

05.445

**Parlamentarische Initiative. Verfassungsgerichtsbarkeit**

07.476

**Parlamentarische Initiative. Bundesverfassung massgebend für rechtsanwendende Behörden**

**Bericht und Vorentwurf der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates**

vom 17. Februar 2011

---

# **1 Ausgangslage**

## **1.1 Parlamentarische Initiativen**

Am 7. Oktober 2005 reichte der ehemalige Nationalrat Heiner Studer eine parlamentarische Initiative ein und verlangte damit eine Änderung der Bundesverfassung, welche die gerichtliche Überprüfung der Verfassungsmässigkeit auf die Bundesgesetze erweitere. Sein Vorschlag orientierte sich am Entwurf, welcher bei der Totalrevision der Bundesverfassung gescheitert war (vgl. dazu unten Ziff. 1.4). Am 12. Oktober 2007 prüfte die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates die Initiative und beschloss mit 9 zu 7 Stimmen bei 6 Enthaltungen, ihr Folge zu geben. Die ständerätliche Schwesterkommission stimmte diesem Beschluss am 13. Mai 2008 nicht zu (7 zu 5 Stimmen). Am 17. Oktober 2008 beschloss die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates mit 15 zu 8 Stimmen bei einer Enthaltung, an ihrem Entscheid festzuhalten. Der Nationalrat gab der Initiative am 28. April 2009 mit 80 zu 67 Stimmen Folge. Die ständerätliche Kommission stimmte diesem Beschluss am 15. Juni 2009 mit 6 zu 5 Stimmen zu.

Am 5. Oktober 2007 reichte die ehemalige Nationalrätin Vreni Müller-Hemmi ihre parlamentarische Initiative ein, welche verlangt, die Massgeblichkeit der Bundesgesetze bei Verfassungswidrigkeit zu relativieren. Am 17. Oktober 2008 hat die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates mit 14 zu 8 Stimmen bei 2 Enthaltungen der parlamentarischen Initiative Folge gegeben. Die ständerätliche Schwesterkommission stimmte diesem Beschluss am 15. Juni 2009 einstimmig zu.

## **1.2 Arbeiten der Kommission**

Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates beschloss am 28. Januar 2010, eine Subkommission einzusetzen mit dem Auftrag, die verschiedenen Möglichkeiten der Umsetzung der parlamentarischen Initiativen zu prüfen, die damit verbundenen Fragen zu klären und der Kommission innert einem Jahr Bericht zu erstatten.

Diese Subkommission tagte zwischen April und November 2010 viermal. Mitglieder der Subkommission waren Daniel Vischer (Präsident), Viola Amherd, Kurt Fluri, Daniel Jositsch, Yves Nidegger, Barbara Schmid-Federer, Pirmin Schwander, Carlo Sommaruga und Luzi Stamm.

Die Subkommission hörte Rechtsexperten sowie eine Delegation des Bundesgerichts an. Sie hatten sich insbesondere darüber zu äussern, ob es aus staatsrechtlicher Sicht angezeigt sei, die Verfassungsgerichtsbarkeit auf die Prüfung der Bundesgesetze zu erweitern. Zudem hatten sie eine allgemeine Beurteilung der beiden parlamentarischen Initiativen abzugeben und allenfalls andere Lösungen vorzuschlagen.

Nach Prüfung mehrerer Lösungsvorschläge beschloss die Subkommission am 10. September 2010, der Kommission zwei Varianten zu unterbreiten. Sie bevorzugte die Variante A, die in einer ersatzlosen Aufhebung von Artikel 190 der Bundesverfassung bestand. Als Variante B schlug sie vor, Artikel 190 um einen zweiten Absatz zu erweitern, der das Anwendungsgebot in denjenigen Fällen relativiert, in welchen die entsprechende Bestimmung ein Grundrecht der Bundesverfassung oder eine Menschenrechtsgarantie des Völkerrechts verletzt.

Am 20. Januar 2011 nahm die Kommission den vorliegenden Entwurf mit 15 zu 8 Stimmen bei 2 Enthaltungen an. Eine Minderheit beantragt, auf diesen Vorentwurf nicht einzutreten. Die Kommission sprach sich mit grosser Mehrheit (d. h. mit 22 zu 2 Stimmen bei 2 Enthaltungen) für die Aufhebung von Artikel 190 der Bundesverfassung aus, während eine Minderheit die von der Subkommission vorgeschlagene Variante B unterstützt. Die Kommission verabschiedete den vorliegenden erläuternden Bericht am 17. Februar 2011. Sie wurde bei ihrer Arbeit gemäss Artikel 112 Absatz 1 des Parlamentsgesetzes durch das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement unterstützt.

### **1.2.1 Ergebnisse der Anhörungen der Subkommission**

Die Teilnehmer der Anhörungen vom 28. Mai 2010 befürworteten grundsätzlich eine Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit, insbesondere weil die Verfassung in der innerstaatlichen Normenhierarchie über den Bundesgesetzen steht. Es wurde als stossend empfunden, dass völkerrechtlich garantierte Grundrechte die Anwendung von Bundesgesetzen im Einzelfall untersagen können, jedoch nicht die Grundrechte der Bundesverfassung. Mit der fortschreitenden Übertragung der Gesetzgebungskompetenzen auf den Bund, werde die Notwendigkeit der Überprüfbarkeit immer akuter. Die ausgebauten schweizerischen Volksrechte stünden dem nicht entgegen, weil die demokratische Legitimation der Verfassung durch das obligatorische Referendum und das Erfordernis des Ständemehrs bei Verfassungsänderungen grösser ist als bei den Bundesgesetzen. Die Anhörungsteilnehmer sprachen sich mehrheitlich für ein diffuses System aus, bei welchem die Überprüfung von Bundesgesetzen allen rechtsanwendenden Behörden zusteht. Ein System, das sich auf das Bundesgericht als Überprüfungsinstanz konzentriert, wurde abgelehnt, unter anderem mit dem Argument, für die Qualität der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei es wichtig, dass sich bereits eine Instanz mit der zu beurteilenden Frage auseinandergesetzt habe.

## **1.3 Geltendes Recht**

### **1.3.1 Prüfung von Entscheiden und Erlassen auf ihre Übereinstimmung mit der Bundesverfassung und dem Völkerrecht**

Die Behörden aller Stufen in Bund und Kantonen sind verpflichtet, bei der Rechtsetzung und Rechtsanwendung die Bundesverfassung und das Völkerrecht zu beachten. Dass die Bundesverfassung einzuhalten ist, ergibt sich schon aus ihrem Wesen als Staatsverfassung. Als Bundesrecht hat die Bundesverfassung auch Vorrang vor kantonalem Recht (Art. 49 BV). Zur Beachtung des Völkerrechts sind Bund und Kantone nach Artikel 5 Absatz 4 BV aufgefordert.

Alle rechtsanwendenden Behörden sind grundsätzlich gehalten, Bestimmungen von Erlassen, die höherrangigem Recht widersprechen, von Amtes wegen nicht anzu-

wenden.<sup>1</sup> Diese Pflicht ist eine Konsequenz des in Artikel 5 Absatz 1 BV verankerten Legalitätsprinzips.<sup>2</sup>

Verstösst ein Entscheid gegen die Bundesverfassung oder gegen Völkerrecht, so kann dies in den Rechtsmittelverfahren des eidgenössischen und kantonalen Rechts gerügt werden.<sup>3</sup> Ein solcher Verstoss kann sich auch daraus ergeben, dass ein verfassungs- oder völkerrechtswidriger Erlass angewendet worden ist.

Die Rechtmässigkeit von kantonalen Erlassen kann nicht nur im Anwendungsfall – als Vorfrage – überprüft werden (konkrete Normenkontrolle). Auch gegen die kantonalen Erlasse selbst kann nach Artikel 82 Buchstabe b Bundesgerichtsgesetz (BGG; SR 173.110) beim Bundesgericht Beschwerde geführt werden (abstrakte Normenkontrolle). Für Erlasse des Bundes kennt die Bundesgesetzgebung hingegen keine direkte Anfechtung, d.h. keine abstrakte Normenkontrolle.

### 1.3.2                   Einschränkung nach Artikel 190 BV

Die Kontrolle der Verfassungsmässigkeit von Normen nach den oben (Ziff. 1.3.1) dargestellten Grundsätzen erfährt durch Artikel 190 BV eine wesentliche Einschränkung: Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend. Sie sind auch dann anzuwenden, wenn sie der Bundesverfassung widersprechen.

Der Wortlaut von Artikel 190 BV entstand im Rahmen des Projekts der Nachführung der Bundesverfassung aus Artikel 113 Absatz 3 der Bundesverfassung von 1874.<sup>4</sup> Die frühere BV sprach zwar nicht von Völkerrecht, sondern nur von den durch die Bundesversammlung genehmigten Staatsverträgen. Die Ausdehnung des Vorbehalts auf Staatsverträge, die der Bundesrat selbständig abgeschlossen hat, und auf andere Quellen des Völkerrechts (z.B. Völkergewohnheitsrecht, allgemeine Regeln des Völkerrechts) entsprach jedoch der herrschenden Lehre und ständigen Praxis des Bundesgerichts. Auch die Nennung der anderen rechtsanwendenden Behörden (neben dem Bundesgericht) als Normadressaten ging nicht über eine Nachführung des früheren Verfassungsrechts hinaus.

<sup>1</sup> ANDREAS AUER / GIORGIO MALINVERNI / MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Bern 2006, Rz. 1895 ff.; ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, Neuenburg 1984, S. 327, 1020; FRITZ GYGI, *Verwaltungsrecht*, Bern 1986, S. 95; ULRICH HÄFELIN / WALTER HALLER / HELEN KELLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 7. Aufl., Zürich 2008, Rz. 2073 ff.; BGE 107 Ib 243 E. 4; 108 Ib 540 E. 4c.

<sup>2</sup> PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2. Aufl., Bern 2007, § 11 Rz. 36.

<sup>3</sup> Vgl. insb. Art. 95 Bst. a und b, 110, 111 Abs. 3 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110); Art. 49 Bst. a des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021).

<sup>4</sup> Vgl. Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1, S. 428 f.

Weichen neue – d.h. erst nach Artikel 190 BV angenommene – Verfassungsbestimmungen von bestehenden Bundesgesetzen ab, so kommt ihnen nach herrschender Auffassung Vorrang zu.<sup>5</sup>

Das Vorhaben, Artikel 190 BV im Zuge der Justizreform materiell zu ändern, wurde von den Eidgenössischen Räten schlussendlich in der Einigungskonferenz aufgegeben (vgl. dazu unten Ziff. 1.4).

### 1.3.3 Praxis des Bundesgerichts zu Artikel 190 BV

Massgeblichkeit der Bundesgesetze und des Völkerrechts im Sinne von Artikel 190 BV bedeutet, dass ihnen nicht unter Berufung auf die Bundesverfassung die Anwendung versagt werden darf. Nach einer mittlerweile etablierten Praxis versteht das Bundesgericht Artikel 190 BV nicht als Verbot, die Vereinbarkeit von Bundesgesetzen oder Völkerrecht mit der Bundesverfassung auch nur zu prüfen.<sup>6</sup> Stellt es aber bei einer solchen Prüfung eine Verfassungswidrigkeit fest, so kann es lediglich in der Urteilbegründung darauf hinweisen.

Wenn die Verfassungs- oder Völkerrechtskonformität eines Bundesgesetzes zweifelhaft ist, untersucht das Bundesgericht zuerst, ob das Gesetz so ausgelegt werden kann, dass ein Widerspruch zum übergeordneten Recht vermieden wird. Kein Raum für eine verfassungs- bzw. völkerrechtskonforme Auslegung besteht jedoch dort, wo die anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung eindeutig zu einem anderen Ergebnis führen.<sup>7</sup> In diesem Fall entscheidet das Bundesgericht nach folgenden Kriterien, welchem Recht Priorität einzuräumen ist:

- Völkerrechtliche Normen, die dem Schutz der Menschenrechte dienen, haben Vorrang vor Bundesgesetzen.<sup>8</sup> Dies gilt namentlich für die durch die Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten<sup>9</sup> (EMRK) und den Internationalen Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte<sup>10</sup> (UNO-Pakt II) garantierten Menschenrechte. Soweit die Grundrechte der Bundesverfassung nicht über die Menschenrechte des Völkerrechts hinausgehen, geniessen sie damit die gleiche Vorrangstellung.

<sup>5</sup> Botschaft (Fn. 4), S. 429; ANDREAS AUER / GIORGIO MALINVERNI / MICHEL HOTTELIER, a.a.O. (Fn. 1), Rz. 1890; GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007, Art. 190 N. 14; YVO HANGARTNER, in: Bernhard Ehrenzeller / Philippe Mastronardi / Rainer J. Schweizer / Klaus A. Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2008, Art. 190 N. 33; PASCAL MAHON, in: Jean-François Aubert / Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zürich 2003, Art. 190 N. 15; RENÉ RHINOW / MARKUS SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, Basel 2009, Rz. 2858.

<sup>6</sup> YVO HANGARTNER, a.a.O. (Fn. 5), Art. 190 N. 8 mit Hinweisen.

<sup>7</sup> Vgl. FRITZ GYGI, a.a.O. (Fn. 1), S. 144.

<sup>8</sup> BGE 125 II 417 E. 4d; 133 II 450 E. 2.2; 136 II 241 E. 16.1; ANDREAS AUER / GIORGIO MALINVERNI / MICHEL HOTTELIER, a.a.O. (Fn. 1), Rz. 1882 ff.; GIOVANNI BIAGGINI, a.a.O. (Fn. 5), Art. 190 N. 16; ULRICH HÄFELIN / WALTER HALLER / HELEN KELLER, a.a.O. (Fn. 1), Rz. 1926a; YVO HANGARTNER, a.a.O. (Fn. 5), Art. 190 N. 32; PASCAL MAHON, a.a.O. (Fn. 5), Art. 190 N. 9; RENÉ RHINOW / MARKUS SCHEFER, a.a.O. (Fn. 5), Rz. 2863, 3643.

<sup>9</sup> SR 0.101.

<sup>10</sup> SR 0.103.2.

- Betrifft die Normenkollision kein Grundrecht oder eines, das nicht im Völkerrecht verankert ist, so geht das (einer verfassungskonformen Auslegung nicht zugängliche) jüngere Bundesgesetz dem früheren Verfassungsrecht vor. Sofern das Gesetz ausdrücklich im Wissen um die Völkerrechtswidrigkeit erlassen worden ist, geht es auch dem früheren Völkerrecht vor („Schubert-Praxis“).<sup>11</sup>

Zu den Grundrechten der Bundesverfassung, die nicht oder nur teilweise durch das Völkerrecht geschützt werden, gehören insbesondere der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 8 Abs. 1 BV), das Willkürverbot (Art. 9 BV), die Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV), die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV), die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und die Wahl- und Abstimmungsfreiheit (Art. 34 BV).

#### **1.4 Revisionsbestrebungen im Vorfeld der Justizreform vom 12. März 2000**

Einer der Gründe, weshalb der Bundesrat in der Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung einen separaten Bundesbeschluss über die Reform der Justiz vorlegte, bestand darin, dass am bisherigen Justizsystem Lücken im Rechtsschutz bemängelt wurden. Eine solche Lücke resultierte nach Auffassung des Bundesrates vor allem aus der Massgeblichkeit von Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen (Art. 113 Abs. 3 und 114<sup>bis</sup> Abs. 3 der Bundesverfassung von 1874). Vor dem Hintergrund der seit 1874 erfolgten erheblichen Kompetenzverlagerung von den Kantonen zum Bund und der völkerrechtlichen Einbettung der Schweiz (insbesondere Inkrafttreten der EMRK) war der Bundesrat der Ansicht, dass es nicht mehr zu überzeugen vermag, dass die wichtigsten Erlasse des Bundes einer richterlichen Überprüfung gänzlich entzogen sind.<sup>12</sup>

Der Beschlusssentwurf C über die Reform der Justiz enthielt einen Artikel 178 mit der Überschrift „Normenkontrolle“. Dieser sah eine konzentrierte akzessorische Normenkontrolle vor, bei der ausschliesslich dem Bundesgericht die Prüfung obliegen sollte, ob ein Bundesgesetz gegen verfassungsmässige Rechte oder gegen Völkerrecht verstösst (Abs. 1). Auf Begehren eines Kantons hätte das Bundesgericht im Zusammenhang mit einem Anwendungsakt auch die Übereinstimmung eines Bundesgesetzes mit den verfassungsmässigen Zuständigkeiten der Kantone zu prüfen gehabt (Abs. 2). Dem Bundesgericht wäre der Entscheid anheimgestellt worden, ein Bundesgesetz trotz Verletzung des Verfassungs- oder Völkerrechts anzuwenden (Abs. 3). Im Vernehmlassungsverfahren waren diese Vorschläge des Bundesrates grossmehrheitlich auf Zustimmung gestossen.<sup>13</sup>

In der parlamentarischen Beratung des erwähnten Artikels beschloss der Ständerat am 5. März 1998 mit 19 zu 14 Stimmen, seiner Kommission und dem Entwurf des Bundesrates zu folgen.<sup>14</sup> Der Nationalrat folgte am 25. Juni 1998 mit 87 zu 39 Stimmen einer Minderheit seiner Kommission, welche die Erweiterung der Verfas-

<sup>11</sup> BGE 99 Ib 39; 136 III 168 E. 3.3.4.

<sup>12</sup> Botschaft (Fn. 4), S. 490, 492 f.

<sup>13</sup> Vgl. Botschaft (Fn. 4), S. 89 ff.

<sup>14</sup> AB 1998 S 258 ff.

sungsgerichtsbarkeit ablehnte und die Formulierung des heutigen Artikels 190 BV vorschlug.<sup>15</sup> Der Ständerat hielt an seinem Beschluss am 1. Oktober 1998 mit 26 zu 11 Stimmen fest.<sup>16</sup> Am 9. Juni 1999 stimmte der Nationalrat mit 95 zu 56 Stimmen im Wesentlichen der Fassung des Ständerates und Bundesrates zu. In Absatz 1 bezeichnete er die Grundrechte und das direkt anwendbare Völkerrecht als Prüfungsmassstab (statt verfassungsmässige Rechte und Völkerrecht).<sup>17</sup> Der Ständerat stimmte diesem Wortlaut am 30. August 1999 mit 23 zu 15 Stimmen zu.<sup>18</sup>

Anlässlich der Bereinigung der letzten Differenzen zur Justizreform sprach sich die Verfassungskommission des Nationalrates für eine Teilung der Vorlage aus. Die Normenkontrolle sollte aus der Justizreform herausgelöst und zum Gegenstand eines separaten Bundesbeschlusses gemacht werden. Die Kommission des Ständerates verweigerte in der Folge die notwendige Zustimmung zu Varianten- oder Teilabstimmungen, erklärte sich aber damit einverstanden, dass eine neue Differenz in der Form des Verzichts auf die Normenkontrolle für Bundesgesetze geschaffen werde. Dies führte dazu, dass der Nationalrat am 6. Oktober 1999 den Artikel über die Normenkontrolle mit 105 zu 55 Stimmen aus der Vorlage strich.<sup>19</sup> Auf Antrag der Einigungskonferenz stimmten am 7. Oktober 1999 beide Räte dieser letzten Fassung des Nationalrates zu.<sup>20</sup> Der Kommissionssprecher deutscher Sprache, Nationalrat Rolf Engler, führte dazu im Nationalrat aus: „Die nationalrätliche Verfassungskommission bedauert es ausserordentlich, dass der Ständerat der Aufteilung der Vorlage nicht zugestimmt hat. Die ständerätliche Kommission war der Auffassung, dass eine Aufteilung einen ‚Abschuss‘ der Normenkontrolle – oder zumindest die Freigabe dazu – bedeutet hätte. Ihre Kommission teilt diese Auffassung nicht; sie war der Meinung, dass wir damit einen guten und tauglichen Weg gefunden hätten. Nun haben wir ein Minimum, einen ersten Schritt in Richtung Justizreform. Weitere Schritte auf Gesetzes- und Verfassungsebene werden nötig bleiben. In der Schlussabstimmung am 8. Oktober 1999 wurde die Vorlage vom Ständerat einstimmig und vom Nationalrat mit 165 zu 8 bei 10 Enthaltungen der Vorlage angenommen.<sup>21</sup> „Gleichen Tags reichte Nationalrat Otto Zwygart mit einer ausformulierten parlamentarischen Initiative<sup>22</sup> Artikel 178 (Normenkontrolle) aus dem bundesrätlichen Entwurf zur Justizreform wieder ein. Dieser Initiative gab der Nationalrat am 2. Oktober 2000 mit 74 zu 37 Stimmen keine Folge.<sup>23</sup>

15 AB 1998 N 1465 ff.

16 AB 1998 S 1018 ff.

17 AB 1999 N 1011 ff.

18 AB 1999 S 606 f.; zum Wortlaut des von beiden Räten angenommenen Artikels vgl. BBl 2010 2253.

19 AB 1999 N 2048 f.

20 AB 1999 S 979 f.; N 2130.

21 AB 1999 S 993; N 2305 f.

22 Parlamentarische Initiative Zwygart; Verfassungsgerichtsbarkeit (99.455).

23 AB 2000 N 1089 ff.

## **Gründe für eine Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesgesetze**

Seit dem Entscheid des Verfassungsgebers von 1874, die Bundesgesetze gegen eine Verfassungsmässigkeitskontrolle durch das Bundesgericht zu immunisieren, haben sich die Verhältnisse stark verändert. Heute sprechen eine Reihe von Gründen eindeutig dafür, die Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesgesetze auszudehnen:

- Ende des neunzehnten Jahrhunderts wurden die Freiheiten der Bürgerinnen und Bürger vor allem durch kantonale Gesetze beschränkt, die allenfalls verfassungswidrig sein konnten. Seither hat sich inhaltlich betrachtet das Schwergewicht der Gesetzgebung zum Bund verlagert. Der Ausschluss der Bundesgesetze von der Verfassungsgerichtsbarkeit schränkt deshalb den Rechtsschutz der Bürger heute viel stärker ein als damals.
- Bestimmungen von Bundesgesetzen können sich in speziellen Anwendungsfällen oder wegen veränderten Rahmenbedingungen als verfassungswidrig erweisen. Die Bundesversammlung ist nicht in der Lage, alle diese Situationen im Voraus zu erkennen.
- Die Erfahrungen mit der Überprüfung von kantonalen Gesetzen belegen, dass das Bundesgericht die nötige Zurückhaltung walten liess und nicht die Rolle eines politischen Entscheidungsträgers übernahm. Es darf aber auch festgestellt werden, dass das Bundesgericht durch seine Verfassungsrechtsprechung gegenüber den Kantonen Entwicklungen mitgeprägt hat, die heute allgemein als positiv eingeschätzt werden, zum Beispiel im Bereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit, der Meinungs- und Informationsfreiheit oder der Wirtschaftsfreiheit.
- Während das Handeln des Gesetzgebers von der politischen Aktualität bestimmt sein kann, hat der Verfassungsrichter die auf Langfristigkeit angelegten Grundwerte der Verfassung, wie sie namentlich in den Grundrechten enthalten sind, wahrzunehmen. Er trägt dazu bei, dass sich die Rechtsordnung im Sinne der Grundrechte entwickelt. Das Modell sich gegenseitig ergänzender und beschränkender Gewalten entspricht dem schweizerischen Verfassungsverständnis besser als die Vorstellung einer streng logischen Trennung zwischen dem Gesetzgeber, der Recht schafft, und den Gerichten, die bloss den gesetzgeberischen Willen nachvollziehen.
- In Bezug auf die Menschenrechte der EMRK ist die Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen schon heute Praxis (vgl. oben Ziff. 1.3.3). Diese Praxis kann nicht aufgegeben werden. Sonst würde die Beschwerde ans Bundesgericht in solchen Fällen zum Leerlauf vor dem Gang nach Strassburg. Ausserdem müsste das Urteil des Bundesgerichts später eventuell noch nach Artikel 122 BGG in Revision gezogen werden.
- Indem heute die EMRK den Massstab für die faktisch bestehende Überprüfung von Bundesgesetzen im Anwendungsfall bildet, erfährt die Bundesverfassung eine Abwertung. Oberste Richtschnur für die rechtsetzenden und rechtsanwendenden Behörden der Schweiz sollte in erster Linie die Bundesverfassung sein.



Für eine eingehendere Darstellung dieser Gründe kann auf die Ausführungen in der Botschaft zur Justizreform (Reformbereich Justiz der Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung) verwiesen werden<sup>24</sup>, die unter Beizug einer Expertenkommission<sup>25</sup> erarbeitet wurden.

### **3 Beantragte Neuregelung**

#### **3.1 Gegenstand der Neuregelung**

Die parlamentarischen Initiativen Studer Heiner und Müller-Hemmi verlangen, die Bundesverfassung sei dahingehend zu ändern, dass *Bundesgesetze* gleich wie andere Erlasse im Anwendungsfall auf ihre Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht überprüft werden können.

Für das Verhältnis zwischen der Bundesverfassung und dem Völkerrecht fordern die beiden parlamentarischen Initiativen keine Neuordnung. Ob der Schutz gegen völkerrechtswidrige Verfassungsbestimmungen verbessert werden soll (zumindest durch eine Verstärkung der präventiven Normenkontrolle), ist Thema der parlamentarischen Initiative Vischer „Gültigkeit von Volksinitiativen“ (07.477)<sup>26</sup> und des vom Bundesrat in Aussicht gestellten Zusatzberichts zum Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht<sup>27</sup>.

Die beiden hier zu behandelnden parlamentarischen Initiativen postulieren auch keine grundsätzliche Reform der heutigen Rechtslage betreffend das Verhältnis zwischen Bundesgesetzen und dem Völkerrecht.

Die Kommission schlägt deshalb Regelungen vor, die sich auf den zentralen Punkt der beiden parlamentarischen Initiativen, die Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen im Anwendungsfall, konzentrieren. Sie verzichtet bewusst auf den Versuch, die Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesgesetze mit der Schaffung einer detaillierten Verfassungsbestimmung zum Verhältnis zwischen Landesrecht und Völkerrecht zu verbinden. Wie der Bundesrat in seinem Bericht vom 5. März 2010 ausgeführt hat, wird der Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts nicht stur angewendet. Zuweilen müssen im Einzelfall Abwägungsprozesse stattfinden. Dazu sind die Gerichte am besten in der Lage. Auch in den anderen vom Bundesrat untersuchten Staaten verfügen die Gerichte bei der Umsetzung des Vorrangs des Völkerrechts über einen gewissen Spielraum.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> Botschaft (Fn. 4), S. 505 ff.

<sup>25</sup> Vgl. Botschaft (Fn. 4), S. 488 Fn. 7.

<sup>26</sup> Der Nationalrat hat der parlamentarischen Initiative Vischer am 11. März 2009 Folge gegeben. Die Staatspolitische Kommission des Ständerates hat den Entscheid, ob sie dem Beschluss des Nationalrats zustimmen will bis zum Vorliegen des Zusatzberichts des Bundesrates über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (Fn. 27) ausgesetzt.

<sup>27</sup> BBl 2010 2263, zum Zusatzbericht vgl. S. 2341.

<sup>28</sup> BBl 2010 2263, S. 2340.

## 3.2 Konzentriertes versus diffuses System

Von einem konzentrierten System spricht man, wenn in einem Staat nur ein einziges Gericht die Verfassungsmässigkeit von Rechtsnormen prüfen kann (z.B. Deutschland, Frankreich, Italien, Österreich, Belgien, Luxemburg). In einem diffusen System können bzw. müssen alle rechtsanwendenden Behörden die konkrete Normenkontrolle vornehmen (z.B. Schweiz für kantonale Erlasse und Verordnungen des Bundes).

Die Kommission gibt dem diffusen System den Vorzug und weicht in diesem Punkt vom Vorschlag des Bundesrates von 1996 zur Justizreform und von der parlamentarischen Initiative Studer Heiner ab. Das diffuse System wird in der Schweiz für die vorfrageweise Prüfung von kantonalen Erlassen und Verordnungen des Bundes seit langem praktiziert und kann ohne technische Probleme auf die Prüfung von Bundesgesetzen ausgedehnt werden. Demgegenüber würde ein konzentriertes System die Schaffung eines Vorlageverfahrens erfordern, damit untere Instanzen – insbesondere auch solche, die endgültig entscheiden – die Frage der Verfassungsmässigkeit einer Gesetzesbestimmung dem Bundesgericht unterbreiten könnten. Ein solches Verfahren wäre relativ kompliziert und könnte in der Schweiz nicht an eine Tradition anknüpfen. Die mit der Totalrevision der Bundesrechtspflege erreichte Verfahrensvereinfachung würde wieder aufs Spiel gesetzt.<sup>29</sup>

## 3.3 Vorschläge der Kommission

Mit 22 zu 2 Stimmen bei 2 Enthaltungen beantragt die Kommission, Artikel 190 BV ersatzlos aufzuheben.

Mit einer Aufhebung von Artikel 190 BV fällt die dort verankerte Beschränkung der Normenkontrolle für Bundesgesetze dahin. Bundesgesetze können dann wie Verordnungen des Bundes und kantonale Erlasse von allen Behörden bei der Anwendung im konkreten Fall auf ihre Vereinbarkeit mit der Bundesverfassung und dem Völkerrecht überprüft werden (vgl. oben Ziff. 1.3.1).

Prüfungsmassstab für Bundesgesetze ist nach diesem Vorschlag zunächst die gesamte Bundesverfassung. Das Bundesgericht wird also im Unterschied zu heute auch Grundrechten, die nicht durch das Völkerrecht garantiert sind, und Verfassungsbestimmungen über die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen im Konfliktfall Vorrang vor einem Bundesgesetz einräumen. Bei Widersprüchen zwischen einem Bundesgesetz und dem Völkerrecht, bleibt nach wie vor Artikel 5 Absatz 4 BV massgebend, der zwar vom grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts ausgeht, aber keine strikte Kollisionsnorm enthält.<sup>30</sup> Das Bundesgericht kann daher die sogenannte Schubert-Praxis<sup>31</sup> im bisherigen Umfang (d.h. soweit das betreffende Völkerrecht nicht dem Schutz der Menschenrechte dient) weiterführen.

<sup>29</sup> Vgl. auch MAYA HERTIG RANDALL, L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle: défis et perspectives, in: ZSR 129 [2010] II; S. 339 f.

<sup>30</sup> Botschaft (Fn. 4), S. 135; YVO HANGARTNER, a.a.O. (Fn. 5), Art. 5 N. 49.

<sup>31</sup> Vgl. Fn. 11.

Nach der Aufhebung von Artikel 190 BV wird auch die landesinterne Folge von Normkonflikten zwischen dem Völkerrecht und der Bundesverfassung nur noch nach Artikel 5 Absatz 4 BV zu beurteilen sein.

Die Aufhebung von Artikel 190 BV stellt nach der Beurteilung der Kommissionsmehrheit eine konsequente Lösung dar, die der Absicht der beiden parlamentarischen Initiativen entspricht und der Bundesverfassung in allen Fällen den Vorrang vor einem widersprechenden Bundesgesetz sichert.

Eine *Minderheit* der Kommission (2 Stimmen) möchte nicht so weit gehen und schlägt eine Änderung von Artikel 190 BV vor. Ihr Vorschlag behält in *Absatz 1* materiell den geltenden Artikel 190 BV bei, verwendet dafür aber eine andere Formulierung. *Absatz 2* des Änderungsvorschlags schränkt den Grundsatz ein, dass Bundesgesetze ungeachtet eines allfälligen Widerspruchs zur Bundesverfassung verbindlich sind: Soweit ein Bundesgesetz ein Grundrecht der Bundesverfassung oder ein vom Völkerrecht garantiertes Menschenrecht verletzt, ist es für die rechtsanwendenden Behörden unverbindlich. Diese Lösung unterscheidet sich vom Vorschlag der Kommissionsmehrheit hauptsächlich darin, dass verfassungswidrige Bundesgesetze nur bei *Grundrechtsverletzungen* nicht anzuwenden sind. Verletzt ein Bundesgesetz zum Beispiel ausschliesslich Verfassungsbestimmungen über die Kompetenzen der Kantone, so kann ihm die Anwendung – wie bisher – nicht versagt werden. Ein Widerspruch zwischen einem Bundesgesetz und einer völkerrechtlichen Norm, die nicht dem Schutz der Menschenrechte dient, ist gemäss dem Vorschlag der Minderheit ausdrücklich nach den gleichen Regeln zu beurteilen wie bisher (Art. 5 Abs. 4 in Verbindung mit dem neuen Art. 190 Abs. 1 BV). Die sogenannte Schubert-Praxis<sup>32</sup> kann vom Bundesgericht auch nach diesem Vorschlag beibehalten werden.

Für die Kommissionsmehrheit ist diese Lösung unbefriedigend und zu wenig kohärent. Die Privilegierung der Grundrechte führt zur Bildung von zwei Klassen im Bundesverfassungsrecht.

Eine weitere Minderheit (8 Stimmen) ist gegen jegliche Kontrolle der Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen und beantragt deshalb, nicht auf den Vorentwurf einzutreten. Ihrer Auffassung nach würde dadurch der Judikative zu viel Gewicht verliehen. Sie weist darauf hin, dass die Bundesgesetze dem fakultativen Referendum unterstehen und somit durch den Souverän entweder stillschweigend oder ausdrücklich legitimiert werden.

### **3.4 Allfällige Ergänzungen auf Gesetzesstufe**

Die Vorschläge der Kommission (Mehrheit und Minderheit) beschränken sich auf die Verfassungsänderungen, die notwendig sind, um die vorfrageweise Überprüfung von Bundesgesetzen im Anwendungsfall durch alle Behörden zu ermöglichen. Bei Bedarf wird der Bundesgesetzgeber in den Gesetzen über die Bundesrechtspflege oder in den Prozessordnungen gewisse Anpassungen im Hinblick auf die Überprü-

<sup>32</sup> Vgl. Fn. 11.

fung von Bundesgesetzen vornehmen können. Denkbar, aber nicht zwingend sind etwa gesetzliche Regelungen zu folgenden Fragen:

- Änderung der Bestimmungen über den Ausschluss der Beschwerde an das Bundesgericht<sup>33</sup>, damit über die Nichtanwendung eines Bundesgesetzes immer das Bundesgericht als letzte Instanz entscheiden kann.
- Ausdehnung der Behördenbeschwerde des Bundes. Diese steht heute nur im öffentlichen Recht gegen alle Entscheide von Gerichten und kantonalen Behörden zur Verfügung. Organe der Bundesversammlung haben kein Beschwerderecht (ausser im Personalrecht).<sup>34</sup>
- Kompetenz zum Erlass von blossen Feststellungsurteilen, wenn das zuständige Gericht den Entscheid, auf welche Weise die Verfassungswidrigkeit beseitigt werden soll, dem Gesetzgeber überlassen will.

Die Vorschläge der Kommission zur Aufhebung bzw. Änderung von Artikel 190 BV würden dem Gesetzgeber an sich auch die Möglichkeit eröffnen, für Bundesgesetze die abstrakte Normenkontrolle zuzulassen. Die Kommission ist aber klar der Auffassung, dass eine entsprechende Gesetzesänderung nicht anzustreben ist. Könnte ein Bundesgesetz nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens dem Bundesgericht zur abstrakten Verfassungsmässigkeitskontrolle unterbreitet werden, so bestünde die Gefahr einer Verwischung der Grenzen zwischen der politischen Debatte und der richterlichen Rechtsfindung.

#### **4 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz**

Die Vorschläge der Kommission sind mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar. Sie verändern die Rechtslage bezüglich des Verhältnisses von Völkerrecht und Landesrecht grundsätzlich nicht (vgl. oben Ziff. 3.1 und 3.3).

<sup>33</sup> Vgl. insb. Art. 73, 79, 83 BGG.

<sup>34</sup> Vgl. Art. 76 Abs. 2, 81, 89 Abs. 2 Bst. a und b, 111 Abs. 2 BGG.