ist die gerichtliche Kontrolle in aller Regel umfassend.

(2) Von Bedeutung ist ferner die *monistische Ausrichtung*: Die von der Schweiz ratifizierten Völkerrechtsverträge gelten unmittelbar als Teil der schweizerischen Rechtsordnung auf Bundesebene. Ihre Bestimmungen können, sofern sie justizierbar sind, vor allen schweizerischen Gerichten geltend gemacht werden. Zudem legen die rechtsanwendenden Behörden und Gerichte das Landesrecht völkerrechtskonform aus.

(3) Ebenfalls wichtig für das Verständnis des schweizerischen Systems ist schliesslich die *Einbindung des Volkes* in die Gesetzgebung und das *Regierungssystem*. Bundesgesetze unterstehen dem fakultativen Referendum; der Terminus

1 Der folgende Beitrag befasst sich vorrangig mit der akzessorischen (vorfragewei-sen/inzidenten/integrierten) oder abstrakten gerichtlichen Kontrolle von Erlassen. Nur am Rande behandelt wird die Kontrolle von reinen Anwendungskäten.

2 Vgl. Art. 46 Abs. 3 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101 (fortan BV).

‘Gesetzgeber‘ umfasst folglich nicht nur die Bundesversammlung, sondern erstreckt sich auf die Stimmbevölkerung. Die Schweiz kennt kein Oppositions-, sondern ein *Konkordanz- beziehungsweise Kollegialsystem*; so setzt sich der Bundesrat, das heißt die siebenköpfige Exekutive, heute (2012) aus Mitgliedern von fünf im Parlament vertretenen Parteien zusammen. Ähnliches gilt für die kantonalen Regierungen.

(4) Die *Einhaltung der Grundsätze in der Bundesverfassung* ist grundsätzlich Aufgabe aller Staatsorgane und berührt jede Staatstätigkeit.³ Erscheinungsformen einer (präventiven) Kontrolle sind etwa die Genehmigung der Kantonsverfassungen durch die Bundesversammlung, die Genehmigung kommunaler Erlassen durch die Kantone sowie die Kontrolle kantonaler Erlassen durch Genehmigungsbehörden des Bundes. Zu nennen sind ferner die Pflicht zur Darlegung der Verfassungsmässigkeit in den Botschaften des Bundesrates zu Gesetzesentwürfen oder die Prüfung von kantonalen Volksinitiativen durch die Kantonsparlamente.⁴

Auch der Bundesgesetzgeber ist wie alle anderen staatlichen Behörden über das Rechtsstaatsprinzip in Art. 5 BV an die Verfassung im Allgemeinen und über Art. 35 BV an die Grundrechte im Besonderen gebunden. Die Bindung erstreckt sich sowohl auf die Einhaltung der Normen zum verfassungsrechtlichen Individualrechtsschutz wie auch auf die föderalistische Kompetenzverteilung. Wesentlich für die Eigenart des schweizerischen Systems ist nun aber, dass diese Bindung des Bundesgesetzgebers an die Verfassung gerichtlich nicht durchgesetzt wird und sich die Legislative faktisch über die Verfassung hinwegsetzen kann, weil die Bundesverfassung in dieser Hinsicht ein besonderes Rechtschutzsystem vorschreibt.

Im Folgenden wird zunächst ein Überblick über die Art der Rechtsmittel und den Instanzenzug auf Bundesebene gegeben. Aufbauend auf diesen Grundlagen wird das System der Kontrolle von Bundeserlassen und kantonalen Erlassen dargelegt.

II. Grundlagen und Rechtsmittelwege

(1) Die Rechtsweggarantie und die anderen Verfahrensgrundrechte in Art. 29 ff. BV sowie die Art. 189 ff. BV, welche den Zugang zum Bundesgericht und die Zuständigkeiten der Bundesjustizbehörden regeln, bilden die Grundlagen für den *Rechtsschutz auf Bundesebene*. Als Standardrechtsmittel auf Bundesebene stehen

3 Rechtsstaatsprinzip, Art. 5 BV.

4 Siehe dazu im Einzelnen Auer/Malinverni/Hottelier 2006: 651 ff.

neben der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesverwaltungsgericht die sogenannten Einheitsbeschwerden in zivilrechtlichen, strafrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht sowie die subsidiäre Verfassungsbeschwerde, ebenfalls an das Bundesgericht, zur Verfügung. Die Bundesverfassung ermächtigt den Gesetzgeber, den *Zugang zum Bundesgericht* zu beschränken.⁵ Ein Ausnahmekatalog im Bundesgerichtsgesetz⁶ engt für verschiedene Sachmaterien den Zugang zur Einheitsbeschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ein. Er greift ausschliesslich bei der Anfechtung von Rechtsanwendungsakten. Dazu zählen etwa Entscheide über die ordentliche Einbürgerung, gewisse Entscheide auf dem Gebiet des Asyl- und Ausländerrechts oder Entscheide über Prüfungsergebnisse.

(2) Der übliche Rechtsmittelweg führt gegen *Rechtsanwendungsakte von kantonalen Behörden* (egal, ob sie kantonales oder Bundesrecht anwenden) zunächst an ein oberstes kantonales Gericht und dann mit Einheitsbeschwerde an das Bundesgericht. Ist der Zugang zur Einheitsbeschwerde aufgrund des Ausnahmekatalogs⁷ verwehrt, kann stattdessen eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht eingelegt werden. Mit diesem Rechtsmittel kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden. Ferner sind die Hürden für die Legitimation zu einer Beschwerde höher als bei der Einheitsbeschwerde.⁸ Die Bezeichnung dieses Rechtsmittels als ‚Verfassungsbeschwerde‘ sollte nicht dazu verleiten, die Verfassungsgerichtsbarkeit der Schweiz auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zu reduzieren. Verfassungskontrolle findet auf Bundesebene vielmehr *vorrangig* im Rahmen der Prüfung von Einheitsbeschwerden statt. Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wurde im Wesentlichen konstruiert, um Defizite des Rechtsschutzes in den ausgenommenen Sachbereichen wenigstens teilweise zu kompensieren; sie bildet die Ausnahme und ist im Grunde ein Ersatzrechtsmittel. Wird eine *Verfügung einer Bundesbehörde* angefochten, so führt der Standardweg zunächst an das Bundesverwaltungsgericht und dann – sofern keine Ausnahme vorliegt – mit Einheitsbeschwerde an das Bundesgericht. Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts über Sachmaterien, die in den Ausnahmekatalog fallen, sind letztinstanzlich.

(3) Die allgemeine Befugnis des Bundesgerichts zur akzessorischen Kontrolle von Erlassen ist in der Bundesverfassung nicht ausdrücklich erwähnt;⁹ sie ergibt

5 Art. 191 Abs. 3 BV.

6 Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht, SR 173.110 (fortan BGG)

7 Art. 83 f. BGG.

8 Art. 113 BGG. Die abstrakte Normenkontrolle ist in jedem Fall ganz ausgeschlossen. Sie erübrigt sich aber auch, weil der Ausnahmekatalog von Art. 83 im Fall abstrakter Normenkontrolle nicht zur Anwendung kommt, weshalb gegen kantonale Erlasse ausnahmslos die Einheitsbeschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen steht.

9 Vgl. Art. 188 ff. BV.

sich nach heutigem Verständnis aus dem Legalitätsprinzip in Art. 5 Abs. 1 BV und – bezüglich der Kontrolle kantonaler Erlasse – aus dem Grundsatz des Vor- rangs von Bundesrecht in Art. 49 Abs. 1 BV.

III. Kontrolle von Erlassen des Bundes

1. Grundsatz

Art. 190 BV erklärt, dass „Bundesgesetze und Völkerrecht (...) für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend (sind).“ Das Bundesgericht kann sich zwar vorfrageweise mit Bundesgesetzesnormen befas- sen, es kann ihnen aber die Anwendung nur im Fall der Völkerrechtswidrigkeit versagen. Formal-rechtlich besteht somit eine Hierarchie zwischen den Gewalten auf Bundesebene: Art. 190 BV wird allgemein als Konsequenz von Artikel 148 BV aufgefasst, wonach die Bundesversammlung, vorbehältlich der Rechte von Volk und Ständen, die höchste staatliche Gewalt bildet.¹⁰ *Bundesgesetze*¹¹ und *Völkerrecht* sind damit für das Bundesgericht und alle anderen rechtsanwendenden Behörden – erstinstanzliche Gesetzesanwendung und sämtliche Gerichte auf allen Staatsebenen – *verbindlich*. Art. 190 BV privilegiert im Ergebnis sowohl Bundesgesetze wie auch das Völkerrecht gegenüber der Verfassung. Damit kann formell korrekt zustande gekommenen Bundesgesetzen die Anwendung *im Prinzip* nicht versagt werden. Zudem können Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates grundsätzlich nicht überprüft werden,¹² es sei denn, dies ist gesetz- lich vorgesehen (Art. 189 Abs. 4 Satz 2 BV), und Kompetenzkonflikte zwischen den obersten Bundesorganen werden durch die Bundesversammlung (und nicht durch das Bundesgericht) entschieden.¹³

Seit Inkrafttreten der alten Bundesverfassung von 1874 bis zum Jahr 1969 ge- nossen Bundesgesetze vollständige Immunität; auf entsprechende Beschwerden wurde gar nicht eingetreten.¹⁴ Die Erosion dieser Immunität begann 1969, als das Bundesgericht entschied, dass Bundesgesetze verfassungskonform auszulegen seien, soweit nicht der klare Wortlaut einer solchen Interpretation entgegenste-

10 Griffel 2011a: 380.

11 Darunter fallen formell korrekt zustande gekommene Bundesgesetze gemäss Art. 163 BV sowie dringliche Bundesgesetze nach Art. 165 BV. Nicht immunisiert sind Verordnungen der Bundesversammlung.

12 Zum Beispiel der Entscheid der Bundesversammlung über die Ungültigkeit einer Volks- initiative (Art. 139 Abs. 3 BV).

13 Weiterführend Hangartner 2012: 1219.

14 Dazu etwa BGE 91 I 17 E. 2 S. 20.

he.¹⁵ Rund zwanzig Jahre später (1991) legte das Gericht unter Bezugnahme auf Anregungen in der Lehre den damaligen Art. 113 Abs. 3 BV a. f. (heute Art. 190 BV) dahingehend aus, dass er ein Anwendungsgebot, aber kein Prüfungsverbot enthalte.¹⁶

Der Grundsatz der *verfassungskonformen Auslegung* ermöglicht es dem Bundesgericht, bei lückenhaften, zweideutigen oder unklaren Gesetzesbestimmungen eine verfassungskonforme Auslegung zu wählen, ausgehend vom Grundsatz, dass der Bundesgesetzgeber vermutungsweise keine Verfassungsverletzung beabsichtigt habe.¹⁷ Um die Verfassungskonformität der Auslegung zu prüfen, muss das Bundesgericht die Norm selbst beleuchten, was wenigstens im Grundsatz die Immunität der Bundesgesetze teilweise relativiert.¹⁸ Auch bei eindeutigem Wortlaut können Bundesgesetzesnormen einer Beurteilung unterzogen werden: Wie erwähnt handelt es sich bei Art. 190 BV nach ständiger Praxis des Bundesgerichts um ein Anwendungsgebot und *nicht* um ein *Prüfungsverbot*.¹⁹ Während die abstrakte Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen im System von vornherein nicht vorgesehen ist,²⁰ kann sich das Bundesgericht *vorfrageweise/akzessorisch* zur Verfassungskonformität einer Norm in einem Bundesgesetz äussern und den Gesetzgeber „einladen, die fragliche Bestimmung zu ändern“.²¹ Die Rüge der Verfassungswidrigkeit einer Bundesgesetzesnorm führt aber nicht in jedem Fall zu einer Prüfung: Nach Ansicht des Bundesgerichts besteht nicht ohne weiteres die Veranlassung, die bundesgesetzliche Regelung einer näheren Betrachtung zu unterziehen; ob sich eine Prüfung rechtfertigt, hängt von den

15 BGE 95 I 330 E. 3 S. 332 („Jeckelmann“); in BGE 106 Ia 34 dehnte es diese Erkenntnis auf die völkerrechtskonforme Interpretation aus.

16 BGE 117 Ib 367 E. 2f S. 372. Allgemein zur Entwicklung und den Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit in der älteren Literatur Kälin 1987; Müller 1981; Auer 1991/1992; Biaggini 1991. Unter den neueren Schriften zu nennen sind (neben den nachstehend zitierten) Haller 2007; Randall 2010; Scherrer 2001.

17 Vgl. aus jüngerer Zeit zum Beispiel BGE 138 I 61 E. 4.3. S. 74 oder 129 II 249 E. 5.4. S. 263.

18 In Einzelfällen hat das Bundesgericht selbst bei klarem Wortlaut Bundesgesetzen die Anwendung verweigert, jedoch immer ausgehend von der (expliziten oder impliziten) Annahme, der Bundesgesetzgeber habe das krass verfassungswidrige Anwendungsergebnis nicht vorausgesehen und gewollt; formal bewegte sich das Gericht folglich hier immer im Bereich der verfassungskonformen Auslegung. Dazu im Einzelnen Loosser 2011: 772 ff. und 1289 f.

19 BGE 136 I 65 E. 3.2. S. 70; 131 II 710 E. 5.4. S. 721; BGE 129 II 249 E. 5.4. S. 263 mit weiteren Hinweisen.

20 Art. 82 BGG (zulässige Anfechtungsobjekte). Gemäss Art. 189 Abs. 4 BV können „Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates (...) beim Bundesgericht nicht angefochten werden. Ausnahmen bestimmt das Gesetz.“

21 BGE 136 I 65 E. 3.2. S. 70 ff.

Umständen des Einzelfalles und deren Bewertung durch das Bundesgericht ab.²² Mitunter beschränkt sich das Bundesgericht von vornherein auf den Hinweis der Massgeblichkeit von Art. 190 BV und sieht von einer materiellen Prüfung ab.²³ Auch das Bundesverwaltungsgericht kann vorfrageweise zur Verfassungskonformität von Bundeserlassen Stellung nehmen; im diffusen verfassungsgerichtlichen System der Schweiz können sich grundsätzlich selbst kantonale Gerichte äussern.

Gegen *Verordnungen des Bundesrates* ist die abstrakte Normenkontrolle ebenfalls nicht vorgesehen (zur staatsrechtlichen Klage der Kantone siehe unten). Akzessorisch/vorfrageweise können Verordnungen hingegen geprüft werden. Selbständige, das heißt verfassungsunmittelbare Verordnungen des Bundesrates unterliegen nicht den Restriktionen von Art. 190 BV und unterstehen folglich der akzessorischen Kontrolle durch das Bundesgericht; gestützt darauf ergangene vorinstanzliche Entscheide können kassiert werden. Unselbständige Verordnungen des Bundesrates – also solche, die bundesgesetzliche Vorgaben weiter ausführen – geniessen hingegen im Zusammenhang mit der akzessorischen Normenkontrolle das Anwendungsprivileg des Art. 190 BV, soweit die Verfassungswidrigkeit materiell durch das übergeordnete Bundesgesetz gedeckt ist.²⁴ Ist die Verfassungswidrigkeit nicht bereits im Bundesgesetz angelegt, kann das Bundesgericht den Verordnungsnormen die Anwendung versagen. Das Bundesverwaltungsgericht und die kantonalen Gerichte sind ebenfalls berechtigt beziehungsweise verpflichtet, vorfrageweise die Verordnungen des Bundesrates zu prüfen.²⁵

2. Vereinbarkeit mit Völkerrecht und mit jüngerem Verfassungsrecht

Da vom Anwendungsgebot gemäss Art. 190 BV auch das Völkerrecht profitiert, stellt sich natürlich die Frage, ob bei einem Konflikt Völkerrecht oder Bundesgesetzesrecht vorgeht. Aus Art. 190 BV lässt sich hierzu keine Lösung ableiten.

22 Zum Beispiel Urteil des Bundesgerichts 2C_61/2008 vom 28. Juli 2008 E. 1.3.2. Welche Kriterien hier zur Anwendung gelangen sollen, ist wenig ausgearbeitet.

23 Dies ist vergleichsweise häufig der Fall; dazu Griffel 2011a: 390.

24 Dazu etwa BGE 130 I 26; 131 II 562.

25 Im Bereich der Sachmaterien, die von der Einheitsbeschwerde ausgenommen sind, ist die akzessorische Überprüfung von Bundeserlassen durch das Bundesgericht von vornherein nur dann möglich, wenn die Rechtsanwendungssakte von kantonalen Behörden ausgehen und folglich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zur Verfügung steht. Entscheidet in solchen Materien hingegen eine Bundesbehörde, so führt der reguläre Rechtsmittelweg an das Bundesverwaltungsgericht, welches letztinstanzlich entscheidet, vgl. Ausnahmekatalog in Art. 83 BGG.

Das Bundesgericht hat folgende Praxis entwickelt: Lässt sich die Norm im Bundesgesetz nicht völkerrechtskonform auslegen, so geht das Völkerrecht prinzipiell vor und verdrängt die Gesetzesnorm.²⁶ Dieser Grundsatz gilt ausnahmslos bei Kollisionen zwischen Bundesgesetzen und später ratifiziertem Völkerrecht.²⁷ Bei Kollisionen zwischen Bundesgesetzen und *früher ratifiziertem* Völkerrecht gilt folgende Regel (sogenannte Schubert-Praxis²⁸): Falls das Bundesparlament die entsprechende Norm im Bundesgesetz willentlich, das heißt in voller Kenntnis der Völkerrechtswidrigkeit erlassen und diese also in Kauf genommen hat, geht das Bundesgesetz vor. Hierzu existiert nun wieder eine Gegenausnahme: Die Europäische Menschenrechtskonvention sowie justizable Gehalte in anderen von der Schweiz ratifizierten UN-Menschenrechtsübereinkommen gehen *immer* vor (‘PKK-Praxis’).²⁹ Dadurch geniessen jene Grundrechte der Bundesverfassung eine Privilegierung, die eine Entsprechung in den von der Schweiz ratifizierten Übereinkommen finden.³⁰ Ausgeschlossen von diesem Privileg sind etwa das (nur) in der Bundesverfassung beziehungsweise den kantonalen Verfassungen verankerte Willkürverbot, die (selbstständige) Rechtsgleichheit, die Wirtschaftsfreiheit oder die Eigentumsgarantie. In einem ganz neuen Entscheid vom 12. Oktober 2012 betonte das Bundesgericht den Vorrang der Europäischen Menschenrechtskonvention nicht nur vor den Bundesgesetzen, sondern auch vor widersprechenden Verfassungsbestimmungen.³¹

26 Vgl. heute Art. 5 Abs. 4 BV; BGE 122 II 485 E. 3a S. 487.

27 Erstmals ausdrücklich und mit Rechtsfolge in BGE 119 V 271 E. 3d S. 275; siehe auch 125 II 417; 123 II 193; 124 II 480.

28 Begründet in BGE 99 Ib 39 E. 3 S. 43 (seit 1973 mehrfach bestätigt).

29 BGE 125 II 417 E. 4d S. 425; bestätigt unter anderem in BGE 136 III 168 E. 3.3.2. S. 171 f. (ein Entscheid, in welchem das Bundesgericht eine klare Stellungnahme in der Sache vermeiden konnte; es wich dadurch einem Konflikt mit dem Parlament aus, welches kurz zuvor entschieden hatte, trotz verschiedener Urteile des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte – die Schweiz und andere Länder betreffend – den Grundsatz der Einheit des Familiennamens über die Gleichbehandlung von Mann und Frau zu stellen); 131 II 352 E. 1.3.1. S. 355 und 133 V 367 E. 11.2. S. 388. Art. 122 BGG erklärt Entscheide des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in welchen die Schweiz verurteilt wird, zu den Gründen, die zu einer Revision eines Bundesgerichtsentseides führen.

30 Dazu zählen namentlich die bürgerlichen und politischen Rechte von Europäischer Menschenrechtskonvention und UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte von 1966, aber auch die kindspezifischen Rechte im UNO-Übereinkommen über die Rechte des Kindes von 1989.

31 2C_828/2011 vom 12. Oktober 2012. In casu ging es um die Frage, ob die sehr eng formulierte Verfassungsbestimmung zur Ausschaffung straffälliger Ausländerinnen und Ausländer, die mit der sogenannte ‘Ausschaffungsinitiative’ den Weg in die Verfassung gefunden hatte, mit der Europäischen Menschenrechtskonvention vereinbar sei und ob Verfassung oder Konvention Vorrang geniessen.

Nach überwiegender Lehrmeinung – und nach der Ansicht des Bundesrates in der Botschaft zur Bundesverfassung von 1999 – gehen jüngere Verfassungsbestimmungen älteren Bundesgesetzen vor.³² Seit Inkrafttreten der Bundesverfassung von 1999 würde sich damit bei der Prüfung von älteren Bundesgesetzen im Grunde immer die Frage stellen, ob eine heutige Verfassungsbestimmung im Rahmen der reinen Nachführung des damaligen ungeschriebenen oder geschriebenen Verfassungsrechts liegt oder ob es sich – gestützt auf die historische Auslegung anhand der Materialien zur BV von 1999 – materiell betrachtet um einen neuen Verfassungsgehalt handelt und damit das „jüngere Verfassungsrecht“ dem Bundesgesetz vorgehen soll. Das Bundesgericht hat sich noch nicht eindeutig geäussert; in seiner bisherigen Rechtsprechung hat es Bundesgesetze unabhängig von der Frage, ob jüngeres oder älteres Verfassungsrecht vorliegt, generell für massgeblich erachtet.³³ Temporale Aspekte hat es lediglich im Zusammenhang mit der vorfrageweisen Kontrolle von Kantsverfassungsbestimmungen erörtert (dazu unten).

IV. Kontrolle von kantonalen Erlassen durch das Bundesgericht

1. Abstrakte Normenkontrolle

Gegen kantonale Erlassen sämtlicher Stufen – also gegen genuin kantonales Recht sowie Gemeinderecht, überdies gegen Verträge zwischen Kantonen (Konkordate) – ist die *abstrakte Normenkontrolle* durch das Bundesgericht grundsätzlich immer zulässig. Der Ausnahmekatalog in Art. 83 BGG kommt bei der Anfechtung von kantonalen Erlassen nicht zur Anwendung,³⁴ die Einheitsbeschwerde zur abstrakten Prüfung der Verfassungskonformität von kantonalen Erlassen steht also in *allen* Sachbereichen zur Verfügung.³⁵ Sieht das kantonale Verfahrensrecht direkt im Anschluss an die Publikation des neuen Erlasses beziehungsweise der neuen Norm ein abstraktes Normenkontrollverfahren auf kanto-

32 So auch Botschaft des Bundesrates vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBI 1997 I 1, 429; aus der Literatur etwa Biaggini 2007: 853; Hangartner 2008: 2810 mit weiteren Nachweisen.

33 Dazu Kiener/Krüsi 2009: 248 f. mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

34 Dies gilt nicht nur für die direkte Anfechtung kantonaler Erlassen beim Bundesgericht. Die Einheitsbeschwerde ist ebenfalls immer zulässig (und der Ausnahmekatalog kommt nicht zur Anwendung), wenn es um den Weiterzug eines Normenkontrollentscheides durch ein kantonales Gericht geht.

35 Folglich erübrigt sich in diesen Fällen das Ersatz-Rechtsmittel der subsidiären Verfassungsbeschwerde.

naler Ebene vor, muss dieses zuerst durchlaufen werden, bevor Beschwerdeführende mit Einheitsbeschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gelangen können. Existiert in einem Kanton kein solches fristgebundenes abstraktes Normenkontrollverfahren, können beziehungsweise müssen kantonale Erlassen direkt nach ihrer amtlichen Veröffentlichung beim Bundesgericht angefochten werden.³⁶

Nach den normalen Regeln legitimiert, das heißt beschwerdeberechtigt, sind Personen, welche durch den angefochtenen Erlass besonders berührt sind und an der Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse haben.³⁷ Nach bунdesgerichtlicher Praxis genügt für die Legitimation im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle eine virtuelle Betroffenheit, das heißt die Möglichkeit, dass die betreffende Norm in Zukunft einmal auf die Beschwerdeführenden angewendet werden könnte.³⁸ Eine minimale Wahrscheinlichkeit reicht aus. Nicht legitimiert sind Personen, die künftig gar nicht in den persönlichen, sachlichen, zeitlichen oder örtlichen Geltungsbereich des Erlasses fallen könnten. Personen, die nicht im betreffenden Kanton (oder der betreffenden Gemeinde) ihren Wohnsitz haben, sind nur ausnahmsweise legitimiert.

Gerügt werden kann unter anderem die Verletzung von Bundesrecht sämtlicher Stufen (inklusive Bundesverfassungsrecht), von kantonalem Verfassungsrecht und von Völkerrecht.³⁹ Das Bundesgericht prüft grundsätzlich frei, ob die kantonalen Erlassen mit dem übergeordneten Recht in Einklang stehen (zur Prüfungsdichte und zur Frage der Aufhebung von Erlassen siehe unten).

36 Art. 82 lit. b BGG (kantonale Erlassen als Anfechtungsobjekte); Art. 87 BGG (relative Subsidiarität bei der abstrakten Normenkontrolle); Art. 101 BGG (Frist von 30 Tagen). Zu einer seltenen Ausnahme: Sehen Kantone ein nicht fristgebundenes, das heißt jederzeitiges Recht zur Einleitung eines abstrakten Normenkontrollverfahrens an ein kantonales Gericht vor, muss die abstrakte Normenkontrolle an das Bundesgericht direkt im Anschluss an die Publikation des Erlasses ergriffen werden (vgl. BGE 137 I 107 E. 1.3. und 1.4. S. 109). Ein späteres Normenkontrollverfahren auf kantonaler Ebene kann nicht weitergezogen werden (die Praxis des Bundesgerichts behandelt diese Kantone folglich so, wie wenn sie gar kein Normenkontrollverfahren auf kantonaler Ebene kennen würden).

37 Art. 89 BGG.

38 Unter vielen BGE 137 I 77 E. 1.4. S. 81.

39 Art. 95 lit. a (Bundesrecht), lit. b (Völkerrecht) und lit. c BGG (kantonale verfassungsmässige Rechte); vgl. Art. 189 Abs. 1 BV. Ebenfalls gerügt werden kann die Verletzung von kantonalen Bestimmungen über die politische Stimmberichtigung der Bürger und Bürgerinnen und über Volkswahlen und -abstimmungen (siehe auch Art. 95 Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht, SR 173.110).

2. Akzessorische/vorfrageweise Prüfung von kantonalen Erlassen

Die Schweiz kennt ein diffuses System der akzessorischen Normenkontrolle gegenüber kantonalen Erlassen. Zulässig ist die akzessorische Prüfung kantonaler Erlasse folglich nicht nur durch kantonale Gerichte, sondern auch im Rahmen der Beurteilung von Einheitsbeschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten durch das Bundesgericht. Gerügt werden kann namentlich die Verletzung von Bundesrecht (inklusive Verfassungsrecht), von Völkerrecht oder von kantonalen verfassungsmässigen Rechten. Diese integrierte Verfassungskontrolle ist über den ganzen Verlauf des funktionellen Instanzenzuges hinweg möglich.

Hier kommt nun allerdings hinsichtlich des Zugangs zum Bundesgericht ein Ausnahmekatalog zur Anwendung:⁴⁰ Fallen Entscheide kantonalen Behörden unter die sachlichen Ausnahmen zur Einheitsbeschwerde in Art. 83 BGG, muss subsidiäre Verfassungsbeschwerde eingelegt werden. Das Bundesgericht kann dann im Rahmen des Entscheides über die subsidiäre Verfassungsbeschwerde vorfrageweise/akzessorisch prüfen, ob der dem Entscheid zugrundeliegende kantonale Erlass die verfassungsmässigen Rechte verletzt.⁴¹ Gerügt werden kann folglich nicht die Verletzung sämtlichen Bundesrechts, sondern eingeschränkt lediglich die Verletzung verfassungsmässiger Rechte; unter diesen Terminus fallen neben der Bundesverfassung⁴² auch die kantonalen verfassungsmässigen Rechte sowie die justizialen Bestimmungen in den von der Schweiz ratifizierten internationalen und regionalen Menschenrechtsübereinkommen. Neben den Grundrechten können auch Verfassungsnormen mit rechtsstaatlichem oder bundesstaatlichem Hintergrund angerufen werden, zum Beispiel der Grundsatz der Gewaltenteilung, der Vorrang des Bundesrechts oder die Gemeindeautonomie.

3. Zwei Sonderfälle

Hinsichtlich der Normenkontrolle gegenüber kantonalem Recht sind *zwei Sonderfälle* zu erwähnen.

40 Gemäss Art. 191 Abs. 3 BV kann das Gesetz Ausnahmen vom Zugang zum Bundesgericht definieren.

41 Kiener/Rütsche/Kuhn 2012: 417.

42 Auch Willkür und Rechtsungleichheit in der *Rechtssetzung* können mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde gerügt werden. Nicht selbstständig gerügt werden können hingegen Willkür und die Rechtsungleichheit in der *Rechtsanwendung*. Hier verlangt das Bundesgericht zusätzlich, dass sich die Beschwerdeführenden auf ein rechtlich geschütztes Interesse berufen können, welches sich aus einem kantonalen oder bundesrechtlichen Erlass herleiten lässt; dazu BGE 136 I 229 E. 3.2. S. 235; 133 I 185 E. 5 und 6 S. 193 ff.

Erstens kann das Anwendungsgebot in Art. 190 BV indirekt auch kantonales Recht gegen eine Aufhebung immunisieren. Grundsätzlich ist das Anwendungsgebot auf kantonales Recht zwar nicht unmittelbar anwendbar. Wird aber eine verfassungswidrige kantonale Regelung, die Bundesrecht vollzieht, durch ein entsprechendes Bundesgesetz gedeckt, so greift das Anwendungsgebot sowohl hinsichtlich der akzessorischen wie der abstrakten Normenkontrolle auf das kantonale Recht durch.⁴³

Zweitens gelten spezielle Regeln hinsichtlich der Überprüfung von Bestimmungen der Kantonsverfassungen. Hier übernimmt die Bundeslegislative die Prüfung der Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht: Kantonsverfassungen (und alle ihre Änderungen) werden von der Bundesversammlung auf ihre Verfassungskonformität hin geprüft und – sofern nichts zu beanstanden ist – mit einfacherem Bundesbeschluss genehmigt.⁴⁴ Gemäss bundesgerichtlicher Praxis kann in der Folge nicht mehr mit abstrakter Normenkontrolle die Bundesverfassungswidrigkeit einer Kantonsverfassungsbestimmung gerügt werden.⁴⁵ Hingegen bleibt die akzessorische Normenkontrolle auch hier möglich, aber nur hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Bundes- beziehungsweise Bundesverfassungsrecht und Völkerrecht, welches erst *nach* dem Genehmigungsbeschluss durch die Bundesversammlung erlassen worden ist. Die Überprüfung kann sich auch auf Grundsätze erstrecken, die sich nach dem Gewährleistungsbeschluss im Verlauf der Verfassungsrechtsprechung des Bundesgerichts herausgebildet oder weiterentwickelt haben.⁴⁶ Das Bundesgericht ist hier allerdings zurückhaltend.⁴⁷

43 BGE 119 Ia 241. Bei einer abstrakten Normenkontrolle, namentlich bei der Überprüfung eines kantonalen Gesetzes, kann das Bundesgericht auch einer nachträglichen Änderung der Rechtslage Rechnung tragen und insbesondere neu in Kraft getretenes, übergeordnetes Bundesrecht mitberücksichtigen, sofern ein enger sachlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht; BGE 136 I 65 E. 3.3. und 3.4. S. 71 f.

44 Weil die Bundesversammlung nur mit einfacherem Bundesbeschluss und nicht in einem Gesetz über die Gewährleistung entscheidet, dürfte die Kantonsverfassung eigentlich nicht am Anwendungsgebot von Art. 190 BV partizipieren. Allerdings hält Art. 189 Abs. 4 BV fest, dass Akte der Bundesversammlung vor dem Bundesgericht nicht angefochten werden können.

45 BGE 118 Ia 124 (Nichteintreten).

46 BGer-Entscheid 1C_407/2011 E. 3.; siehe ferner allgemein zur akzessorischen Überprüfbarkeit von Kantonsverfassungen BGE 131 I 85 E. 2.4. S. 89; 121 I 138 E. 5c S. 147; 116 Ia 359.

47 So etwa die Formulierung in BGE 131 I 185 E. 2.4. S. 89, die Frage der politischen Rechte betreffend: „Die neue Bundesverfassung vom 18. April 1999 stellt prinzipiell eine blosse Nachführung der Verfassung vom 29. Mai 1874 dar und hat insbesondere bei der Regelung der Wahl- und Abstimmungsfreiheit keine inhaltlichen, über eine Nachführung hinausgehenden Änderungen mit sich gebracht (vgl. Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBI 1997 I 191 zu Art. 30 BV).“

4. Wirkungen der Urteile

Das Bundesgericht pflegt den Grundsatz der Normerhaltung. Es kassiert die Norm bei einer *abstrakten Normenkontrolle* gegen kantonale Erlasse folglich nur, wenn sie sich einer völkerrechts- oder verfassungskonformen Auslegung und Anwendung entzieht.⁴⁸ Bei Gutheissung kann das Bundesgericht die beanstandeten Normen mit Wirkung *erga omnes* und *ex nunc* aufheben.⁴⁹ Die Kassation stellt zwar die Regel dar, doch kann das Bundesgericht auch normgestaltend beziehungsweise normkorrigierend entscheiden.⁵⁰

Ausnahmsweise hebt es eine kantonale Norm trotz festgestellter klarer Verfassungs- oder Völkerrechtswidrigkeit nicht auf: Dies ist dann der Fall, wenn eine Aufhebung der Norm im Kontext des Gesamterlasses oder im Kontext anderer kantonalen Gesetze zu neuen Konflikten mit der Verfassung führen würde (etwa zu neuer Ungleichheit) beziehungsweise eine Normkorrektur aufgrund der funktionalen Gewaltentrennung nicht zulässig erscheint und daher nur der Gesetzgeber legitimiert ist, eine konforme Lösung zu erarbeiten. In solchen Fällen wird die Beschwerde mit einem sogenannten Appellentscheid abgewiesen, gleichzeitig ergeht in der Entscheidbegründung an die Adresse des Gesetzgebers der Hinweis, dass die geltenden Regelungen verfassungsrechtlich problematisch sind.⁵¹

Im Verfahren der *konkreten Normenkontrolle* bleibt die beanstandete Norm in Kraft, der gestützt auf sie ergangene Entscheid wird jedoch aufgehoben. Es ist Aufgabe des kantonalen oder kommunalen Gesetzgebers, die Norm formell aufzuheben.⁵² Auch bei der konkreten Normenkontrolle kann das Bundesgericht selbst bei festgestellter Verfassungswidrigkeit aufgrund der vorstehend beschriebenen Güterabwägung von einer Aufhebung des Entscheids absehen.⁵³

48 Unter vielen BGE 137 I 31 E. 2 S. 39 f.; 133 I 77 E. 5.5. S. 87; BGE 133 I 1 E. 6.1. S. 6.

49 BGE 137 I 77 E. 3.4. S. 86.

50 Vgl. Art. 107 Abs. 2 BGG. Aus der älteren Rechtsprechung siehe etwa BGE 101 Ia 557 (Doppelbesteuerung). So hat das Bundesgericht etwa im BGE 116 Ia 359 E. 10 S. 379 befunden, dass den Frauen im Kanton Appenzell Innerrhoden unmittelbar mit dem Gerichtsentscheid das Stimmrecht zu gewähren sei: „Die staatsrechtlichen Beschwerden von Ursula Baumann und Mitbeteiligten sowie Mario Sonderegger und Mitbeteiligten werden im Sinne der Erwägungen gutgeheissen. Es wird festgestellt, dass den Frauen die politischen Rechte im Kanton Appenzell I.Rh. gestützt auf Art. 16 Abs. 1 KV in Verbindung mit den Art. 4 Abs. 2 BV und 6 Abs. 2 BV zustehen.“

51 Erstmals BGE 110 Ia 7 („Hegetschweiler“); 117 V 318 E. 4c S. 322 f.; siehe auch BGE 131 I 74 E. 6.1. S. 85 („Wahlkreiseinteilung“). Weitere Beispiele bei Rütsche 2005: 274.

52 BGE 129 I 265 E. 2.3. S. 268; 121 I 102 E. 4 S. 104; 117 Ia 97 E. 1 S. 99 f.

53 So etwa geschehen in BGE 129 I 185 E. 8.3.2. S. 206.

V. Klagen wegen Kompetenzkonflikten zwischen Bund und Kantonen

Das Bundesgericht beurteilt als einzige Instanz Klagen wegen positiver oder negativer Kompetenzkonflikte zwischen Bund und Kantonen, ob diese nun die Rechtssetzung oder die Rechtsanwendung betreffen.⁵⁴ Klageberechtigt sind Bund und Kantone, vertreten durch die kantonalen Exekutiven beziehungsweise den Bundesrat. Hier findet sich insofern eine Art ‚abstrakte Normenkontrolle‘ gegenüber Bundeserlassen, als die Kantone unmittelbar mit Klage einen Bundeserlass beanstanden können.⁵⁵ Allerdings sind auch hier Bundesgesetze und Völkerrechtsverträge aufgrund von Art. 190 BV verbindlich und müssen vom Bundesgericht selbst dann angewendet werden, wenn sie der Aufgabenverteilung der Bundesverfassung widersprechen, sich mithin auf keine verfassungsrechtlich verankerte Kompetenz des Bundes stützen können. Wirkungsvoll ist dieses selten angerufene Kontrollinstrument mithin lediglich gegenüber untergesetzlichen Erlassen des Bundes.

VI. Normenkontrolle durch die kantonalen Gerichte

Die Kantone sind aufgrund der Organisationsautonomie⁵⁶ befugt, ihre Justizbehörden und das Verfahren in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten in den Grenzen der Rechtsweggarantie⁵⁷ und den daraus resultierenden bundesgesetzlichen Vorschriften (zum Beispiel über Vorinstanzen des Bundesgerichts) sowie den Verfahrensgrundrechten frei zu regeln. Die Pflicht der kantonalen (Verfassungs-)Gerichte, *akzessorisch* die Vereinbarkeit von kantonalem Recht mit dem übergeordneten Bundesrecht und Völkerrecht zu kontrollieren, ergibt sich aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz des Vorrangs von Bundesrecht.⁵⁸ Die Kantone sind verpflichtet, vor der letzten kantonalen Gerichtsinstanz mindestens die Rügen zuzulassen, die vor dem Bundesgericht erhoben werden können.⁵⁹ Da

54 Art. 120 Abs. 1 lit. a BGG (Art. 189 Abs. 2 BV).

55 Siehe zum Beispiel BGE 125 II 152 („Geldspielautomatenverordnung“; in diesem Fall war die Klage im Ergebnis aber erfolglos); dazu Auer/Malinverni/Hottelier 2006: 789.

56 Art. 43 BV.

57 Art. 110 BGG konkretisiert hinsichtlich der Rechtsweggarantie in Art. 29a BV: „Soweit die Kantone nach diesem Gesetz als letzte kantonale Instanz ein Gericht einzusetzen haben, gewährleisten sie, dass dieses selbst oder eine vorgängig zuständige andere richterliche Behörde den Sachverhalt frei prüft und das massgebende Recht von Amtes wegen anwendet.“

58 Art. 49 Abs. 1 BV beziehungsweise Legalitätsprinzip in Art. 5 Abs. 1 BV. Überdies verpflichtet Art. 191b BV die Kantone dazu, richterliche Behörden zur Beurteilung von öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten einzurichten.

59 Art. 111 Abs. 3 BGG.

das Bundesgericht auch die Einhaltung kantonaler verfassungsmässiger Rechte⁶⁰ prüft, leitet sich direkt aus dem Bundesrecht auch eine Pflicht der Kantone ab, die Erlasse vorfrageweise/akzessorisch auf ihre Vereinbarkeit mit kantonalen verfassungsmässigen Rechten zu prüfen. Viele Kantonsverfassungen erwähnen explizit die akzessorische Prüfung und die Pflicht zur Nichtanwendung von kantonalen Erlassen, die der Kantonsverfassung oder übergeordnetem Bundesrecht widersprechen.⁶¹

Keine Pflicht besteht hingegen zur Einrichtung von Verfahren zur *abstrakten Normenkontrolle*. Auf kantonaler Ebene findet sich folglich die typisch helvetische Systemvielfalt. Ein Verfahren der abstrakten Normenkontrolle durch ein kantonales oberstes Gericht oder spezifisch durch ein Verfassungsgericht finden wir in den Kantonen Graubünden, Jura, Aargau, Nidwalden und Waadt.⁶² Teilweise ist die abstrakte Normenkontrolle nicht nur unmittelbar und fristgebunden in Anschluss an die Publikation des Erlasses möglich, sondern jederzeit.⁶³ Einige Kantone kennen zwar ein abstraktes Normenkontrollverfahren, aber beschränkt auf gewisse Sachmaterien⁶⁴ oder auf die Kontrolle der unteren Normstufen beziehungsweise der delegierten Rechtssetzung durch die kantonalen Exekutiven.⁶⁵ Sehen die Kantone ein akzessorisches Normenkontrollverfahren vor, müssen hier

60 Art. 189 Abs. 1 lit. d BV sowie Art. 95 lit. c BGG.

61 Zum Beispiel Art. 106 Abs. 2 KV (= Kantonsverfassung) Glarus, Art. 66 Abs. 3 KV Bern, Art. 66 Abs. 2 KV Nidwalden, Art. 116 Abs. 2 lit. b KV Basel-Stadt, Art. 86 Abs. 1 KV Basel-Landschaft, Art. 88 Abs. 3 KV Solothurn, Art. 79 Abs. 1 und 2 KV Zürich, Art. 73 Abs. 2 KV Tessin. In der Regel ist die diffuse, das heißt eine durch alle kantonalen Gerichte vorzunehmende Prüfung explizit vorgesehen.

62 Art. 55 Abs. 3 KV Graubünden, Art. 104 Abs. 1 KV Jura, Art. 69 Abs. 2 Ziff. 2 KV Nidwalden und Art. 136 Abs. 1 KV Waadt.

63 So etwa gemäss § 70 Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Aargau vom 4. Dezember 2007 (SAR 271.100/200).

64 Im Kanton Basel-Stadt ist die abstrakte Kontrolle von kantonalen Gesetzen beschränkt auf die Rüge der Verletzung der kantonsverfassungsrechtlich garantierten Gemeindeautonomie, vgl. § 30a ff. Gesetz über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege des Kantons Basel-Stadt vom 14. Juni 1928, in der Fassung vom 1. Januar 2011 (SG 270.100).

65 So etwa der Kanton Aargau im vorstehend in Fußn. 63 erwähnten Gesetz, welches die Normenkontrolle auf Erlasse mit verwaltungsrechtlichem Inhalt beschränkt. Der Kanton Zürich erlaubt die abstrakte Normenkontrolle nur gegen Erlasse unterhalb der Stufe des formellen Gesetzes (also Verordnungen etc., vgl. Art. 79 Abs. 1 und 2 KV Zürich sowie § 19 lit. d Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 24. Mai 1959 (Ordnungsnummer 175.2)); gleiches gilt für den Kanton Schaffhausen (vgl. Art. 46 des Justizgesetzes vom 9. November 2009 [SG 173.200] und Art. 51 ff. Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen des Kantons Schaffhausen vom 20. September 1971 (SG 172.200)). Im Kanton Luzern ist die abstrakte Kontrolle lediglich gegen Verwaltungsverordnungen zulässig (vgl. § 188 Abs. 2a des Gesetzes des Kantons Luzern über die Verwaltungsrechtspflege vom 3. Juli 1972 (SG 40)).

– siehe vorstehend – alle Rügen zulässig sein, welche vor Bundesgericht erhoben werden dürfen.⁶⁶

VII. Auswirkungen des Systems

1. Die historische Entwicklung

Die Verfassung von 1848 verwies die Staatsrechtsprechung an die politischen Organe; das Bundesgericht sollte nur über Fälle entscheiden, welche ihm von der Bundesversammlung überwiesen worden waren.⁶⁷ Dieses Modell hatte einerseits einen politischen Hintergrund; man wollte die Weiterentwicklung des Staatsrechts durch Gesetzgebung *und* Rechtsprechung in der Kontrolle des freisinnig dominierten Parlaments lassen. Andererseits basierte das Modell auch auf Vorstellungen über die Funktionen von gesetzgebender Gewalt und Gerichtsbarkeit. Noch in den Erläuterungen zur Totalrevision der BV in den 1870er Jahren lässt sich lesen, dass die verfassungsmässigen Rechte zu wenig gefestigt seien, als dass man sie den Richtern überlassen dürfe.⁶⁸ Unter der Verfassung von 1874 – und im Wesentlichen ab 1893 – wurde dem Bundesgericht zwar die Kompetenz zur Kontrolle der Einhaltung einzelner Grundrechte gegenüber den Kantonen übertragen, dies erfolgte jedoch erst zu einem Zeitpunkt, als die Konkretisierung bundesstaatlich besonders wichtiger Grundrechte wie der Glaubens- und Gewissensfreiheit, der Handels- und Gewerbefreiheit oder der Niederlassungsfreiheit unter der Staatsrechtsprechung der Bundesversammlung bereits fortgeschritten war.⁶⁹ Wie Looser darlegt, beruhte das Massgeblichkeitssgebot der Bundesgesetze auf einem von der Volkssouveränität geprägten Verständnis der Gewaltenteilung, wonach die Bundesversammlung als direkte Volksvertretung, unter Vorbe-

66 Art. 95 BGG.

67 Art. 74 und 105 BV 1848.

68 Botschaft des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung, betreffend die Revision der Bundesverfassung vom 17. Juni 1870, BBl 1870 II 665, 700: „Es wird wohl Jeder-mann damit einverstanden sein, dass bei der endlichen Ausscheidung der Gebiete keine Materien dem Bundesgerichte übergeben werden, in welchen die Rechtsverhältnisse noch schwankend sind, denn es gehört ja nicht zu den Funktionen des Richters, das Recht zu machen, sondern er hat das gegebene Recht nur anzuwenden.“ Zum Richter als Subsumptionsautomat auch Looser 2011: 1285.

69 Erst mit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege von 1893 vollzog sich die Übertragung der (meisten der) entsprechenden Kompetenzen an das Bundesgericht. Dazu die Aufarbeitung bei Müller 1981: 60 f.; Müller, ebd.: 62, stellt die berechtigte Frage, ob sich der Auftrag zur Integration des Gemeinwesens Schweiz unter der „unpolitischen“ Lenkung eines Gerichts überhaupt hätte verwirklichen lassen.

halt der Rechte von Volk und Ständen, die oberste Gewalt sein sollte.⁷⁰ Aus dieser Perspektive folgte die Verankerung des damaligen Art. 113 Abs. 3 – dem heutigen Art. 190 BV – in der Verfassung von 1874 durchaus einer rechtspolitischen Logik: Das Bundesgericht sollte vor allem die Einhaltung des Bundesrechts durch die Kantone sicherstellen, nicht aber den Bundesgesetzgeber kontrollieren. Hingegen besteht historisch betrachtet kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Erweiterung des direktdemokratischen Instrumentariums und der Beschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit. Der Ausbau der direktdemokratischen Instrumente war vielmehr eine Reaktion auf das Vollmachtenregime während des zweiten Weltkrieges.

Der Grundsatz der Massgeblichkeit der Bundesgesetze ist in Politik und Lehre immer wieder kritisiert worden. Wiederholt wurden in der Vergangenheit Vorschläge zu einer Reform des Systems eingebracht – diese reichten von Volksinitiativen (1939⁷¹) über parlamentarische Initiativen bis zu bundesrätlichen Vorlagen, zum Beispiel 1999 im Rahmen der Justizreform⁷² oder einige Jahre später im Zusammenhang mit der Föderalismusreform (NFA)⁷³. Trotz praktisch einhelliger Unterstützung durch die Staatsrechtslehre war keiner dieser Bestrebungen Erfolg beschieden. Am 4. Dezember 2012 hat sich der Nationalrat – wie vor ihm schon der Ständerat – ein weiteres Mal mit Art. 190 BV befasst. Die Bestimmung überstand aber auch diesen Revisionsversuch unbeschadet und mit deutlichem Ergebnis.⁷⁴ Die Lager sind in politischer Hinsicht ziemlich deutlich aufgeteilt: Während sich linke und grüne Parteien für die Verfassungsgerichtsbarkeit einsetzen und die Mitteparteien teilweise gespalten sind, findet sich die Gegnerschaft heute vor allem im rechts-bürgerlichen bis konservativen Lager (siehe dazu im Einzelnen den Beitrag von Naguib in diesem Band).

70 Dazu Looser 2011: 1285.

71 BBl 1939 I 161 f.

72 Vorschlag zur Einführung einer inzidenten Anwendungskontrolle, beschränkt auf die Rügen der Verletzung verfassungsmässiger Rechte und des justizialen Völkerrechts; siehe Vorentwurf BV, Art. 178 (Justizreform), dazu Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I, 505 ff.

73 Vorschlag zur Einführung einer gerichtlichen Kontrolle bei Verletzung der Kompetenzverteilung, siehe Art. 189 Abs. 2 lit. a Entwurf BV, BBl 2002 2464.

74 Der Nationalrat beschloss mit 101 zu 68 Stimmen bei 2 Enthaltungen, auf den Antrag betreffs Streichung von Art. 190 BV (parlamentarische Initiativen Heiner Studer, 05.445, sowie Vreni Müller-Hemmi, 07.476) nicht einzutreten. Das Nichteintreten erfolgte entgegen den Anträgen der vorbereitenden Rechtskommission des Nationalrates (vgl. BBl 2011 7271) sowie des Bundesrates (vgl. BBl 2011 7595). In erster Lesung vom 6. Dezember 2011 war der Nationalrat seiner Kommission noch mit 94 gegen 86 Stimmen gefolgt. Im Juni 2012 hatte bereits der Ständerat (die kleine Kammer) die Vorlage mit 27 gegen 17 Stimmen deutlich zurückgewiesen.

Die Argumente gegen einen Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit sind über alle Etappen unterschiedlicher Revisionsansätze hinweg ähnlich geblieben. Verfassungsbestimmungen seien, so wird etwa dargelegt, unbestimmt und es obliege vorrangig dem Willen des Bundesgesetzgebers, sie zu konkretisieren. Zudem lasse das Konzept der Referendumsdemokratie die Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen nicht zu; im Übrigen stelle die Möglichkeit zum Referendum gerade ein wirkungsvolles Mittel zur Bekämpfung von Verfassungswidrigkeiten durch den Souverän dar. Im Zusammenhang mit der Konkordanzdemokratie wird vorgebracht, Richter dürften nicht einen jahrelangen politischen Prozess und die politischen Aushandlungsergebnisse zunichtenmachen. Eine umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit habe außerdem eine Stärkung der Judikative und letztlich eine Politisierung des Gerichts zur Folge, weil sich dieses zu Fragen äußern müsste, die dem demokratischen Aushandlungsprozess zu überlassen seien. Umgekehrt führe die Verfassungsgerichtsbarkeit zu einer Verrechlichung der Politik. In die neuere Zeit fallen Argumente, die mit der jüngeren Praxis des Bundesgerichts argumentieren: Diese bringen vor, dass eine Prüfung inzwischen ja möglich sei, die Appellentscheide des Bundesgerichts gehört beziehungsweise Revisionen an die Hand genommen würden und das Zusammenspiel der Gewalten insofern gut funktioniere.⁷⁵ Herauszuhören ist bei manchen ein gewisses Misstrauen gegenüber dem Bundesgericht, welches insbesondere unter der alten, in Bezug auf Grundrechte einsilbigen Verfassung mit der Anerkennung ungeschriebener Grundrechte und der weitreichenden Konkretisierung der persönlichen Freiheit durchaus innovative Verfassungsfortbildung betrieben, Minderheiten geschützt und in neuerer Zeit dafür gesorgt hat, dass die internationalen Menschenrechtsübereinkommen in der Schweiz unter Umständen auch gegen den Willen der Bundesversammlung durchgesetzt werden.⁷⁶

75 Siehe etwa die Argumente bei Seiler 2010: 536 ff.; exemplarisch für weitere Argumentationsweisen etwa auch ein Votum im Nationalrat: „Verfassungsnormen sind in der Regel offen formuliert. Deren Ausgestaltung und Konkretisierung ist Aufgabe der Legislative. (...) Das Bundesgericht würde bestimmen oder mitbestimmen, wie eine offene Verfassungsnorm zu konkretisieren ist. Eine solche Vermischung der Zuständigkeiten ist unserem Staatsverständnis fremd und nicht zulässig. Sie widerspricht dem Prinzip der Gewaltenteilung. (...) Der Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit würde zu einer Stärkung der Judikative, letztlich im Sinne einer politischen Einflussnahme, führen.“ (Votum NR Vogler, 3.12.2012).

76 Das Bundesgericht war unter der alten Bundesverfassung schöpferisch; es hat, wie Müller festhält, unter den spärlichen expliziten grundrechtlichen Vorgaben der Verfassung von 1874 „in Erfüllung seines Verfassungsauftrages selbst bestimmt, was es als verfassungsmässiges Recht unter seinen Schutz nehmen will“, Müller 1981: 68 f. mit Beispielen. Heute sind diese Grundrechtsgehalte in der Bundesverfassung von 1999 verankert, mithin auch demokratisch legitimiert.

2. Konsequenzen der eingeschränkten Verfassungsgerichtsbarkeit

In den ersten Jahrzehnten unter der alten Bundesverfassung war die eingeschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit von weitaus geringerer rechtlicher Tragweite als heute, weil die Gesetzgebungskompetenzen zunächst überwiegend bei den Kantonen und nicht beim Bund lagen.⁷⁷ Inzwischen sind die Kompetenzverhältnisse ziemlich genau umgekehrt: Zwar besitzen die Kantone nach wie vor in einigen erhöht grundrechtsrelevanten Sachmaterien originäre Gesetzgebungs-kompetenzen, doch letztlich verfügt der Bund heute über wesentlich mehr Gesetzgebungsbefugnisse als die Kantone, ein Prozess der Hochzonung, der sich im Übrigen ständig weiter fortsetzt. Damit belastet die heutige Regelung sowohl das bundesstaatliche Verhältnis wie auch die individualrechtlichen Ansprüche der Privaten weitaus stärker als früher.

Die Perspektive des verfassungsrechtlichen Individualrechtsschutzes: Allgemein wurde die praktische Bedeutung von Art. 190 BV von Gegnern wie Befürworten einer ausgebauten Verfassungsgerichtsbarkeit immer wieder mit dem Argument heruntergespielt, dass nur wenige Bundesgesetze der Verfassung widersprüchen. Nach einer neueren Untersuchung – pikantweise aus der Feder eines bekennenden Gegners der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen – dürften aber doch deutlich mehr Bundesgesetzesnormen als bisher angenommen den Anforderungen der Verfassung nicht genügen – jedenfalls nicht, wenn man den Massstab anlegt, welchen das Bundesgericht gegenüber kantonalen Erlassen verwendet. Dabei handelt es sich beispielsweise um verfassungsrechtlich fragwürdige Gesetzesbestimmungen aus den Bereichen Asyl- und Ausländerrecht, Steuerrecht, Sozialversicherungsrecht, Zivil- und Strafrecht.⁷⁸ Um Bundesgesetze herauszufordern, müssen sich Rechtssuchende heute auf die Europäische Menschenrechtskonvention oder den UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte berufen, was zu einer Privilegierung all jener Grundrechte in der Verfassung führt, die in diesen Übereinkommen abgebildet sind. Alle anderen Grundrechte bleiben im Verhältnis zu Bundesgesetzen zahnlos. Dies ist weder mit dem Gedanken der Subsidiarität des internationalen Menschenrechtschutzes noch mit dem Grundsatz der Einheit der Verfassung zu vereinbaren.⁷⁹

Die demokratische Kontrolle mittels Referendum vermag den Rechtsschutz durch ein Gericht nicht zu kompensieren. Zwar kann der Souverän mit dem Referendum die Aktivitäten des Parlaments rückgängig machen und auch die schiere Referendumsmöglichkeit beziehungsweise -drohung kann bereits disziplinierend auf die Räte wirken. Dies alles *kann* der Verfassungstreue des Bundespar-

77 Dazu Looser 2011: 223 ff.; Auer 2001: 161 ff.

78 Siehe die akribische Aufzählung bei Seiler 2010: 406 ff. und 440 f.

79 Dazu Auer 2001: 167.

laments und der angemessenen Kompromissfindung zwischen konfligierenden öffentlichen Interessen oder zwischen öffentlichen Interessen und den Anliegen privater Interessengruppen dienen. Es vermag aber die gerichtliche Überprüfung der Erlasse im Anwendungsfall nicht zu substituieren. Diese dient dazu, in einem konkreten Fall verfassungsrechtlich geschützte Individualinteressen gegen jene öffentlichen Interessen abzuwägen, die mit einer bundesgesetzlichen Bestimmung verfolgt werden. Diese Funktion wird umso bedeutsamer, wenn eine schwerdeführende Person einer nicht referendumsfähigen Minderheit angehört oder (zum Beispiel als Ausländerin oder Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz oder als Minderjährige) überhaupt keine demokratischen Mitbestimmungsrechte besitzt. Die beiden Systeme sind vielmehr als Ergänzung zu verstehen: Während das Referendum als demokratischer Aspekt in das Gesetzgebungsverfahren einfließt, dient die vorfrageweise Normenkontrolle der rechtsstaatlichen Kontrolle. Zwar darf davon ausgegangen werden, dass sich das Bundesparlament auch ohne richterliche Kontrolle um Verfassungstreue bemüht – doch ist nicht jeder Interessenskonflikt vorhersehbar und nicht jeder Anwendungsfall für die Zukunft antizipierbar. Eine „Feinabstimmung“⁸⁰ zwischen Verfassung und einfachem Gesetz beziehungsweise der „Dialog“⁸¹ zwischen Gesetzgeber und Justiz dient der Rechtsstaatlichkeit. Folgerichtig hält die Rechtskommission des Nationalrates zu ihrem jüngsten (gescheiterten) Revisionsversuch fest, dass das Modell sich „gegenseitig ergänzender und beschränkender Gewalten“ dem schweizerischen Verfassungsverständnis besser entspreche als die Vorstellung einer streng logischen Trennung zwischen dem Gesetzgeber, der Recht schafft, und den Gerichten, die bloss den gesetzgeberischen Willen nachvollziehen.⁸²

Die Parallelität von Referendumsdemokratie und Individualrechtsschutz funktioniert im Zusammenhang mit kantonaler Gesetzgebung im Übrigen reibungslos und wird als *System* auf dieser Ebene auch von niemandem beanstandet. Dabei geht es keineswegs nur um die Sicherstellung der bundesstaatlichen Rechtseinheitlichkeit durch das Bundesgericht, sondern um Verfassungsrechtsprechung im engeren Sinne. Die kantonalen Gerichte und das Bundesgericht waren bisher durchaus in der Lage, im Hinblick auf die Kontrolle kantonaler Erlasse die verfassungsrechtlichen Vorgaben mit Augenmaß zu konkretisieren und dabei die Grenzen richterlicher Gestaltungsspielräume nicht zu verlassen. Das Bundesgericht ist in der Überprüfung kantonaler Erlasse sehr zurückhaltend; seine Rechtsprechung zur vorfrageweisen (und abstrakten) Normenkontrolle stösst in der Li-

80 Biaggini 2006: 177.

81 Griffel 2011b: 460.

82 „Parlamentarische Initiativen Verfassungsgerichtsbarkeit. Bundesverfassung massgebend für rechtsanwendende Behörden“, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 12. August 2011, BBI 2011 7271: 7281.

teratur folglich heute kaum auf grundsätzliche Kritik. Es ist nicht einsichtig, warum dies bei einer umfassenden vorfrageweisen Kontrolle gegenüber Bundesgesetzen anders sein sollte: die Verfassungsnormen und ihre Konkretisierungsbedürftigkeit sind hier wie dort die gleichen.

Auch ist das Argument kaum nachvollziehbar, dass eine ausgebauten Verfassungsgerichtsbarkeit mit dem politischen Konkordanzprozess in der Schweiz nicht vereinbar sei. Der politische K(r)ampf um eine mühsam in den Räten erarbeitete Kompromissformel sollte eine Missachtung elementarer Verfassungswerte nicht rechtfertigen dürfen. Niemand würde diesen Grundsatz in Frage stellen, soweit er für die Kantone gilt: Auch deren politische Entscheidfindung erfolgt unter konkordanten Bedingungen, dennoch muss die gefundene Lösung sowohl die Kantons- wie die Bundesverfassung beachten. In einem Konkordanzsystem ist zudem die Gefahr der Verpolitisierung der obersten Gerichte eher gering, zum einen, weil alle politischen Akteure in den Gesetzgebungsprozess eingebunden sind, zum anderen, weil gerade in der Schweiz die Richterschaft die parteipolitische Zusammensetzung spiegelt.

Zwar leitet das Bundesgericht nach heutiger Praxis aus Art. 190 BV kein Prüfungsverbot mehr ab, sondern ‚nur‘ noch ein Anwendungsgebot. In diesem Kontext kann es an die Adresse des Bundesgesetzgebers kritische Appellentscheide richten. Diese Urteile besitzen allenfalls eine objektiv-rechtliche Funktion, sie vermögen allerdings nicht wirksam für Einzelfallgerechtigkeit und den Ausgleich zwischen öffentlichen Interessen und Individualinteressen zu sorgen. Zudem besteht nach wie vor keine Sicherheit, dass die Rüge der Verfassungswidrigkeit einer Bundesgesetzesnorm durch das Bundesgericht auch tatsächlich geprüft wird und gegebenenfalls ein Appellentscheid ergeht; wie oben dargelegt, kann das Bundesgericht unter Berufung auf Art. 190 BV von einer Prüfung gänzlich absehen (und tut dies auch regelmässig).⁸³

Die bundesstaatliche Perspektive: Der Bund ist an die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung gebunden und der Vorrang des Bundesrechts sollte sich grundsätzlich nur auf die kompetenzkonformen Bundeserlassen beziehen. Aufgrund von Art. 190 BV fehlt allerdings auch hier die Durchsetzbarkeit: Die Kantone, die Bundesverwaltung sowie das Bundesgericht müssen kompetenzwidrige Bundesgesetze anwenden⁸⁴ und es bleibt den Kantonen verwehrt, vor Gericht umfassend die Einhaltung der Zuständigkeitsordnung zu verlangen.⁸⁵ Kompe-

83 Im Grunde ist die Rüge der Verletzung von Bundesverfassungsrecht durch ein Bundesgesetz nach wie vor eine *unbeachtliche* Rüge.

84 Auer/Malinvern/Hottelier 2006: 1036 ff.

85 Vgl. auch die Legitimationsbestimmungen in Art. 89 BGG: Kantone sind grundsätzlich nicht zur Beschwerde berechtigt sondern auf den Klageweg verwiesen, während die Bundesbehörden beschwerdelegitimiert sind, siehe dazu oben, Abschnitt IV.

tenzüberschreitende Aktivitäten des Bundesgesetzgebers kommen, wie die bereits erwähnte Untersuchung zeigt, durchaus vor.⁸⁶ Damit wirkt sich die eingeschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit einseitig zugunsten der Bundeslegislative und zum Nachteil kantonaler Freiräume und der verfassungsrechtlich garantierten Befugnisse der kantonalen Legislativen beziehungsweise der kantonalen Stimmbevölkerung aus.

Kohärenz der Rechtsordnung: Die bundesgerichtliche Rechtsprechung gegenüber kantonalen Erlassen hat zu einer Vereinheitlichung des kantonalen Rechts auf dem Niveau eines verfassungsrechtlichen Minimalstandards – etwa hinsichtlich der Einhaltung der Grundrechte, aber auch der Grundsätze der Gewaltentrennung beziehungsweise des Legalitätsprinzips – geführt. Ein Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundeserlassen würde diese horizontale Abgleichung mit einer verbesserten vertikalen Rechtsvereinheitlichung ergänzen. Heute aber ist das System nicht kohärent: So wurden beispielsweise kantonale steuerrechtliche Bestimmungen kassiert, die im Bund weiterhin angewendet werden. Auch hat das Bundesgericht gegenüber den Kantonen geschlechterdiskriminierende Regelungen im Bereich der Sozialversicherungen beanstandet – vergleichbare Regelungen auf Bundesebene gelten aber weiter.⁸⁷ Während das Bundesgericht gegenüber den Kantonen über die Einhaltung des Legalitätsprinzips und namentlich über die Beachtung der Grundsätze zur Delegation von Gesetzgebungsbefugnissen an die Exekutive wacht, kann die Einhaltung dieser elementaren Verfassungsprinzipien bei mangelhaften Bundesgesetzen (und durch sie gedeckte Verordnungen) nicht erzwungen werden. Es liegen Beispiele vor, in welchen auf Bundesebene das Legalitätsprinzip beziehungsweise die Grundsätze der Gesetzesdelegation verletzt werden, aber aufgrund von Art. 190 BV keine Handhabung dagegen besteht.⁸⁸ Auch diese Konstellation privilegiert die Bundeslegislative gegenüber dem kantonalen Gesetzgeber und benachteiligt die Rechtsuchenden. Es bleibt letztlich ein den Rechtsunterworfenen kaum zu erklärender Widerspruch, weshalb eine kantonale Regelung als verfassungswidrig kassiert beziehungsweise nicht angewendet wird, die gleiche oder eine vergleichbare Regelung auf Bundesebene aber weiterhin unangetastet bleibt.

Stufenordnung und demokratische Perspektive: Schliesslich unterläuft der Mechanismus, dass Bundesgesetze die Verfassung derogieren können, die Normenhierarchie: Treffend bemerken Auer/Griffel in diesem Zusammenhang, dass Art. 190 BV als Verfassungsnorm in Bezug auf Bundesgesetze die formelle Natur der Verfassung und damit sich selbst negiere, was Art. 190 BV als juristi-

86 Siehe zu Beispielen fragwürdiger Kompetenzabstützung Seiler 2010: 430 ff.

87 Dazu schon Cavelti/Birri 1998: 160 ff.

88 Zu den Beispielen Seiler 2010: 433 ff.

sches Paradoxon entlarve.⁸⁹ Selbst unter demokratischen Gesichtspunkten ist die heutige Lösung kaum befriedigend, auch wenn gerade das demokratische Argument immer wieder *gegen* eine umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit bemüht wird. Zwar enthält die Bundesverfassung, anders als das deutsche Grundgesetz, keine „Ewigkeitsklausel“, sondern sie kann jederzeit ganz oder teilweise abgeändert werden. Das Verfahren muss jedoch erhöhten demokratisch-bundesstaatlichen Anforderungen genügen: Notwendig ist eine obligatorische Volksabstimmung und die Änderung muss sowohl von der Mehrheit der Stimmenden wie von einer Mehrheit der ‚Stände‘, also der Kantone, angenommen worden sein.⁹⁰ Demgegenüber unterliegen Bundesgesetze lediglich dem fakultativen Referendum und zu ihrer Annahme genügt das Volksmehr.⁹¹ Eine ausgebauten Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen würde insofern die demokratischen Rechte des Stammvolks und die Ansprüche der Stände schützen, als sie in Ergänzung zum Referendum sicherstellen könnte, dass die qualifiziert demokratisch durch Volk und Stände legitimierte Verfassung nicht durch die Akte oder Erlasse der Bundesversammlung missachtet wird.

Literatur

- Auer, Andreas (1991/1992) Grundlagen und aktuelle Probleme der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Jg. 40: 111 ff.
- Auer, Andreas (2001) Der Richter und das Bundesgesetz: Variationen zu einem gestörten Verhältnis, *ZGRG*, Jg. 4, Heft 1: 161 ff.
- Auer, Andreas/Griffel, Alain (2012) Die schweizerische Bundesverfassung ohne Artikel 190 BV, *Justice – Justiz – Giustizia*: 1 ff.
- Auer, Andreas/Malinverni, Giorgio/Hottelier, Michel (2006) *Droit constitutionnel suisse*, Bd. I, L’Etat, 2. Aufl., Berne.
- Biagianni, Giovanni (1991) *Verfassung und Richterrecht*, Basel/Frankfurt am Main.
- Biagianni, Giovanni (2006) Abstrakte und konkrete Normenkontrolle, *ius.ful*, Jg. 3: 164 ff.
- Biagianni, Giovanni (2007) *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zürich.
- Cavelti, Ulrich/Birri, Jürg (1998) Die Kantone – Prügelknaben der fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit?, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hg.), *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen*. Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen: 155 ff.
- Griffel, Alain (2011a) Rechtsschutz, insbesondere Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Biagianni, Giovanni/Gächter, Thomas/Kiener, Regina (Hg.), *Staatsrecht*, Zürich: 366 ff.
- Griffel, Alain (2011b) Differenzierte Verfassungsgerichtsbarkeit – eine Antwort auf Martin Schubarths Buch „Verfassungsgerichtsbarkeit“, *SJZ*, Jg. 107: 460 ff.

89 Auer/Griffel 2012: 4.

90 Art. 139 und 140 BV.

91 Art. 141 BV.

- Haller, Walter (2007) Das schweizerische Bundesgericht als Verfassungsgericht, in: Starck, Christian/Weber, Albrecht (Hg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I: Berichte, Baden-Baden: 93 ff.
- Hangartner, Yvo (2007) Kommentar zu Art. 190 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich: 2795 ff.
- Hangartner, Yvo (2012) Zwischenhalt in der Verfassungsgerichtsbarkeit, AJP, Jg. 21: 1213 ff.
- Kälin, Walter (1987) Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, Bern.
- Kiener, Regina/Rütsche, Bernhard/Kuhn, Mathias (2012) Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich/St. Gallen.
- Kiener, Regina/Krüsi, Melanie (2009) Bedeutungswandel des Rechtsstaates und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl, Jg. 110: 237 ff.
- Looser, Martin E. (2011) Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen. Eine Bestandesaufnahme unter Berücksichtigung der amerikanischen und deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit, der Geschichte der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit sowie der heutigen bundesgerichtlichen Praxis, Zürich/St. Gallen.
- Müller, Jörg P. (1981) Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL, Jg. 39: 53 ff.
- Randall, Maya H. (2010) L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle: défis et perspectives, ZSR, Jg. 129: 221 ff.
- Scherrer, Thomas (2001) Geschichte und Auslegung des Massgeblichkeitsgebots von Art. 190 BV, St. Gallen.
- Seiler, Hansjörg (2010) Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Verfassungsrecht, Richterrecht und Politik, ZRS, Jg. 129: 381 ff.

