

Die Beschränkung der Normenkontrolle in der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit

Ein Beitrag zu Entstehung und gegenwärtiger Bedeutung des Art. 113 Abs. 3 der Schweizer Bundesverfassung

*Stefan Oeter**

Inhalt

- I. Einleitung
- II. Die Entstehungsgeschichte des Art. 113 BV
 - 1. Der eidgenössische Staatenbund
 - 2. Die Bundesverfassung von 1848
 - 3. Die Revision der Bundesverfassung
- III. Die Diskussion um Art. 113 Abs. 3 BV als Spiegel des Verständnisses von Gewaltenteilung
 - 1. Das Gewaltenteilungsmodell der Verfassung von 1874
 - 2. Das Bundesgericht in der Kompetenzstruktur des Bundesstaates
 - 3. Die Gewaltentrennungsdebatte der Folgezeit
- IV. Art. 113 Abs. 3 BV in der Praxis des Bundesgerichts
 - 1. Die Wirkungen des Art. 113 Abs. 3 BV
 - 2. Die Maßgeblichkeit von Bundesgesetzen, Bundesbeschlüssen und Staatsverträgen
 - a) Bundesbeschlüsse
 - b) Staatsverträge
 - c) Verordnungen des Bundesrates
 - d) Kantonsverfassungen
 - 3. Die Tragweite der Regel – Prüfungsverbot oder Anwendungsgebot?
- V. Normenkollision von Staatsverträgen und Bundesgesetzen
 - 1. Staatsverträge und Bundesgesetzgebung
 - 2. Die Garantien der EMRK und spätere Bundesgesetze
- VI. Schlußfolgerungen

* Dr. iur., wissenschaftlicher Referent am Institut.

Abkürzungen: BBl. = Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft; BG = Bundesgericht; BGE = Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung); BV = Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874; EMRK = Europäische Menschenrechtskonvention; FS = Festschrift; m. w. N. = mit

I. Einleitung

Die Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit erfreut sich neuerdings ungeahnten Zuspruches in zahlreichen Staaten Europas. Aufbau und Stärkung verfassungsgerichtlicher Organe ist ein wichtiges Thema der institutionellen Reformen; nicht nur in den ehemals sozialistischen Staaten Zentraleuropas, sondern z. B. auch in Frankreich wird über einen entscheidenden Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit nachgedacht.

Die Schweiz führt in den rechtsvergleichenden Überlegungen zu diesem Thema generell ein Schattendasein. Dabei ist auch in der Schweiz der Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit im Rahmen des Projektes einer Totalrevision der Bundesverfassung (wieder) zu einem Thema geworden; »wieder« zu einem Thema geworden, so wird hier bewußt formuliert, weil die verfassungsgerichtlichen Kompetenzen des Bundesgerichts seit deren Schaffung in der Verfassungsrevision von 1874 den Gegenstand einer andauernden verfassungspolitischen Kontroverse gebildet haben.

Im Zentrum dieser Debatte steht die durch die Bundesverfassung von 1874 in Art.113 Abs.3 angeordnete Beschränkung der – abstrakten wie inzidenten – Normenkontrolle. Abs.3 des Art.113 BV, der die Kompetenzen des Bundesgerichts als Staatsgerichtshof bestimmt, lautet: »In allen diesen Fällen sind jedoch die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemeinverbindlichen Beschlüsse sowie die von ihr genehmigten Staatsverträge für das Bundesgericht massgebend«.

Die Bestimmung des Art.113 Abs.3 BV stellt nun zweifellos eine ganz besondere Eigentümlichkeit der durch die schweizerische Bundesverfassung von 1874 geschaffenen Verfassungsgerichtsbarkeit dar. Bundesgesetze und vergleichbare Erlasse der Bundesversammlung sind dieser Beschränkungsklausel zufolge für das Bundesgericht »massgebend«, d. h. das Bundesgericht darf die Anwendung dieser Gesetze nicht mit der Begründung verweigern, diese widersprüchen der Verfassung.

Zu erklären ist dieser Ausschluß nicht nur der abstrakten, sondern auch der inzidenten Normenkontrolle zunächst nur aus den Eigenheiten der Schweizer Verfassungsgeschichte. Art.113 Abs.3 BV ist ein typisches Kind

weiteren Nachweisen; OG = Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943; RPP = *Revue Politique et Parlementaire*; SJIR = Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht; VEB = Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden; ab Heft 32 (1964/65) VPB = Verwaltungspraxis der Bundesbehörden; VVDStRL = Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer; ZBJV = Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins; ZBl. = Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung; ZSR = Zeitschrift für Schweizerisches Recht.

seiner Zeit, geboren aus einer spezifischen historischen Situation, getragen aber auch von einem spezifischen Verständnis des Gewaltverhältnisses, das sowohl durch den Zeitgeist wie durch die politischen Traditionen der Schweiz bedingt war.

Der spezifische historische Kontext, dem die Bestimmung des Art.113 Abs.3 BV ihre Entstehung verdankt, die Geschichte der Verfassungsrevision von 1872/1874, aus der sie hervorging, aber auch das damals vorherrschende Verständnis von Gewaltentrennung, das dieser Kompromißformel unterlag, seien deshalb hier zunächst untersucht. Nur aus dieser Geschichte läßt sich die Regel des Art.113 Abs.3 BV wirklich verstehen, die ein interessantes Modell funktional beschränkter Verfassungsgerichtsbarkeit begründet hat.

Gehalt und Tragweite der Bestimmung haben in der Rechtsprechungspraxis des Bundesgerichts inzwischen überaus feste Konturen gewonnen. Insbesondere die Rechtsprechung zum Institut der »verfassungskonformen Auslegung« ermöglicht es dabei, zu verstehen, warum die Beschränkungen der Normenkontrolle im schweizerischen Rechtssystem nie zu einem ernsthaften rechtspolitischen Problem geworden sind.

Eine besondere Zuspitzung erfahren hat die Debatte um die Grenzen der Regel des Art.113 Abs.3 BV in der Frage des Konfliktes zwischen Bundesgesetzen und Staatsverträgen, vor allem aber in der Frage der Vereinbarkeit der Bundesgesetzgebung mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, der in der Schweiz häufig »übergesetzlicher Rang« zugeschrieben wird. Das Bundesgericht ist diese Fragestellung bisher recht tastend angegangen, so daß ein Überblick der von ihm benutzten Lösungsansätze nur provisorischen Charakter haben kann.

Die Untersuchung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art.113 Abs.3 BV liefert im übrigen eine Antwort auf die Frage, wie eine derartige Vorschrift, allem Wandel des Verfassungsrechts und der Verfassungstheorie zum Trotz, über mehr als hundert Jahre Bestand haben konnte – und dies, ohne jemals politisch ernsthaften Anfechtungen ausgesetzt zu sein. Letztendlich ist diese Frage aber keine reine Frage der Verfassungsrechtswissenschaft; Eigenheiten des politischen Systems der Schweiz bilden die Grundlage dafür, daß eine durch derartige Beschränkungen geprägte Verfassungsgerichtsbarkeit auch heute noch in weiten Kreisen als rechtsstaatlich angemessen empfunden wird.

II. Die Entstehungsgeschichte des Art.113 BV

1. Der eidgenössische Staatenbund

Schon überhaupt die Schaffung eines über den kantonalen Gerichten stehenden Bundesgerichtes war für die Schweiz – gerade noch des 19. Jahrhunderts – ganz und gar keine Selbstverständlichkeit, ist vielmehr eine Errungenschaft der – erst 1848 erfolgten – Bildung eines Bundesstaates. Für die alte Eidgenossenschaft, die immer den (staaten-)bündischen Formen des späten Mittelalters und der frühen Neuzeit verhaftet geblieben war¹, wäre eine derartige Institution noch völlig undenkbar gewesen.

Auch der in der Restauration durch den »Bundesvertrag« vom 7. August 1815² bewußt als Staatenbund souveräner Kantone neu konstituierten Eidgenossenschaft mußte ein derartiges Organ einer Zentralgewalt noch als fremd erscheinen. Als alleinige Inhaber der Souveränität blieben die Kantone nach wie vor die Träger der Gerichtshoheit³. Die Wahrung des – die Beziehungen zwischen den Kantonen regelnden – Bundesvertrages blieb Aufgabe des politischen Gremiums der »Tagsatzung«, der Versammlung der Kantonsvertreter⁴. Die Klärung der »Ansprüche und Streitigkeiten zwischen den Kantonen über Gegenstände, die nicht durch den Bundesvertrag gewährleistet sind«, wurde durch Art.5 des Bundesvertrages dem sog. »eidgenössischen Recht« zugewiesen, d. h. der in der eidgenössischen Tradition tief verwurzelten Institution der Schiedsgerichtsbarkeit⁵. Das Verfahren der interkantonalen Schiedsgerichtsbarkeit war in Art.5 des Bundesvertrages recht eingehend geregelt. Danach war das eidgenössische Schiedsgericht durch die streitenden Kantone selbst zu besetzen, und zwar »aus den Magistratspersonen anderer Kantone«. Scheiterte die zunächst zwingend vorgeschriebene Vermittlung, so hatten die vier bzw. zwei Schiedsrichter eine weitere Person als Obmann zu benennen, der (bei fehlender Einigung) hilfsweise von der »Tagsatzung« zu bezeichnen war. Das

¹ Zur politischen Gliederung der alten Eidgenossenschaft vgl. U. Im Hof, *Ancien Régime*, in: *Handbuch der Schweizer Geschichte*, Bd.2 (1977), 673 ff. (750 ff.).

² Abgedruckt in: H. Nabholz/P. Kläui (Hrsg.), *Quellenbuch zur Verfassungsgeschichte der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Kantone* (3. Aufl.1947), 206 ff.

³ Zur rechtlichen Struktur des Staatenbundes von 1815 vgl. E. His, *Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts*, Bd.2 (1929), 161 ff.

⁴ Vgl. His, *ibid.*, 182.

⁵ Zur Bedeutung des Art.5 des Bundesvertrages vgl. His (Anm.3), 319 ff.

so konstituierte Schiedsgericht fällte dann einen die Parteien bindenden Schiedsspruch⁶.

Im Zuge der liberalen »Regenerations«bewegung wurde das Fehlen jeglicher wirksamen Zentralgewalt bald als mißlich empfunden. Die von einer Kommission der »Tagsatzung« 1832 und 1833 ausgearbeiteten Entwürfe einer »Bundesurkunde« genannten Bundesverfassung⁷ sahen dann auch die Errichtung eines Bundesgerichts vor, das nicht zuletzt die eidgenössischen Schiedsgerichte ersetzen sollte. Es sollte u. a. zuständig sein für Streitigkeiten zwischen Kantonen (nach vorausgegangener Vermittlung), für Streitigkeiten zwischen Bundesrat und Kantonen (nach Überweisung durch die »Tagsatzung«) sowie für Verletzungen »bundesmäßiger Rechte« gegenüber Privaten durch Regierungen anderer Kantone (auf Antrag des Heimatkantons der Verletzten)⁸. Allerdings scheiterte dieser erste Ansatz zur Umwandlung der Schweiz in einen Bundesstaat am vereinten Widerstand der konservativen Föderalisten und der »Radikalen«.

2. Die Bundesverfassung von 1848

Die im Gefolge des Sonderbundskrieges angenommene Bundesverfassung von 1848⁹ war in diesem Punkt deutlich zurückhaltender als die früheren Entwürfe. Zwar wurde nun endlich ein Bundesgericht geschaffen, dessen Kompetenz in Art.94 mit der Formel beschrieben wurde: »Zur Ausübung der Rechtspflege, soweit dieselbe in den Bereich des Bundes fällt, wird ein Bundesgericht aufgestellt«. Ein in der Revisionskommission eingebrachter Antrag, den Bürgern vor dem Bundesgericht auch Rechtsschutz gegenüber ihrer Kantonsregierung und den Gerichten ihres Kan-

⁶ Ausführliche Darstellung des Verfahrens bei His, *ibid.*, 321f.; einen Überblick der zwischen 1815 und 1848 ergangenen eidgenössischen Schiedssprüche gibt E. Brand, Eidgenössische Gerichtsbarkeit, Teil II (1956), 151ff., 191ff.

⁷ Zu den Versuchen einer »Bundesreform« vgl. His (Anm.3), 98ff., 187ff.; J.-C. Biaudet, Der modernen Schweiz entgegen, in: Handbuch der Schweizer Geschichte, Bd.2 (1977), 871ff. (922ff.); E. Bonjour, Die Gründung des Schweizerischen Bundesstaates (1948), 15ff.; zu den noch weitergehenden Vorentwürfen vgl. Z. Giacometti, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichtes (1933), 28ff.

⁸ Vgl. dazu His, *ibid.*, 325f. sowie W. Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (3. Aufl. 1931), 771 und ausführlich Brand (Anm.6), Teil III (1962), 39ff., 49ff.

⁹ Abgedruckt bei: Nabholz/Kläui (Anm.2), 299ff.; zur Entstehung der Bundesverfassung von 1848 vgl. His (Anm.3), Bd.3 (1938), 12ff. sowie E. Bucher, Die Bundesverfassung von 1848, in: Handbuch der Schweizer Geschichte, Bd.2 (1977), 987ff. (989ff.).

tons zu gewähren, wurde aber abgelehnt¹⁰. Auch die bereits in den Entwürfen von 1832/33 vorgesehenen Kompetenzen für staatsrechtliche Streitigkeiten zwischen Kantonen und zwischen Bund und Kantonen wurden in die von der Revisionskommission erarbeitete erste Bundesverfassung nicht aufgenommen, obwohl die Kommission sich ansonsten sehr weitgehend an die älteren Entwürfe anlehnte¹¹. Der Gedanke, das Bundesgericht als »Zivilgericht über Streitigkeiten ... zwischen Kantonen unter sich« und »zwischen dem Bund und einem Kanton« (Art.101 BV 1848) einzusetzen, wurde zwar aus den älteren Entwürfen übernommen; schon in der (von der Tagsatzung eingesetzten) Revisionskommission wurde aber auf Antrag des Berner Regierungsrats Ulrich Ochsenbein, eines Führers der »Radikalen«, diese Befugnis abgeschwächt durch den Ausschluß aller Fälle, die »politische Fragen« in sich schlossen¹². Die endgültig über den Verfassungsentwurf beratende Tagsatzung schränkte dann die Befugnis für interkantonale Streitigkeiten weiter ein, indem sie sie nur auf Streitigkeiten bezog, »welche nicht staatsrechtlicher Natur sind«. Ein anderer Führer der »Radikalen«, Henri Druet, begründete das darin zum Ausdruck kommende Mißtrauen gegenüber weitergehenden gerichtlichen Kompetenzen in »politischen« bzw. staatsrechtlichen Fragen mit der den Gerichten zugeschriebenen Neigung, »viele an sich zu reißen«¹³.

Überhaupt war die Bundesverfassung von 1848 von einem tiefen Mißtrauen gegen alle Organe durchzogen, die nicht direkt demokratisch legitimiert und kontrolliert sind, war sie geprägt von einem – allerdings selten offen ausgedrückten – Vorverständnis, nach dem das allseits beschworene Prinzip der Volkssouveränität naturgemäß in einer Suprematie der Volksvertretung seine Entsprechung finden müsse¹⁴. Die »Volksvertretung als Stellvertreterin des souveränen Volkes und somit als höchstes Staatsorgan« – so formulierte es Zaccaria Giacometti – »sollte die Weiterentwicklung der Bundesverfassung bestimmen«¹⁵. Es war dies die logische Folge der verfassungspolitischen Kämpfe der Regenerationszeit, die bestimmt waren von der Frontstellung gegen den Absolutismus der aristokratisch beherrschten »Kleinen Räte«. Abhilfe gegen diese Gewaltenkonzentration in den Händen einer zahlenmäßig kleinen Oligarchie hatte man zunächst

¹⁰ Vgl. Burckhardt (Anm.8), 771 sowie Bucher, *ibid.*, 1013.

¹¹ Zur Rolle der Entwürfe von 1832/33 bei der Ausarbeitung der Bundesverfassung von 1848 vgl. His (Anm.9), 16 ff.

¹² Vgl. Bucher (Anm.9), 1013 m. w. N.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Siehe His (Anm.9), 315 ff.

¹⁵ Giacometti (Anm.7), 36.

einfach in der Verlagerung der beim »Kleinen Rat« vereinigten wichtigsten Kompetenzen der Regierung und Rechtsprechung auf den »Großen Rat« gesehen, als des direkten Repräsentanten der Volkssouveränität und des Volkswillens¹⁶.

Beredten Ausdruck fand diese Doktrin der »Überordnung des Parlaments«¹⁷ über die beiden anderen Gewalten in Art.60 der Bundesverfassung, der lautete: »Die oberste Gewalt des Bundes wird durch die Bundesversammlung ausgeübt ...«. Oberster Richter über staatsrechtliche Streitigkeiten zwischen den Kantonen konnte in dieser Konzeption nur die gesamteidgenössische Volksvertretung, die »Bundesversammlung«, sein. Art.74 der Bundesverfassung erklärte dementsprechend zum »Geschäftskreis beider Räte« in Nr.16: »Streitigkeiten unter den Kantonen, welche staatsrechtlicher Natur sind«¹⁸. Einzig eine staatsgerichtliche Residualkompetenz wurde 1848 auf Antrag der Vertreter Genfs von der Tagsatzung in die endgültige Fassung der Bundesverfassung eingefügt¹⁹. Dieser (im ursprünglichen Entwurf nicht vorgesehene) Art.105 bestimmte: »Das Bundesgericht urtheilt im Fernern über Verletzung der durch die Bundesverfassung garantierten Rechte, wenn hierauf bezügliche Klagen von der Bundesversammlung an dasselbe gewiesen werden«. Grundsätzlich lag die Kompetenz zur Behandlung von Beschwerden einzelner, die sich durch kantonale Akte in ihren verfassungsmäßigen Rechten verletzt fühlten, aber einzig beim Bundesrat und bei der Bundesversammlung (als Rekursinstanz)²⁰, die allein zuständig waren für »Maßregeln, welche die Handhabung der Bundesverfassung, die Garantie der Kantonalverfassungen, die Erfüllung der bundesmäßigen Verpflichtungen und den Schutz der durch den Bund gewährleisteten Rechte zum Zwecke haben« (Art.74 Nr.8BV 1848).

Die damit begründete subsidiäre Zuständigkeit des Bundesgerichts kam in der Praxis kaum zum Tragen, da die Bundesversammlung sich praktisch immer selbst zur Entscheidung des Streits berufen fühlte²¹. Nur in einem

¹⁶ So F. Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht (1923), 131.

¹⁷ Formulierung übernommen von His (Anm.9), 316.

¹⁸ Vgl. His, *ibid.*, 465f. sowie Giacometti (Anm.7), 36ff.

¹⁹ Vgl. Brand (Anm.8), 63f.; His, *ibid.*, 460; Burckhardt (Anm.8), 771f.; Giacometti, *ibid.*, 32f.

²⁰ Siehe dazu J. J. Blumer, Handbuch des Schweizerischen Bundesstaatsrechtes, Bd.I (1863), 201ff.

²¹ So erklärte der Bundesrat 1870 in seiner Botschaft zur Verfassungsrevision: »Die Meinung war bei Annahme des Artikels offenbar die, daß die Bundesversammlung wohl den größern Theil dieser Beschwerden dem Bundesgerichte zum Entscheide anheimgeben werde. Allein in der Praxis gestaltete sich die Sache so, daß bis zur Stunde in den 22 Jahren

einzigsten Fall wurde jemals eine Streitigkeit von der Bundesversammlung nach Art.105 BV an das Bundesgericht zur Entscheidung überwiesen²².

3. Die Revision der Bundesverfassung

Die Konstruktion der Zuständigkeiten, mit der das politische Gremium der Bundesversammlung zum obersten Entscheidungsorgan in staatsrechtlichen Streitigkeiten bestellt worden war, wurde recht bald als mißglückt empfunden²³. So schrieb der ehemalige Bundesrat und spätere Bundesgerichtspräsident J. Dubs 1878:

»Es war dies geradezu die Vereinigung von kapitalen Uebelständen. Erstlich hatte man bei allen Konflikten zwischen dem Bund und einem Kanton einen reinen Parteientscheid und daß dieser der Regel nach zu Gunsten der Bundes-souveränität ausfallen mußte, war gewissermaßen selbstverständlich; aber auch in allen andern Fällen war keine Garantie vorhanden, daß der Entscheid nach Recht erfolge. Einer politischen Behörde, wie der Bundesversammlung, liegt das Richten nach Recht durchaus fern; für sie ist das politische Motiv das Ueberwiegende«²⁴.

Und der Altmeister des schweizerischen Bundesstaatsrechts, Johann Jakob Blumer, formulierte schon 1863: »Grössere politische Körper eignen sich offenbar schon ihrer Zusammensetzung und ihrem Geschäftsgange nach wenig zum Entscheide von oft sehr schwierigen und verwickelten Rechtsfragen«²⁵. Diese Auffassung war offensichtlich bald auch im

des Bestandes der Bundesverfassung ein einziger Fall von der Bundesversammlung ans Bundesgericht gewiesen wurde. Es ist dieß auch sehr natürlich; denn die Bundesversammlung hat so zu sagen genau die gleichen Diskussionen durchzumachen, ob sie den Fall selbst erledige oder ihn dem Bundesgerichte überweise« (BB1.1870II, 699). Vgl. auch His (Anm.9), 460 und Burckhardt (Anm.8), 772, sowie J. Dubs, Das Oeffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Teil 2 (1878), 81f. und J. Rüttimann, Das nord-amerikanische Bundesstaatsrecht verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz (1867), 377 (§ 313).

²² Fall *Dupré* (1851), siehe R. E. Ullmer, Die staatsrechtliche Praxis der schweizerischen Bundesbehörden in den Jahren 1848–1860, Bd.I (1862), Nr.375; vgl. auch Brand (Anm.8), 125ff.

²³ Siehe W. Munzinger, Studie über Bundesrecht und Bundesgerichtsbarkeit (1871), 91: »Heute ist nun fast Jedermann einverstanden (wenigstens sind gegenheilige Stimmen nicht in die Oeffentlichkeit getreten), dass die Verfassung von 1848 mit Bezug auf das Rekurswesen einen grossen Fehler begangen hat. Es zeigt sich bei unsern Schriftstellern über Bundesrecht eine seltene Uebereinstimmung in dieser Richtung«. Siehe auch die Nachweise bei Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit (Anm.7), 37 Anm.42.

²⁴ J. Dubs, Das Oeffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Teil 2 (1878), 82.

²⁵ Blumer (Anm.20), 204.

Parlament selbst vorherrschend geworden, denn schon 1857 regte der Nationalrat eine Gesetzesänderung an, mit der ein erheblicher Teil der staatsrechtlichen Rekurse in den Kompetenzbereich des Bundesgerichts verlagert werden sollte²⁶. Zwar scheiterte diese Initiative zunächst, genauso wie zwei ähnliche Vorstöße des Bundesrates 1863 und 1865/66²⁷. Der Gedanke, daß eine Reform der Kompetenzverteilung zwischen Bundesrat, Bundesversammlung und Bundesgericht notwendig sei, setzte sich jedoch mehr und mehr durch²⁸.

Im Zuge der Ende 1869 beschlossenen Revision der Bundesverfassung²⁹ kamen auch die Vorschläge zur Reform der staatsrechtlichen Streitverfahren wieder auf die Tagesordnung. In seiner Botschaft vom 17. Juni 1870³⁰ griff der Bundesrat den Vorschlag von J. Dubs aus dem Jahre 1865 wieder auf, nach dem die Bundesversammlung nicht konkrete einzelne Fälle, sondern bestimmte Kategorien von staatsrechtlichen Streitigkeiten *in abstracto* dem Bundesgericht übertragen sollte³¹. Der vom Bundesrat vorgeschlagene neue Art.105 lautete: »Das Bundesgericht urtheilt im Fernern über Verletzungen von verfassungsmäßigen Rechten, sowie von Konkordatsbestimmungen, soweit die daherigen Beschwerden ihm durch die Bundesgesetzgebung zur Entscheidung zugewiesen werden«³².

In den für die Verfassungsrevision eingesetzten Kommissionen von Nationalrat und Ständerat fand der Vorschlag, die Kompetenz des Bundesgerichts in staatsrechtlichen Streitigkeiten »von der formellen Anerkennung durch ein Gesetz abhängig zu machen«, im wesentlichen Zustimmung;

²⁶ Vgl. Blumer, *ibid.*, 205 sowie Brand (Anm.8), 129f.

²⁷ Vgl. dazu Brand, *ibid.*, 132ff., 139ff.

²⁸ Sogar der Führer der Konservativen, A. Ph. von Segesser, unterstützte 1865 den Vorstoß von Bundesrat Dubs, vgl. Brand (Anm.8), 140; in die gleiche Richtung gingen dann z. B. 1867 auch die Vorschläge von Rüttimann (Anm.21), 377 (§313).

²⁹ Zum Revisionsversuch von 1870–1872 vgl. His (Anm.8), 88ff. sowie Brand (Anm.8), 140ff.

³⁰ BBl.1870 II, 665ff.

³¹ In seiner Botschaft vom 17.6.1870 führte der Bundesrat aus: »Für Klagen über Rechtsverletzungen ist in aller Welt der Richter als natürliche Entscheidungsinstanz angesehen, nicht die Regierung und nicht der gesetzgebende Körper«. Dieser Gedanke habe im Prinzip auch schon dem alten Art.105 zugrunde gelegen, bei dessen Redaktion sich allerdings die Tagsatzung vergriffen habe. »Das Fehlerhafte lag nur darin, daß man nicht vom Gesetze selbst die Fälle bezeichnen ließ, in denen der Richter zu entscheiden habe, sondern daß man für jeden solchen Fall die Bundesversammlung zur Ueberweisungsinstanz machte«, BBl.1870 II, 699.

³² Der Entwurf der beabsichtigten Verfassungsrevision ist abgedruckt in BBl.1870 II, 704ff. sowie in: Protokoll über die Verhandlungen des schweiz. Nationalrathes betreffend Revision der Bundesverfassung (1873), XXIff.

einzig eine Minderheit in der Nationalratskommission wollte diese Befugnis bereits *qua* Verfassung als Regel dem Bundesgericht zusprechen³³.

Bundesrat Dubs schlug in der Sitzung des Nationalrates am 2. Februar 1872 dann eine Fassung vor, derzufolge die Entscheidung »über Kompetenzkonflikte zwischen Bundes- und Kantonalbehörden; über Streitigkeiten staatsrechtlicher Natur zwischen Kantonen; über Verletzung verfassungsmäßiger Rechte der Bürger und über Beschwerden betreffend Verletzung von Konkordaten und Staatsverträgen« gänzlich dem Bundesgericht zu übertragen seien, »soweit nicht durch die Bundesgesetzgebung die Erledigung solcher Streitigkeiten dem Bundesrathe und der Bundesversammlung vorbehalten werden«³⁴. Diese generelle Zuweisung der staatsrechtlichen Streitigkeiten an das Bundesgericht rief nun allerdings im Nationalrat ernste Bedenken (insbesondere der Radikalliberalen) auf den Plan, das Bundesgericht könnte »allmächtig werden und sich über die politischen Behörden erheben«; ferner wurden Befürchtungen geäußert, das Bundesgericht könnte zu sehr in das politische Leben hineingezogen werden und dadurch einen Teil seiner Unabhängigkeit und seines Ansehens einbüßen³⁵. Um diese Bedenken zu zerstreuen, schlug Bundesrat Dubs, »zur Beruhigung über die Natur des Mandats, das dem Bundesgericht übertragen wird«³⁶, die nun in Art.113 Abs.3 BV enthaltene Beschränkungsklausel vor: »In allen diesen Fällen sind jedoch die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemein verbindlichen Beschlüsse sowie die von ihr genehmigten Staatsverträge für das Bundesgericht massgebend«.

Zur Begründung führte er vor dem Nationalrat aus, daß, »je mehr der Bundesstaat dem Einheitsstaate genähert wird, desto mehr muss man auch die dem Einheitsstaate geläufigen Garantien einführen, unter welchen obenan steht: die Trennung der gesetzgebenden und richterlichen Gewalt. Damit aber die richterliche Gewalt sich nicht über die gesetzgebende stelle, schlägt er vor zu sagen, dass der Richter die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und die von ihr ratifizierten Staatsverträge als massgebend zu betrachten habe«³⁷ – »wie dies sich übrigens von selbst verstehe«.

³³ Vgl. Burckhardt (Anm.8), 772 sowie Brand (Anm.8), 172.

³⁴ Siehe Bulletin der Verhandlungen der schweizerischen Bundesversammlung über die Revision der Bundesverfassung/Nationalrath (1872), 297 f.

³⁵ So faßt Fritz Fleiner die Bedenken des Nationalrates zusammen, siehe ders., Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Bundesgesetze durch den Richter, ZSR N.F. Bd.53 (1934), 1a (3a).

³⁶ Charakterisierung durch den Präsidenten der Kommission des Nationalrates zur Verfassungsrevision, Philippin, siehe Bulletin Nationalrat (Anm.34), 299.

³⁷ Zitiert nach Bulletin Nationalrat (Anm.34), 301 f.

so lautet der in einer anderen Version der Protokollierung überlieferte Zusatz³⁸.

Der Dubs'sche Kompromißvorschlag fand die Mehrheit des National- und des Ständerates. Zwar wurde die 1872 von der Bundesversammlung beschlossene Verfassungsrevision in der anschließenden Volksabstimmung zunächst verworfen³⁹; in dem von Bundesrat und Bundesversammlung noch einmal überarbeiteten Revisionsprojekt von 1874 war der einmal gefundene Kompromiß aber unverändert übernommen worden und wurde als Art.113 Bestandteil der neuen Bundesverfassung⁴⁰.

Allein auf abstrakte Gewaltenteilungserwägungen wird man den Siegeszug der in Art.113BV zugrundegelegten Kompromißformel allerdings nicht zurückführen können. Hinter den in den Debatten geäußerten Argumenten des Gewaltenverhältnisses stecken durchaus reale politische Interessenkonflikte. Art.113 Abs.3BV ist insofern durchaus Produkt einer spezifischen politischen Konstellation; waren doch sämtliche Bundesbehörden – Bundesrat, Bundesversammlung wie Bundesgericht – zu diesem Zeitpunkt fest in den Händen der sog. »Freisinnigen« und ihrer Verbündeten, die energisch die Umwandlung der Schweiz in einen Bundesstaat modern-liberaler Prägung betrieben. Daß diese festgefügte politische Mehrheit kein Interesse daran hatte, sich für die Zukunft ihre politische Bewegungsfreiheit im Parlament von der (im allgemeinen ja eher auf Bewahrung des Status quo ausgerichteten) Judikative einschränken zu lassen, dürfte leicht zu verstehen sein⁴¹. Indem die Bundesversammlung sich (unter Vorbehalt des Referendums) zum eigentlichen Hüter der Verfassung erklärte, behielt sie sich die Befugnis vor, die Verfassung selbst im Wege der Gesetzgebung zu konkretisieren und fortzubilden. Der Gesetzgeber ernannte sich so, wenn man es etwas überspitzt formulieren will, selbst zum authentischen Interpreten der von ihm geschaffenen Verfassung, und sicherte sich damit vor allfälligen Störungen durch abweichende Verfassungsinterpretationen der Gerichte.

³⁸ Siehe Burckhardt (Anm.8), 773 sowie Brand (Anm.8), 173f. und L. R. von Salis, Schweizerisches Bundesrecht, Bd.1 (2. Aufl.1903), 731.

³⁹ Zu den Hintergründen dieses Scheiterns der Vorlage vgl. His (Anm.9), 91f. sowie Brand, *ibid.*, 147ff.

⁴⁰ Brand (Anm.8), 174 m. w. N.

⁴¹ Auf diesen Gesichtspunkt hat vor allem Andreas Auer hingewiesen, vgl. insbes. ders., «... le Tribunal fédéral appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale ...»: réflexions sur l'art.113 al.3 Cst., ZSR 99 I (1980), 107 (110f.) sowie ders., Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit (1984), 63 (Nr.108).

III. Die Diskussion um Art.113 Abs.3 BV als Spiegel des Verständnisses von Gewaltenteilung

1. Das Gewaltenteilungsmodell der Verfassung von 1874

Die revidierte Bundesverfassung von 1874 ging in ihrem Art.113 in der Frage der verfassungsgerichtlichen Kompetenzen des Bundesgerichtes weit über das hinaus, was der Bundesrat und die Kommissionen von Nationalrat und Ständerat ursprünglich beabsichtigt hatten. Die Entscheidung staatsrechtlicher Streitigkeiten durch das Bundesgericht war nunmehr die Regel geworden, während die den politischen Bundesbehörden zustehenden Kompetenzen im Prinzip nur noch Ausnahmefälle darstellten, und zwar vom Bundesgesetzgeber nach Art.113 Abs.2 BV zu enumerierende Ausnahmefälle (sog. »Administrativstreitigkeiten«).

Als (die Suprematie der Volksvertretung sichernde) Kompensation für die Erweiterung der staatsrechtlichen Kompetenzen des Bundesgerichtes war nun gleichzeitig jegliche Form der Normenkontrolle gegenüber dem Bundesgesetzgeber – das hieß vor allem: das akzessorische Prüfungsrecht des Bundesgerichtes gegenüber der Bundesgesetzgebung – ausgeschlossen worden. »Das Bundesgericht soll« – so Giacometti in seinem Standardwerk zur staatsrechtlichen Beschwerde⁴² – »bei seiner Beurteilung staatsrechtlicher Beschwerden gegen kantonale Instanzen, – wie auch in seiner übrigen Rechtspflege – allfällig dabei anzuwendende Bundesgesetze nicht incidenter auf ihre materielle Verfassungsmäßigkeit überprüfen dürfen«. Art.113 Abs.3 BV sei von Dubs gerade »mit Hinblick auf das amerikanische System des akzessorischen richterlichen Prüfungsrechts« beantragt worden; dieser

»wollte mit seinem Vorschlag die Trennung zwischen Richter und gesetzgebender Gewalt verwirklichen. Die treibende Idee, die dem Art.113 Abs.3 BV zugrunde liegt, ist wohl aber die insbesondere der Regenerationszeit eigene Anschauung des Vorranges der Legislative gegenüber den anderen Gewalten. Allgemeiner gesprochen, diese Verfassungsvorschrift entspringt der dem 19. Jahrhundert eigenen Vorstellung, daß der Staat ein Gesetzgebungsstaat ist, das will heißen, daß der Gesetzgeber als Vertreter des Volkes die Garantie der Verfassungsmäßigkeit seiner Anordnungen in sich selber trage und daher der Träger des Staates sei ... Es liegt dieser Verfassungsvorschrift somit wohl letzten Endes die Ideologie zugrunde, daß die Bundesgesetze die naturgemäß unüberprüfbare *volonté générale* darstellen«⁴³.

⁴² Giacometti (Anm.7), 44.

⁴³ *Ibid.*

Das Bundesgericht faßte dieses Grundverständnis – und zwar völlig unabhängig von Art.113 Abs.3 BV – im Jahre 1876 in die Worte:

»Überhaupt muß es als ein Grundsatz sowohl des allgemeinen als speziell des schweizerischen Bundes- und Kantonalstaatsrechtes bezeichnet werden, daß die Autorität der gesetzgebenden Körper als die höchste gilt und die Gerichte nicht ermächtigt sind, die Gültigkeit und Anwendbarkeit eines von der gesetzgebenden Behörde erlassenen Gesetzes oder Decretes aus dem Grunde zu verneinen, weil dessen Inhalt im Widerspruche mit der Verfassung stehe, sondern daß denselben lediglich die formelle Prüfung zukommt, ob ein auf verfassungsmäßigem Wege erlassenes Gesetz wirklich vorhanden sei«⁴⁴.

Johann Caspar Bluntschli hat die darin zugrundegelegte Prämisse vom Verhältnis der Staatsgewalten zueinander in dem zu seiner Zeit sehr einflußreichen Werk »Allgemeines Staatsrecht« prägnant formuliert mit den Worten: »Die Macht des Gesetzgebers ist die höchste im Staate, wenn auch nicht eine absolute; ihn in der Ausübung derselben durch staatliche Anordnungen zu beschränken, ist daher schwer. Die Hauptgewähr dafür, dass der Gesetzgeber kein Unrecht begehe, liegt in der Organisation der gesetzgebenden Gewalt«⁴⁵.

Näher begründet hat er diese Grundannahme mit der Überlegung:

»Wenn man aber in Erwägung zieht, dass der Gesetzgeber in der Regel von der Verfassungsmässigkeit des Gesetzes überzeugt ist und dieselbe will, und dass dennoch sehr leicht sich verschiedene Meinungen darüber bilden, so dass, wenn sein Ausspruch Gegenstand des Streites werden kann, das Gericht vielleicht eine andere Ansicht darüber hat, als der Gesetzgeber; wenn man bedenkt, dass in diesem Falle doch die höhere Autorität des Gesetzgebers zwar nicht im Princip, aber im Erfolg der niedriger gestellten der Gerichte weichen und der Repräsentant des gesamten Volkes im Konflikte mit einem einzelnen Organe des Staatskörpers hinter dasselbe zurückstehen müsste; wenn man die Störung und den Zwiespalt, welche auf solche Weise in den einheitlichen Gang des Staatslebens gebracht wird, überlegt und sich erinnert, dass die Gerichte ihrer jetzigen Beschaffenheit nach vorzugsweise zur Erkenntnis privatrechtlicher Normen und Rechtsverhältnisse berufen und vorzugsweise geneigt sind, auf formell logische Momente den Nachdruck zu legen, während es sich hier gerade häufig um die wichtigsten staatsrechtlichen Interessen und die allgemeine Wohlfahrt handelt, die zu erkennen und zu fördern Aufgabe des Gesetzgebers ist: so wird man dennoch dem europäischen System den Vorzug geben, obwohl dasselbe nicht vor allen Uebeln schützt und an der Unvollkommenheit der mensch-

⁴⁴ BGE 2, 98 (105).

⁴⁵ J. C. Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht (1852; hier zitiert nach der 6. Aufl.1885), 134.

lichen Zustände auch seinen Anteil hat. Auch gegen ungerechte Urteile der obersten Gerichte gibt es in der Regel keine äusseren Hilfsmittel. Der gesetzgebende Körper aber trägt in seiner Bildung die wichtigsten Garantien, dass er nicht seine Befugnisse in verfassungswidrigem Geiste ausübe⁴⁶.

Und die in dieser Argumentation vorausgesetzte unterschiedliche Wertigkeit der gesetzgebenden (als des »Repräsentanten des gesamten Volkes«) und der rechtsprechenden Gewalt (als eines nur »einzelnen Organs des Staatskörpers«) faßt er in das anthropomorphe Bild:

»Es versteht sich, dass der gesetzgebende Körper selbst, auch wenn er eine Verletzung der Verfassung oder sonst ein Unrecht begangen hat, nicht innerhalb des Staates, dessen Gesamtheit er repräsentiert, zur Verantwortung und Strafe gezogen noch überhaupt verklagt werden kann ... Alle anderen Behörden und Beamtungen im Staate sind nur einzelne Organe in dem Staatskörper. Er allein stellt als Gesetzgeber den ganzen Körper selbst dar. Wie könnte daher der Teil zu Gericht sitzen über das Ganze, das Glied über den Körper«⁴⁷?

Das in diesen Worten ausgedrückte Vorverständnis des Verhältnisses der Staatsgewalten dürfte repräsentativ sein für das in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts allgemein gängige Bild der »Gewaltenteilung«.

Deutlich wird dies bei einem Blick auf die Verfassungsdiskussion der Nachbarstaaten Deutschland und Frankreich, wo zur gleichen Zeit ebenfalls eingehend über Fragen der gerichtlichen Normenkontrolle debattiert wurde. In der Zeit des Deutschen Bundes hatte die Frage des richterlichen Prüfungsrechtes von Gesetzen zu den heftig umstrittenen Problemen des Deutschen Staatsrechts gehört, und wiederholt war es zu Verfassungskonflikten zwischen Gerichten, die ein derartiges Prüfungsrecht in Anspruch nahmen, und den monarchischen Exekutiven gekommen⁴⁸. Im Gefolge des preußischen Verfassungskonfliktes und nach der Reichsgründung forderten die liberalen Parteien, an ihrer Spitze die Juristen Gneist und Zachariä, den Aufbau eines Systems der gerichtlichen Normenkontrolle, was jedoch am Widerstand der preußischen Regierung und Reichsleitung scheiterte⁴⁹. Die Reichsverfassung von 1871 hatte eine ausdrückliche Regelung dieser umstrittenen Frage zunächst vermieden; entgegen der

⁴⁶ *Ibid.*, 139f.

⁴⁷ Bluntschli (Anm.45), 136.

⁴⁸ Vgl. dazu E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd.III: Bismarck und das Reich (3. Aufl.1988), 1057 sowie die Bibliographie der zeitgenössischen Literatur, *ibid.*, 1055.

⁴⁹ Vgl. Huber, *ibid.*, 1056.

älteren konstitutionellen Theorie, angeführt von Robert von Mohl⁵⁰, die ein (zumindest inzidenten) Prüfungsrecht auch der materiellen Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen mehrheitlich noch bejaht hatte, setzte sich dann nach 1871 unter den Theoretikern des Reichskonstitutionalismus bald eine restriktive Auffassung durch, die die Befugnis der Gerichte auf ein enggefaßtes formelles Prüfungsrecht eingrenzte⁵¹. Bestätigt durch die Rechtsprechung des Reichsgerichtes, das in einer grundlegenden Entscheidung aus dem Jahre 1883 ein materielles Prüfungsrecht verneint hatte⁵², ging die herrschende Lehre des Reichsstaatsrechts, repräsentiert namentlich durch Georg Jellinek und Paul Laband, von einer Beschränkung auf dieses rein formelle Prüfungsrecht aus⁵³.

Ähnlich verlief die Debatte in Frankreich, wo zeitlich parallel zur eidgenössischen Verfassungsrevision eine »Konstituante« mit der Ausarbeitung einer neuen (republikanischen) Verfassung beschäftigt war. Hatten sich unter der republikanischen Verfassung von 1848 noch Ansätze einer (inzidenten) richterlichen Prüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen entwickelt⁵⁴, die unter der bonapartistischen Verfassung von 1852 aber bereits ein jähes Ende gefunden hatten, so stieß der Gedanke der richterlichen Normenkontrolle in den Verfassungsberatungen der Jahre 1871–1875 kaum noch auf Resonanz⁵⁵. Einzelne Abgeordnete, die die Verankerung einer richterlichen Verfassungsmäßigkeitskontrolle der Gesetze vorschlugen, blieben ohne Unterstützung⁵⁶, und die Verfassungsrechtslehre der Dritten Republik ging in der Folge überwiegend von einem Ausschluß des richterlichen Prüfungsrechts aus, das als mit den französischen Traditionen der Gewaltenteilung unvereinbar empfunden wurde⁵⁷.

⁵⁰ Siehe insbes. die Abhandlung von R. von Mohl, »Über die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze«, in: Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Bd.1 (1860), 66 ff.

⁵¹ Siehe vor allem P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd.II (1878), 44 ff. sowie G. Jellinek, Gesetz und Verordnung (1887), 402 ff.

⁵² RGZ 9 (Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen), 232.

⁵³ Vgl. Huber (Anm.48), 1059 ff. m. w. N.

⁵⁴ Vgl. dazu A. Blondel, Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois (1928), 217 f.

⁵⁵ *Ibid.*, 236 ff.

⁵⁶ So z. B. Louis Blanc mit einem Vorstoß am 11.3.1873, siehe Blondel (Anm.54), 236 f.

⁵⁷ Siehe nur M. Larnaude, L'inconstitutionnalité des lois et le droit public français, RPP Bd.126 (1925), 183 ff. sowie R. Carré de Malberg, La constitutionnalité des lois et la constitution de 1875, RPP Bd.132 (1927), 339 ff.; vgl. auch den Bericht von C. Eisenmann/L. Hamon, in: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd.36) (1962), 231 ff. (238 ff.) sowie die Bibliographie

Die beim eidgenössischen Verfassungsgeber von 1874 vorherrschende Doktrin der Parlamentssuprematie entsprach somit völlig dem *mainstream* der europäischen Verfassungs- und Gewaltenteilungslehre, in der die Justiz im Sinne des klassischen Positivismus nur als Diener des Rechts gesehen wurde, nicht aber als Hüter der Verfassung gegenüber dem Gesetzgeber, dem als alleinigen Repräsentanten der Volkssouveränität keine andere Gewalt übergeordnet sein konnte.

2. Das Bundesgericht in der Kompetenzstruktur des Bundesstaates

Ein derartiges Grundverständnis des Verhältnisses von Legislative und Judikative provoziert wohl unweigerlich bei den meisten heutigen Juristen, vor allem soweit sie vom Modell des »Justizstaates« amerikanischer oder westdeutscher Observanz geprägt sind, die Frage, welche Rolle einer Verfassungsgerichtsbarkeit in einem derartigen System überhaupt zukommen könne. Beantworten läßt sich diese Frage wiederum nur durch einen Blick auf die historische Funktion des Bundesgerichtes in der Herausbildung des schweizerischen Bundesstaates. Das Bundesgericht in seiner Eigenschaft als Verfassungsgericht verdankt seine Entstehung nicht einem Bedürfnis nach verfassungsrechtlicher Bindung und Kontrolle des Gesetzgebers, sondern einem für die Schweiz des mittleren 19. Jahrhunderts viel drängenden Problem – der mangelnden nationalen Einheit eines extrem föderalen Gebildes und dem daraus resultierenden Bedürfnis nach Herstellung einer zumindest ansatzweisen Rechtsgleichheit. Rechtsgleichheit und die Schaffung einer (wenn auch nur elementaren) Einheit aber verlangten nach wirksamer Durchsetzung des Bundesrechts gegenüber den bis dato souveränen Kantonen, nach Kontrolle der kantonalen Gesetzgebung und Verwaltung durch eine zentrale Instanz. Bundesrat und Bundesversammlung als die politischen Organe des Bundes jedoch hatten sich im Kampf zwischen Bundesgewalt und Kantonen als befangen erwiesen, während das (unabhängige) Bundesgericht als der natürliche Mittler erschien.

Das Bundesgericht (gerade auch in seiner staatsrechtlichen Kompetenz) ist deshalb historisch zunächst ein Medium der Bundesstaatlichkeit, der Unterwerfung der Kantone unter die (wenn auch nur sehr begrenzte) Ge-

der einschlägigen französischen Literatur bei C. Debbasch [u. a.], *Droit constitutionnel et institutions politiques* (1983), 86.

walt des Bundes⁵⁸. »In Amerika ist die Verfassungsgerichtsbarkeit ein Ausfluss der richterlichen Gewalt, in der Schweiz entspringt sie der Herrschaft des Bundes über die Kantone« – so formulierte Dietrich Schindler den unterschiedlichen Grundansatz der beiden Systeme⁵⁹. Gerade in der Ausgestaltung des Instituts der staatsrechtlichen Beschwerde kommt diese deutlich auf den Aspekt der Bundesstaatlichkeit orientierte Funktion des Bundesgerichtes prägnant zum Ausdruck: Die staatsrechtliche Beschwerde war nie ein Instrument der Durchsetzung des Primats der Verfassung gegenüber den Organen des Bundes, war vielmehr von Anfang an beschränkt auf die Kontrolle der kantonalen Gesetzgebung und Verwaltung. In dem schon vor der endgültigen Annahme der Verfassung im Parlament eingebrachten »Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege«⁶⁰ wurde die Möglichkeit der staatsrechtlichen Beschwerde sofort beschränkt auf die Anfechtung kantonalen Akte⁶¹. Zur Begründung dieser (gegenüber dem Wortlaut der Verfassung sehr viel restriktiveren⁶²) Konstruktion wurde vom Bundesrat ein einziger Satz für ausreichend gehalten: »Daß die Rekurse sich immer gegen Verfügungen kantonalen Behörden richten müssen, kann nicht fraglich sein«⁶³. Nationalrat und Ständerat scheinen diese Prämisse geteilt zu haben, denn die im Organisationsgesetz von 1874 formulierte Beschränkung der Beschwerdemöglichkeit wurde von beiden Kammern ohne weiteren Kommentar beschlossen⁶⁴.

Auch in einer anderen Hinsicht führte der Vorbehalt der Bundesversammlung gegenüber zu weitgehender richterlicher Staatsrechtspflege zu einer erheblichen Beschränkung der bundesgerichtlichen Kompetenz im Bereich der staatsrechtlichen Streitigkeiten. Von der in Art.113 Abs.2 BV dem Bundesgesetzgeber eingeräumten Befugnis, einzelne Kategorien von Beschwerden dem Bundesrat und der Bundesversammlung als sog. »Administrativstreitigkeiten« zurückzuübertragen, machte die Bundesversamm-

⁵⁸ Die Arbeit folgt hier der überzeugenden Deutung des Entstehungszusammenhanges durch W. E. Rappard, in d.ers., *Le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales par le juge aux Etats-Unis et en Suisse*, ZSR N.F. Bd.53 (1934), 36 a (140 a).

⁵⁹ D. Schindler, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz*, ZSR N.F. Bd.44 (1925), 19 (20).

⁶⁰ BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 27.6.1874, Sammlung der eidgenössischen Gesetze 1, 136.

⁶¹ Vgl. nur Giacometti (Anm.7), 93 ff. m. w. N.

⁶² Fleiner (Anm.16) schrieb von einem »tiefen Einbruch in das von der Bundesverfassung aufgeführte Rechtsschutzsystem«, *ibid.*, 277.

⁶³ BBl.1874 I, 1076.

⁶⁴ Siehe Fleiner (Anm.16), 277 Anm.9.

lung noch im Jahre 1874 im »BG über die Organisation der Bundesrechtspflege« ausgiebigen Gebrauch. Beschwerden zu Fragen des Schulwesens, der religiösen Verhältnisse, zur Handels- und Gewerbefreiheit, zur Niederlassungsfreiheit, zu Fragen des kantonalen Wahlrechts blieben danach weiterhin der Entscheidung durch die politischen Organe vorbehalten⁶⁵. Zur Begründung dieser einschneidenden Begrenzung der Tätigkeit des Bundesgerichts wurde im Parlament geltend gemacht, es handle sich dabei um »Gebiete politischer bzw. administrativer Natur, die durch die Verfassung nur dem Principe nach geordnet seien, während die nähere Ausführung, sei es auf dem Wege der Gesetzgebung, sei es auf dem Wege der Praxis, eben durch die oberste Instanz, die Legislative, zu geschehen habe«⁶⁶. Mit dem bisherigen Verfahren der Beschwerdeentscheidung durch die politischen Organe habe das Staatsrecht der Schweiz eine sehr reiche Entwicklung genommen, und diese Quelle nun zu verstopfen, wäre »ein schwerer Fehler«⁶⁷. So begründete z. B. die Mehrheit des Ständerates den Vorschlag, die in Art. 49, 50 und 51 BV geregelten Fragen der Glaubens-, Gewissens- und Kultusfreiheit den dem Bundesgericht entzogenen »Administrativstreitigkeiten« zuzuschlagen, mit dem Argument: »Die Art. 49 und 50 enthalten neue, ganz allgemein gehaltene Grundsätze, welche erst durch die Auslegung und Anwendung einen konkreteren Inhalt, eine nähere Beziehung zu den realen Verhältnissen gewinnen werden; da ist es gewiss besser, wenn der oberste Entscheid der gesetzgebenden Behörde selbst zusteht, welche sich mit grösserer Freiheit bewegen kann als ein Gerichtshof«⁶⁸.

⁶⁵ Siehe den Katalog der im Rahmen des Organisationsgesetzes dem Bundesrat übertragenen Rekurskompetenzen in dem Referat von G. Schoch, Der staatsrechtliche Rekurs nach Bundesrecht, Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins, ZSR 27 = N.F. Bd. 5 (1886), 531 (535) sowie von Salis (Anm. 38), 732 ff.

⁶⁶ Schoch, *ibid.*, 531 (540).

⁶⁷ So wird der Grundtenor der parlamentarischen Debatten über das OG resümiert von N. Biert, Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Gesetze durch den Richter (1933), 41.

⁶⁸ Zitiert nach Schoch (Anm. 65), 531 (540).

3. Die Gewaltentrennungsdebatte der Folgezeit

Diese zum Zeitpunkt der Revision der Bundesverfassung vorherrschende strenge Auffassung der *séparation des pouvoirs*⁶⁹, die in der Kompetenzstruktur des Bundesgerichts tiefe Spuren hinterlassen hat, war allerdings nie unangefochten.

Schon bei den Debatten um die Verfassungsrevision 1870–1874 waren einzelne Stimmen laut geworden, die forderten, das Bundesgericht generell als Organ der Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Verwaltung und Gesetzgebung einzusetzen. Walter Munzinger z.B. forderte 1871 in einer als »Beitrag zu der schweizerischen Verfassungsrevisionsfrage« untertitelten Schrift, »das Verhältniss der gesetzgebenden und administrativen zu der richterlichen Gewalt des Bundes auf einen grundsätzlich richtigen Boden zu heben« und »damit die Confusion in der Stellung der verschiedenen Staatsgewalten«, die in der Ausübung rechtsprechender Gewalt durch die Bundesversammlung liege, »durch einen klaren Gedanken zu heben«. »Dieser Gedanke besteht aber unseres Erachtens darin, dass in jedem einzelnen Falle, wo durch eine öffentliche Gewalt eine Verletzung der Bundesverfassung, einer kantonalen Verfassung, eines Konkordates oder eines Staatsvertrages geübt worden ist, nicht eine politische Behörde, sondern die richterliche Gewalt des Bundes zu entscheiden hat«⁷⁰.

In diesem Sinne war dann auch 1872 bei den im Nationalrat geführten Debatten über die neue Bundesverfassung vereinzelt Kritik an der angestrebten »Suprematie des Parlaments« geübt worden, von einem konservativen Vertreter des Kantons Waadt gerade auch im Hinblick auf den Auschluss der Normenkontrolle in Art.113 Abs.3⁷¹.

Jakob Dubs, der Schöpfer der Kompromißformel von 1872 (und damit des Art.113 Abs.3BV), distanzierte sich schon wenige Jahre später – inzwischen war er selber Bundesrichter – von der von ihm angeregten Fassung des Art.113BV. In seinem Werk »Das Oeffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft« lobte er in einem Vergleich des amerikanischen Systems der Verfassungsgerichtsbarkeit mit dem der Schweiz

⁶⁹ Heinrich Triepel kennzeichnete sie 1928 als die »strengste Form« der Lehre von der Gewaltentrennung, in der vor allem die gegenseitige Selbständigkeit der drei Gewalten betont werde – daher deren Ablehnung des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Gesetzen und die Abneigung gegen jegliche Form der Verwaltungsgerichtsbarkeit; vgl. ders., *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL 5 (1929), 1 (12).

⁷⁰ W. Munzinger, *Studie über Bundesrecht und Bundesgerichtsbarkeit*, Beitrag zu der schweizerischen Verfassungsrevisionsfrage (1871), 95f.

⁷¹ Interpellation Eytel, Bulletin Nationalrat (Anm.34), 306; vgl. auch Rappard (Anm.58), 36a (128af.).

»jene nordamerikanischen Grundsätze« als, »bei Lichte betrachtet, grundsätzlicher«⁷² bzw. erklärte »das nordamerikanische System für das rationellere«, »weil der Richter der Verfassung nicht zuwider handeln darf, auch wenn der Gesetzgeber für gut fand, sich über dieselbe hinwegzusetzen«⁷³. Daran schloß er die Bemerkung an: »Die Allmacht der gesetzgebenden Versammlungen, die sich in den modernen Staaten zu entwickeln gewußt hat, wird von der Zukunft ebenso gut verurtheilt werden, wie von unserer Zeit die frühere Allmacht der Regierungen«⁷⁴.

Der Zürcher Staatsrechtslehrer Gustav Vogt äußerte gar 1890 in einem Vortrag vor dem Schweizerischen Juristenverein, wiederum den Unterschied zur amerikanischen Verfassungsgerichtsbarkeit betonend:

»Wir sind andere Wege gegangen. Kein staatsrechtlicher Rekurs gegen Bundesbehörden; kein Klagrecht – es sei denn gleichsam aus Gnaden bewilligt – gegen eidgenössische Beamte; dagegen eine Administrativgerichtsbarkeit des Bundesrathes und der Bundesversammlung, wie sie nirgends in der Welt ihresgleichen hat; welcher gegenüber die Unabhängigkeit der Gerichte nicht besteht; die befugt ist, in die kantonale Justiz einzugreifen und kantonale richterliche Urtheile umzustossen. Und zu alledem kommt noch jener Schlusssatz des Art.113 unserer Bundesverfassung, den ich nie ohne ein Gefühl der Beschämung lesen kann, den das Misstrauen gegen den Beschirmer unserer individuellen Rechte und Freiheiten, gegen die richterliche Gewalt eingegeben hat: jener Satz, der dem Bundesgericht verbietet, Bundesgesetze, allgemein verbindliche Bundesbeschlüsse und Staatsverträge auf ihre Verfassungsmässigkeit zu prüfen. Gerade die Befugniss, auf welcher die Grösse und auch die Volksthümlichkeit des amerikanischen Bundesgerichtes beruht, ist unserm Bundesgerichte vorenthalten«⁷⁵.

Auch in der Folgezeit verstummte die Kritik an den Beschränkungen der Verfassungsgerichtsbarkeit keineswegs. Namhafte Staatsrechtslehrer wie Fritz Fleiner und Zaccaria Giacometti wiesen immer wieder darauf hin, das traditionelle Gewaltenteilungsmodell des Parlamentsabsolutismus sei verfehlt und der Ausschluß der Normenkontrolle in Art.113 Abs.3 BV rechtsstaatlich bedenklich⁷⁶. Das Parlament erscheine ganz und gar nicht

⁷² Dubs (Anm.24), Teil 1 (1877), 118.

⁷³ Dubs (Anm.24), Teil 2, 92.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ G. Vogt, Die Organisation der Bundesrechtspflege in den Vereinigten Staaten von Amerika, ZSR 31 = N.F. Bd.9 (1890), 566 (584f.).

⁷⁶ Siehe Fleiner (Anm.16), 275f., 443f.; ders. (Anm.35), 1a (22af.); Z. Giacometti, Die Auslegung der schweizerischen Bundesverfassung (1925), 31f.; ders. (Anm.7), 87ff.; vgl. auch G. Solyom, La juridiction constitutionnelle aux Etats-Unis et en Suisse (1923), 99ff., 129ff.; P. Béguin, Zurück zur Verfassung (1927), 42ff. und J.

mehr als der natürliche Garant der Verfassung⁷⁷; eine entsprechende Revision der Verfassung stelle deshalb »eine staatsrechtliche Notwendigkeit dar«⁷⁸.

Der Bundesrat und die Mehrheit der Bundesversammlung hielten jedoch am tradierten Verständnis der Gewaltentrennung fest. Zwar wurden nach und nach die von der bundesgerichtlichen Zuständigkeit ausgeschlossenen staatsrechtlichen Streitigkeiten den politischen Organen entzogen und der Kognition des Bundesgerichtes zugeführt⁷⁹. Der in Art.113 Abs.3 BV niedergelegte Ausschluß der Normenkontrolle gegenüber Akten des Bundesgesetzgebers wurde aber weiter für sinnvoll erachtet. Anlässlich der Revision der Bundesverfassung im Zuge der Einführung einer eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbarkeit⁸⁰ wurde 1914 mit dem neuen Art.114^{bis} BV gar für den Bereich der bundesgerichtlichen Verwaltungsrechtsprechung eine dem Art.113 Abs.3 BV entsprechende Norm in die Verfassung neu eingefügt, die lautet: »Die Bundesgesetzgebung und die von der Bundesversammlung genehmigten Staatsverträge sind für das eidgenössische Verwaltungsgericht massgebend«.

Als in den Jahren 1923 und 1924 aus den Reihen des National- und des Ständerates Vorstöße auf Abänderung bzw. Aufhebung des Art.113 Abs.3 BV unternommen wurden⁸¹, trat der Bundesrat dem entgegen. Bundesrat Häberlin begründete die Ablehnung der Motionen damit, die Beratung der Gesetze in den beiden Räten und die Unterstellung unter das Referendum böten genügende Sicherheit dafür, daß keine verfassungswidrigen Gesetze erlassen würden. Und wenn einmal Parlament und Volk bei dem Erlaß eines neuen Gesetzes »die Verfassung eventuell etwas anders auslegten, als bei dem Erlasse der Bundesverfassung vorgesehen worden war«, so »sei es nicht Sache des Bundesgerichtes, das anzufechten«. Das Bundesgericht »sei absichtlich den politischen Fragen ferngehalten wor-

Scherer, Die Verfassungsgerichtsbarkeit als Rechtsproblem und dessen staatspolitische Bedeutung in der Schweiz (1937), 69ff. Wichtigste Verteidiger der Regelung des Art.113 Abs.3 BV waren Schindler (Anm.59), 19 (43ff.) und Burckhardt (Anm.8), 790f.

⁷⁷ So Giacometti (Anm.7), 88.

⁷⁸ So Giacometti (Anm.76), 32.

⁷⁹ Vgl. dazu Fleiner (Anm.16), 443 Anm.6 sowie ausführlich Brand (Anm.8), 237ff., 291ff.

⁸⁰ Vgl. dazu vor allem Brand, *ibid.*, 299ff. (insbes. 305ff., 315f.).

⁸¹ Nationalrat: Motion de Rabours vom 27.4.1923, Ständerat: Motion Scherrer vom 8.4.1924; vgl. dazu L.R. von Salis/W. Burckhardt, Schweizerisches Bundesrecht, Bd.3 (1930), Nrn.936 und 937; Brand (Anm.8), 176f.; Biert (Anm.67), 44ff.; Fleiner (Anm.35), 6a.

den«⁸². Vielmehr werde die oberste Gewalt des Bundes durch die Bundesversammlung ausgeübt. Das Bundesgericht zur Kontrollinstanz über die Bundesversammlung zu erheben, sei nicht wünschbar. Der Schutz vor verfassungswidrigen Bundesbeschlüssen sei nicht in einer gerichtlichen Instanz zu suchen, sondern er liege bei der Bundesversammlung selbst, nämlich in der politischen Verantwortlichkeit der Bundesversammlung⁸³.

Die Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1934 in Zürich zeigten erneut die Spaltung der Meinungen in dieser Frage. Fritz Fleiner hielt ein flammendes Referat gegen den Ausschluß der Normenkontrolle⁸⁴, indem er beklagte, daß in schwerem Maße »das Rechtsgefühl und das Vertrauen in die Unverbrüchlichkeit der Bundesverfassung durch zahlreiche Maßnahmen der Bundesbehörden geschädigt worden sei«⁸⁵, und in dem er für eine durchgreifende Reform des Art.113 Abs.3 BV plädierte.

In der Diskussion⁸⁶ sprach sich jedoch ein erheblicher Teil der Redner für die Regel des Art.113 Abs.3 BV aus. Bei Einführung eines richterlichen Prüfungsrechts bestünde die Gefahr einer Politisierung des Bundesgerichts⁸⁷. Alt-Bundesrat Häberlin beschwor das »wohlverdiente hohe Ansehen des Bundesgerichts«, das auf der Überzeugung beruhe, »dass es seine Entscheide absolut objektiv, vor allem unbeeinflusst von jeder politischen Überlegung, fälle«. Eine derartige »absolute Objektivität« würde aber unmöglich werden mit der Zuweisung »der halb richterlichen, halb legislativen und damit politischen Aufgabe« der Normenkontrolle, denn »das Bundesgericht, die denkbar neutralste Institution, würde dadurch verpolitisiert werden«⁸⁸.

⁸² von Salis/Burckhardt, *ibid.*, Nr.936.

⁸³ Vgl. BBl.1929 I, 1 ff. sowie Brand (Anm.8), 177.

⁸⁴ Abgedruckt in ZSR 53 (1934), 1 aff.

⁸⁵ *Ibid.*, 22 a.

⁸⁶ Abgedruckt in ZSR 53 (1934), 279 aff.; eine Zusammenfassung der Diskussion gibt Brand (Anm.8), 380 ff.

⁸⁷ ZSR 53 (1934), 288 a.

⁸⁸ *Ibid.*, 296 a; im gleichen Sinne vgl. die Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative von 1936 über die Revision des Art.113 Abs.3 BV, BBl.1937 III, 5 (26).

IV. Art.113 Abs.3 BV in der Praxis des Bundesgerichts

1. Die Wirkungen des Art.113 Abs.3 BV

Nach Art.113 Abs.3 BV sind die Bundesgesetze und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse sowie die von der Bundesversammlung genehmigten Staatsverträge für das Bundesgericht »maßgebend«, d. h. verbindlich. Ihre Anwendung als verbindliches Gesetzesrecht darf nicht mit der Begründung verweigert werden, diese Normen seien in ihrem Inhalt verfassungswidrig⁸⁹.

Dieser Gehalt des Art.113 Abs.3 BV scheint nach dem Wortlaut der Bestimmung klar und unzweideutig und bedarf keiner weiteren Auslegung. Der vordergründig eindeutige Wortlaut der Bestimmung schließt jedoch nicht aus, daß die Vorschrift in verschiedener Hinsicht auslegungsbedürftig ist⁹⁰. So hatte denn auch das Bundesgericht die Tragweite der Regel unter zahlreichen Aspekten zu präzisieren, was der Bestimmung in der Praxis nicht selten einen deutlich anderen Gehalt gegeben hat als nach dem Wortlaut zunächst zu erwarten gewesen wäre.

Nach seiner Entstehungsgeschichte und systematischen Stellung bezieht sich Art.113 Abs.3 BV zunächst nur auf die bundesgerichtliche Staatsrechtspflege. Schon in einer ganz frühen Entscheidung aus dem Jahre 1876 stellte das Bundesgericht jedoch fest, daß es sich dabei um ein allgemeines Prinzip der Bundesverfassung handle, das das Bundesgericht nicht nur für die Ausübung der Staatsrechtspflege, sondern ganz allgemein in seiner Stellung zum Gesetzgeber betreffe⁹¹. Nach seiner ständigen Rechtsprechung ist das Bundesgericht auch in seiner anderen Tätigkeit (Zivil- und Strafrechtspflege) durch die Regel des Art.113 Abs.3 BV gebunden⁹².

In gleicher Weise durch die allgemeine Regel des Art.113 Abs.3 BV gebunden sind nach konstanter Praxis und einhelliger Lehre auch der Bundesrat und die Bundesverwaltung in ihrer rechtsanwendenden Tätigkeit

⁸⁹ Vgl. nur Fleiner (Anm.16), 276; Giacometti (Anm.7), 85 sowie A. Auer, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit (1984), 70f. und W. Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde (1984), 34ff.

⁹⁰ Auer, *ibid.*, 70.

⁹¹ BGE 2 103 (105).

⁹² Siehe z. B. BGE 63 115 (118) (*Krähenbühl*); BGE 92 I 427 (431) (*Tuor*); BGE 103 IV 192 (193) (*Favre*); vgl. auch J. Schollenberger, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (1905), 563; Burckhardt (Anm.8), 788f.; Fleiner (Anm.16), 433 Anm.8; Giacometti (Anm.7), 85f.; Auer (Anm.89), 71; Kälin (Anm.89), 34.

sowie alle rechtsanwendenden Behörden der Kantone und die kantonalen Gerichte⁹³.

Art.113 Abs.3 BV stellt insoweit allerdings nur eine Ausnahmebestimmung dar, denn er schränkt die grundsätzlich mögliche akzessorische Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Normen nur für eine bestimmte Kategorie von Normen ein, nämlich die Bundesgesetze, allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse und Staatsverträge⁹⁴. Alle anderen Normen sind dagegen von den mit Rechtsanwendungsfunktionen betrauten Behörden des Bundes und der Kantone auf ihre Übereinstimmung mit der Bundesverfassung zu überprüfen und im Falle der Verfassungswidrigkeit außer Anwendung zu lassen⁹⁵. Auf kantonaler Ebene z.B. sind nach Auffassung des Bundesgerichts jedenfalls höhere kantonale Rekursinstanzen (nicht nur Gerichte, sondern unter Umständen auch Rekurskommissionen und der Regierungsrat) verpflichtet, kantonale Gesetze auf ihre Vereinbarkeit mit dem Bundesrecht zu überprüfen⁹⁶.

2. Die Maßgeblichkeit von Bundesgesetzen, Bundesbeschlüssen und Staatsverträgen

a) Bundesbeschlüsse

Welche Kategorien von Normen nun durch Art.113 Abs.3 BV aus der nach schweizerischem Verfassungsrecht grundsätzlich zulässigen akzessorischen Normenkontrolle ausgeschlossen worden sind, ist nicht ganz eindeutig. Neben den von der Bundesversammlung erlassenen formellen Gesetzen fallen darunter zweifelsfrei die in Art.89 Abs.2 BV erwähnten refe-

⁹³ Siehe z.B. BGE 91 I 17 (20) (*Fondation Nordmann*) sowie VEB 19/20 (1948–1950), Nr.26 und VPB 35 (1970/71), Nr.95; vgl. daneben Burckhardt, *ibid.*, 789; Giacometti, *ibid.*, 85; J.-F. Aubert, *Traité de Droit Constitutionnel Suisse*, 2 Bde. (1967), Bd.I, 175 (Nr.448); Auer, *ibid.*, 71 (Nr.121); W. Haller, Kommentierung zu Art.113, Rdnrn.148ff., in: J.-F. Aubert [u.a.] (Hrsg.), *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874* (1987ff.); R. Zimmermann, *Le contrôle préjudiciel en droit fédéral et dans les cantons suisses* (1987), 82f.

⁹⁴ Vgl. H. Nef, *Das akzessorische Prüfungsrecht*, in: *Mélanges Marcel Bridel* (1968), 295 (302); F. Schiesser, *Die akzessorische Prüfung* (1984), 135f. sowie Haller, *ibid.*, Rdnr.151f.

⁹⁵ So z.B. Haller (Anm.93), Rdnr.154.

⁹⁶ Vgl. H. Dubs, *Die Zuständigkeit kantonaler Behörden zur akzessorischen Normenkontrolle*, in: *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel*, FS für Kurt Eichenberger (1982), 615 (617) sowie E. Höhn, *Verfassungsrechtsprechung durch kantonale Verwaltungsgerichte*, in: *Recht als Prozess und Gefüge*, FS für Hans Huber (1981), 273 (276) – beide m. w. N.

rendumpflichtigen allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse⁹⁷. Ob allerdings der Begriff der »allgemein verbindlichen Bundesbeschlüsse« in Art.113 Abs.3 BV mit den »allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen« im Sinne des Art.89 Abs.2 BV identisch ist, erscheint als durchaus zweifelhaft⁹⁸. Zwar ist der Begriff der »allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse« ein im schweizerischen Verfassungsrecht geläufiger Terminus, der die von der Bundesversammlung erlassenen generellen und abstrakten Normen bezeichnet, die – im Gegensatz zum formellen Gesetz – nur für eine befristete Zeit in Kraft gesetzt werden⁹⁹. Art.89 Abs.2 BV in der Fassung von 1874 kannte aber ursprünglich neben den – grundsätzlich dem Referendum unterliegenden – normalen »allgemein verbindlichen« Bundesbeschlüssen noch die besondere Kategorie der »dringlichen« allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse, die wegen ihres Notmassnahmencharakters dem Referendum entzogen waren¹⁰⁰. Das Bundesgericht hielt auch diese (nicht direktdemokratisch legitimierten) Normen des Bundesgesetzgebers für von Art.113 Abs.3 BV erfaßt¹⁰¹. Erst 1939 wurden dann auch die Dringlichkeitsbeschlüsse dem Referendum unterstellt¹⁰².

Auch heute noch kennt das schweizerische Verfassungsrecht bestimmte Sonderformen der allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse, die nicht dem Referendum unterstehen¹⁰³. Die Anwendbarkeit des Art.113 Abs.3 BV auf diese der Referendumpflicht des Art.89 Abs.2 BV entzogenen Normen ist umstritten¹⁰⁴. Die Entstehungsgeschichte wie Sinn und Zweck des Art.113 Abs.3 BV sprechen allerdings eher dafür, daß von dieser Bestimmung alle Rechtsetzungsakte der Bundesversammlung erfaßt

⁹⁷ Vgl. nur Aubert (Anm.93), Bd.I, 175f. (Nr.449) und Haller (Anm.93), Rdnr.158.

⁹⁸ Vgl. dazu Haller (Anm.93), Rdnr.157 sowie Schiesser (Anm.94), 230ff.

⁹⁹ Vgl. E. Grisel, Kommentierung zu Art.89 Abs.2 BV, Rdnr.8, in: J.-F. Aubert [u.a.] (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (1987ff.).

¹⁰⁰ Vgl. Burckhardt (Anm.8), 700ff.; Haller (Anm.93), Rdnr.157 sowie H. Brunner, Die Überprüfung der Rechtsverordnungen des Bundes auf ihre Verfassungsmässigkeit (1954), 57ff.

¹⁰¹ Siehe BGE 63 I 328 sowie den Bericht des Bundesrates zum Postulat Scherer, BBl.1929 I, 3f.

¹⁰² Vgl. Grisel (Anm.99), Vorbemerkung zur Entstehungsgeschichte des Art.89 Abs.2 BV.

¹⁰³ Vgl. dazu Grisel (Anm.99), Rdnr.11f.

¹⁰⁴ Für eine Überprüfbarkeit, da von Art.113 Abs.3 BV nicht erfaßt, plädiert z. B. Y. Hangartner, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd.I (1980), 197; dagegen z. B. Aubert (Anm.93), Bd.I, 176 (Nr.449). Zum Meinungsstand vgl. U. Häfelin/W. Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht (2. Aufl.1988), Nr.1811 sowie Haller (Anm.93), Rdnr.161ff.

werden sollten, daß dementsprechend alle Typen der allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse, gleichgültig ob referendumspflichtig oder nicht, dem Ausschluß der Normenkontrolle unterstehen sollten¹⁰⁵.

b) Staatsverträge

Gleichfalls der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle entzogen sind die von der Schweiz abgeschlossenen Staatsverträge. Nun ist in Art.113 Abs.3 BV nur die Rede von den »von der Bundesversammlung genehmigten Staatsverträgen«, was die in Form reiner Regierungsabkommen vom Bundesrat ohne Beteiligung der Bundesversammlung abgeschlossenen Verträge auszuschließen scheint. Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte der Verfassung von 1874 zeigt jedoch, daß der historische Verfassungsgeber davon ausging, mit dieser Formulierung alle völkerrechtlichen Verträge der Eidgenossenschaft dem Art.113 Abs.3 BV unterstellt zu haben, da ursprünglich alle Staatsverträge von der Bundesversammlung zu genehmigen waren¹⁰⁶. Die Praxis, bei bestimmten (weniger wichtigen) Verträgen der Exekutive von der Genehmigung durch das Parlament abzusehen, kam erst erhebliche Zeit später auf, weshalb in der schweizerischen Doktrin nahezu allgemein davon ausgegangen wird, auch diese, vom Bundesrat in eigener Kompetenz abgeschlossenen Verträge unterstünden – trotz des scheinbar anderen Wortlauts des Art.113 Abs.3 BV – dem Verbot der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle¹⁰⁷. Die Staatsverträge der Kantone mit dem Ausland unterliegen ebenfalls dieser Regel¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Vgl. Schiesser (Anm.94), 237ff.; Brunner (Anm.100), 56ff. sowie Haller (Anm.93), Rdnr.167.

¹⁰⁶ Siehe Auer (Anm.89), 75 (Nr.129); Haller (Anm.93), Rdnr.176. Zur (seit 1921 bestehenden, in neuerer Zeit noch verstärkten) direktdemokratischen Kontrolle der Vertragspraxis vgl. L. Wildhaber, Das neue Staatsvertragsreferendum, in: FS für Rudolf Bindschedler (1980), 201–226.

¹⁰⁷ Siehe Burckhardt (Anm.8), 790; Auer, *ibid.*, 75f. (Nr.129); Kälin (Anm.89), 65f.; J.P. Müller, Völkerrecht und schweizerische Rechtsordnung, in: A. Riklin/H. Haug/C. Binswanger (Hrsg.), Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik (1975), 223 (231f.); L. Wildhaber, Treaty-Making Power and Constitution (1971), 123; Schiesser (Anm.94), 214ff.; Haller (Anm.93), Rdnr.173ff.; A. Grisel, A propos de la hiérarchie des normes juridiques, ZBl.88 (1987), 377 (383).

¹⁰⁸ Vgl. Kälin, *ibid.*, 66 sowie Haller, *ibid.*, Rdnr.176 und Schiesser, *ibid.*, 219f.

c) Verordnungen des Bundesrates

Grundsätzlich überprüfbar dagegen sind die Verordnungen des Bundesrates, die einfachen Bundesbeschlüsse (d.h. die Einzelfallentscheidungen der Bundesversammlung) und die von der Bundesversammlung genehmigten Verordnungen des Bundesrates¹⁰⁹. Bei Verordnungen stellt sich allerdings das Problem, inwieweit im Rahmen der Verfassungsmäßigkeitsprüfung der Verordnung inzident auch die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage der Verordnung überprüft werden darf. Das Bundesgericht hat sich hier zunächst immer auf den Standpunkt gestellt, bei sog. »unselbständigen« (d.h. auf gesetzlicher Delegation beruhenden) Verordnungen des Bundesrates könne es diese nur daraufhin überprüfen, ob sie sich in den Grenzen der Delegationsnorm hielten¹¹⁰. In einer grundlegenden Entscheidung aus dem Jahre 1966 hat es dann aber erklärt:

»Gewiss verwehrt Art.113 Abs.3 BV dem Bundesgericht, eine in einem Bundesgesetz enthaltene Delegationsnorm wegen Verfassungsverletzung ungültig zu erklären. Richtig ist auch, dass das Gericht vorab die Frage zu prüfen hat, ob eine Verordnung des Bundesrates sich in den Grenzen der gesetzlichen Delegation halte. Dagegen kann aus Art.113 Abs.3 BV nicht geschlossen werden, dass dem Gericht die Kontrolle der Verfassungsmässigkeit solcher Verordnungen überhaupt entzogen sei. Es kommt darauf an, ob die gesetzliche Delegationsnorm den Bundesrat zum Erlass einer Verordnung, die von einem Grundsatz der Verfassung abweicht, ermächtige oder nicht (vgl. BGE 62 I 79). Ist diese Frage zu bejahen, so kann das Bundesgericht allerdings die Verordnung nicht wegen der Verfassungswidrigkeit, welche vom Gesetz zugelassen wird, ungültig erklären. Dagegen kann das Gericht einschreiten, falls die Verfassungswidrigkeit der Verordnung nicht durch eine gesetzliche Ermächtigung gedeckt ist ... Dass ein Gesetz den Bundesrat ermächtige, in der Verordnung von der Verfassung abzuweichen, kann nicht ohne weiteres angenommen werden. Vielmehr ist zu vermuten, dass der Gesetzgeber sich von der Verfassung nicht habe entfernen wollen«¹¹¹.

Mit dem in dieser Entscheidung aufgestellten Erfordernis einer verfas-

¹⁰⁹ Bezüglich der bundesrätlichen Verordnungen siehe BGE 13 98; 33 I 409; 51 I 450; 53 I 433; 54 I 59; 68 II 94f.; 81 I 371; 84 I 144; 87 I 321; 88 I 280, 308; bezüglich der einfachen Bundesbeschlüsse siehe BGE 22 629 (sowie die dort zitierte alte Entscheidung BGE 3 792) und BGE 68 II 317; bezüglich der durch die Bundesversammlung genehmigten Verordnungen siehe BGE 104 Ib 423; 106 Ib 186, 108 II 238, 109 Ib 86; vgl. auch Auer (Anm.89), 113f. (Nrn.187ff.) und Kälin (Anm.89), 53ff. sowie Schiesser (Anm.94), 273ff.

¹¹⁰ Vgl. die Zusammenfassung der bisherigen Rechtsprechung in BGE 92 I 432 m. w. N. sowie bei Giacometti (Anm.7), 90f., bei Kälin, *ibid.*, 55f. und bei Schiesser, *ibid.*, 274ff.

¹¹¹ BGE 92 I 433.

sungskonformen Auslegung vager Delegationsklauseln hat das Bundesgericht seine Kontrolle gegenüber früher deutlich verstärkt¹¹². Der Richter ist nach dieser neueren Praxis des Bundesgerichts nur noch dann zur Anwendung verfassungswidriger Verordnungsnormen gezwungen, wenn die Verfassungswidrigkeit bereits in der gesetzlichen Ermächtigungsnorm angelegt ist, auf der die Verordnung beruht. Der Spielraum des Bundesrates ist damit erheblich eingeschränkt worden, da dieser nun verpflichtet ist, in Ausübung seines Ordnungsrechts die Verfassung zu achten¹¹³.

d) Kantonsverfassungen

Für nicht überprüfbar erklärt hat das Bundesgericht aufgrund des in Art.113 Abs.3BV positivierten Grundsatzes auch von Anfang an die von der Bundesversammlung gewährleisteten Kantonsverfassungen¹¹⁴. Nach Art.6 und 85BV unterliegen die Verfassungen der Kantone der sog. »Gewährleistung« durch die Bundesversammlung, bei der das eidgenössische Parlament die ihm vorgelegten kantonalen Verfassungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Bundesrecht überprüft. Dieses Verfahren der Genehmigung der Kantonsverfassung durch ein Bundesorgan, mit dem gemäß Art.85 Ziff.7BV die Bundesversammlung betraut ist, sei gegenüber der Verfassungsmäßigkeitskontrolle durch das Bundesgericht das vorrangige Verfahren; Art.6, 85BV seien im Verhältnis zu Art.113 Abs.3BV die *lex specialis*, was dem Bundesgericht die Kompetenz zur Überprüfung kantonomer Verfassungsnormen verwehre¹¹⁵.

Die Staatsrechtsliteratur hatte demgegenüber praktisch von Anfang an die Auffassung vertreten, auch nach erfolgter Gewährleistung könne das Bundesgericht noch die Bundesrechtskonformität kantonomer Verfassungsrechts zur Überprüfung stellen, zumindest im Rahmen einer bloß akzessorischen Prüfung¹¹⁶. Anfang der dreißiger Jahre schien dann auch das Bundesgericht seine Rechtsprechung in dieser Hinsicht modifizieren zu wol-

¹¹² Vgl. Auer (Anm.89), 118f. (Nr.197); Haller (Anm.93), Rdnr.187, 191; Kälin (Anm.89), 56ff.; Schiesser (Anm.94), 278ff.

¹¹³ Auer, *ibid.*, 119 (Nr.197); vgl. auch Schiesser, *ibid.*, 284ff.

¹¹⁴ Siehe BGE I 347; 17 630; 22 4; 22 1019.

¹¹⁵ Vgl. zur traditionellen Position des Bundesgerichtes Giacometti (Anm.7), 110ff.; H. Marti, Die staatsrechtliche Beschwerde (4. Aufl.1979), 90f. sowie Haller (Anm.93), Rdnr.194 und Schiesser (Anm.94), 300ff.

¹¹⁶ Siehe J. Schollenberger, Das Bundesstaatsrecht der Schweiz, Geschichte und System (1905), 143; Burckhardt (Anm.8), 71; Giacometti, *ibid.*, 110ff.; F. Fleiner/Z. Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht (1949), 134; anderer Ansicht dagegen noch Fleiner (Anm.16), 59.

len¹¹⁷. Einige Zeit später machte es darin aber deutlich, daß auch eine bloß akzessorische Überprüfung ausgeschlossen sei¹¹⁸. Es sei der Rechtssicherheit abträglich, würde man es dem Verfassungsrichter erlauben, nach der Gewährleistung zur gleichen verfassungsrechtlichen Frage Stellung zu nehmen wie das Parlament. Zudem zöge dies eine Gefährdung der Kompetenzaufteilung zwischen dem Bundesgericht und der Bundesversammlung nach sich. Diese Auslegung wird in der Literatur allerdings nahezu einhellig als vollkommen verfehlt angesehen¹¹⁹. Gewährleistungsverfahren und akzessorische Normenkontrolle durch das Bundesgericht seien in ihrer Struktur vollkommen unterschiedlich. Die Gewährleistung durch die Bundesversammlung beruhe bloß auf einer sehr summarischen Rechtmäßigkeitskontrolle. Sie sei ihrem Charakter nach nur provisorisch und strebe lediglich die Ausmerzung von offensichtlich bundesrechtswidrigen Bestimmungen an, könne damit die dem Bundesgericht im Einzelfall vorliegenden konkreten Fragen in der Regel gar nicht beantworten. Die durch die Bundesversammlung oft vorgenommene verfassungskonforme Auslegung kantonalen Verfassungsrechts bedürfe vielmehr im Gegenteil geradezu einer nachträglichen Anwendungskontrolle und Konkretisierung durch das Bundesgericht. Vor allem aber könne die Bundesrechtswidrigkeit der kantonalen Verfassungsbestimmungen sich auch aus der Veränderung des übergeordneten Rechts ergeben; Widersprüche zum späteren Bundesrecht seien bei dieser Praxis geradezu unvermeidlich¹²⁰.

Zumindest dem letzten Angriffspunkt hat die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichts nunmehr Rechnung getragen. Nach einer jüngeren Entscheidung¹²¹ kann die akzessorische Prüfung von kantonalen Verfassungsnormen zumindest dann mit der staatsrechtlichen Beschwerde verlangt werden, wenn das übergeordnete Recht zum Zeitpunkt der Gewährleistung der fraglichen kantonalen Norm noch nicht in Kraft getreten war. Eine generelle Überprüfung der bisherigen Rechtsprechung zum Aus-

¹¹⁷ So wurden die Entscheidungen BGE 48 31 und BGE 56 330ff. interpretiert; vgl. auch Giacometti (Anm.7), 113 Anm.48.

¹¹⁸ BGE 83 I 182 (*Quinche*); siehe auch BGE 89 I 392ff. (*Nelz*) und BGE 104 Ia 219ff. (*Unité Jurassienne*).

¹¹⁹ Haller bezeichnet sie als »unhaltbar«, siehe ders. (Anm.93), Rdnr.198; Auer nennt sie »widersprüchlich, unangebracht, falsch und schwerlich mit dem Sinn der Bundesverfassung vereinbar«, ders. (Anm.89), 159 (Nr.271); vgl. auch Aubert (Anm.93), Bd.I, 222f. (Nrn.583ff.); Marti (Anm.115), 90f.; Hangartner (Anm.104), 198; Schiesser (Anm.94), 304ff.; Kälin (Anm.89), 64f.

¹²⁰ Siehe dazu ausführlicher Auer, *ibid.*, 159ff. (Nrn.272ff.) sowie Haller, *ibid.*, Rdnr.198.

¹²¹ BGE 111 Ia 242.

schluß der Kontrolle der Kantonsverfassungen hat sich das Bundesgericht dagegen noch vorbehalten.

3. Die Tragweite der Regel – Prüfungsverbot oder Anwendungsgebot?

Es bleibt die Frage nach den Wirkungen, die sich aus Art.113 Abs.3 BV ergeben. Der älteren Literatur bereitete diese Frage keine großen Schwierigkeiten. Art.113 Abs.3 BV verbiete – so lautete die übliche Folgerung – dem Rechtsanwender die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von der Bundesversammlung erlassener Normen¹²². Das Bundesgericht formulierte dementsprechend in ständiger Praxis, Art.113 Abs.3 BV verpflichte es, Erlasse des Bundesgesetzgebers anzuwenden, ohne dabei deren Übereinstimmung mit der Verfassung zu prüfen¹²³.

Von der neueren Literatur ist jedoch darauf hingewiesen worden, aus dem Wortlaut des Art.113 Abs.3 BV ergebe sich eine derartige Folgerung keineswegs. Alle drei Versionen der Bestimmung verböten dem Gesetzgeber nur, die Anwendung der Bundesgesetze zu verweigern¹²⁴; keineswegs verboten sei es dem Richter dagegen, diese Normen an der Verfassung zu messen. Art.113 Abs.3 BV beinhalte daher kein Prüfungsverbot, sondern ein reines Anwendungsgebot¹²⁵. Dies ist ein Ansatz, dem bei genauerem Zusehen auch die neuere bundesgerichtliche Praxis zu folgen scheint, ohne dies allerdings jemals offen auszusprechen¹²⁶.

Besonders wichtig ist in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung zur Auslegung des Gesetzesrechts, insbesondere zum Prinzip der verfassungs-

¹²² Vgl. Schollenberger (Anm.92), 563f.; Fleiner (Anm.16), 276; Burckhardt (Anm.8), 788; Giacometti (Anm.7), 85; vgl. auch noch Aubert (Anm.93), Bd.I, 175f. (Nr.449) und U. Häfelin, Die verfassungskonforme Auslegung und ihre Grenzen, in: Recht als Prozess und Gefüge, FS für Hans Huber (1981), 241 (250f.).

¹²³ Siehe BGE 91 I 20 (*Fondation Nordmann*): «L'art.113 al.3 Cst. oblige le Tribunal fédéral à appliquer un arrêté ... sans avoir à examiner s'il déroge à la Constitution»; vgl. auch BGE 96 I 187 (*Laurent*); 100 IV 246 (*Gerick*); 105 Ib 126 (*Baugesellschaft Zilemp*); 107 Ia 281 (*André Luisier*).

¹²⁴ Der französische Text spricht davon, das Bundesgericht «appliquera» die Normen der Bundesgesetzgebung; der deutsche Text erklärt sie für »maßgebend«; in der italienischen Version heißt es, das Bundesgericht «prenderà» (diese Gesetze) «a norma», vgl. Auer (Anm.89), 71f. (Nr.123).

¹²⁵ Vgl. Auer, *ibid.*; Kälén (Anm.89), 36ff.; Haller (Anm.93), Rdnr.205.

¹²⁶ Vgl. Kälén (Anm.89), 36ff. und Auer (Anm.89), 72f. (Nr.123).

konformen Auslegung¹²⁷ – ein Prinzip, das ja implizit die Möglichkeit voraussetzt, die unterschiedlichen Auslegungsvarianten am Maßstab der Verfassung überprüfen zu können.

Der Grundsatz einer Orientierung der Auslegung am Rahmen der Verfassung wurde vom Bundesgericht recht früh entwickelt – bereits in einer Entscheidung aus dem Jahre 1908¹²⁸ wurde statuiert, daß »nach allgemeiner Interpretationsregel eine Bestimmung im Zweifel so ausgelegt werden muss, dass sie im Rahmen der Verfassung verbleibt«. Ursprünglich war dieser Grundsatz allerdings vor allem für die bundesgerichtliche Überprüfung kantonaler Gesetzgebung gedacht¹²⁹; nach seiner ständigen Rechtsprechung darf das Bundesgericht aufgrund einer unmittelbar gegen ein kantonales Gesetz gerichteten staatsrechtlichen Beschwerde dieses Gesetz nur dann aufheben, wenn es auf keine Art und Weise mit der Verfassung in Einklang gebracht werden kann¹³⁰. »Das Bundesgericht« – so heißt es in einer neueren Entscheidung – »hebt die angefochtene kantonale Vorschrift nur auf, wenn sie sich jeder verfassungskonformen Auslegung entzieht, nicht jedoch, wenn sie einer solchen in vertretbarer Weise zugänglich ist«¹³¹.

Dem Kontext entsprechend, für den das Bundesgericht dieses Instrument zunächst entwickelt hatte, wurde es in der Rechtsprechung lange Zeit nur in normerhaltender Verwendung eingesetzt. Anders ausgedrückt: Die verfassungskonforme Auslegung war ursprünglich nur ein Weg, durch Reduktion kantonaler Normen deren Aufhebung als verfassungswidrig zu vermeiden, und den Kantonen den mit einer derartigen Aufhebung unweigerlich verbundenen Eingriff in die kantonale Souveränität zu ersparen¹³².

Erst mit der oben schon erwähnten Entscheidung im Fall *Tuor* aus dem Jahre 1966¹³³ wurde der Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung auch auf die Überprüfung des Ordnungsrechts der Bundesebene übertragen, wobei der Bundesrat in seiner Ausfüllung der gesetzlichen Ermächtigungsnorm nun ebenfalls dem Grundsatz der verfassungskonformen

¹²⁷ Vgl. dazu Auer, *ibid.*, 87ff.; Kälin, *ibid.*, 40ff. sowie Häfelin (Anm.122), 241ff.; außerdem E. Campiche, Die verfassungskonforme Auslegung (1978), 24ff.; N. Müller, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung (1980), 18ff.; J.P. Müller, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie (1982), 67ff.

¹²⁸ BGE 34 I 528.

¹²⁹ Vgl. Auer (Anm.89), 88 (Nr.148) sowie N. Müller (Anm.127), 18ff.

¹³⁰ Siehe z. B. BGE 107 Ia 292 (*Nyffeler*); 106 Ia 359 (*Groupe d'Action Prison*).

¹³¹ BGE 102 Ia 104.

¹³² Siehe Auer (Anm.89), 88 (Nr.148).

¹³³ BGE 92 I 433.

Auslegung unterstellt wurde. Schon kurz darauf begann das Bundesgericht, sich auch bei der Auslegung der Bundesgesetze auf diesen Grundsatz zu berufen¹³⁴, was dann 1969 in der Entscheidung im Fall *Jeckelmann* seine endgültige Bestätigung fand¹³⁵. Die Bestimmungen der Bundesgesetze seien – so lautet die seither verwendete Standardformel – »verfassungskonform auszulegen, sofern nicht der klare Wortlaut oder der Sinn des Gesetzes etwas anderes gebietet«¹³⁶.

Inwieweit allerdings der Wortlaut sowie Sinn und Zweck der Norm tatsächlich die äußerste Schranke der Möglichkeit verfassungskonformer Interpretation darstellen, erscheint nach der neueren Judikatur des Bundesgerichts als zweifelhaft¹³⁷. Schon nach den vom Bundesgericht anerkannten allgemeinen Auslegungsmethoden, die auch außerhalb der Rechtsprechung zur verfassungskonformen Auslegung immer wieder zur Normkonkretisierung herangezogen werden, bildet der Wortlaut nicht unbedingt eine unübersteigbare Schranke der Interpretation. So darf nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts die rechtanwendende Behörde immer dann vom Gesetzeswortlaut abweichen, »wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt«¹³⁸. Ergeben können sich solche »triftigen Gründe« sowohl aus der Entstehungsgeschichte als auch aus Sinn und Zweck der Vorschrift sowie aus dem Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen¹³⁹. »Entscheidend ist danach nicht der vordergründig klare Wortlaut einer Norm, sondern der wahre Rechtssinn, welcher durch die anerkannten Regeln der Auslegung zu ermitteln ist. Auch Bundesgesetze sind dabei einer Auslegung wider den Wortlaut zugänglich«¹⁴⁰.

Der Anwendungsbereich dieser Auslegungsregel ist auch in keiner Weise beschränkt durch Art.113 Abs.3 BV; über den Wortlaut eines unter Art.113 Abs.3 BV fallenden Gesetzes kann (bei Vorliegen entsprechender Gründe) in gleicher Weise hinweggegangen werden wie bei kantonalen Erlassen und Verordnungen des Bundesrates. »Art.113 Abs.3 BV setzt« –

¹³⁴ Vgl. BGE 93 I 504 (*Häfliger*); 94 I 93 (*Tuor*); 94 I 504 (*Lohner*).

¹³⁵ BGE 95 I 332. Zur Bedeutung dieser Entscheidung vgl. Auer (Anm.89), 90 (Nr.152) und O.K. Kaufmann, *Etoilauto S.A. c. Confédération*, in: *Mélanges Henri Zwahlen* (1977), 139 (140).

¹³⁶ Vgl. BGE 96 I 187 (*Lohner*); 99 Ia 636 (*Wicky*); 100 Ib 395 (*Wiesner*); 102 IV 155 (*Tschanz*); 104 IV 11; 105 Ib 53; 106 Ia 34 und zuletzt 112 Ib 469.

¹³⁷ Vgl. Kälin (Anm.89), 41f.; Häfelin (Anm.122), 244 ff.

¹³⁸ So z. B. BGE 111 Ia 297 (*Schwank*) sowie 104 Ia 7; vgl. auch U. Häfelin, *Bindung des Richters an den Wortlaut des Gesetzes*, in: FS für Cyril Hegnauer (1986), 111 ff.

¹³⁹ Vgl. BGE 111 Ia 297 sowie Häfelin (Anm.122), 252 m. w. N. in Anm.57.

¹⁴⁰ So neuerdings ganz klar BGE 111 Ia 297.

so heißt es neuerdings in der Rechtsprechung des Bundesgerichts – »einer solchen Interpretation nur insoweit Schranken, als er verbietet, vom klaren Wortlaut und vom Sinn und Zweck einer Vorschrift abzugehen, um diese in den Rahmen der Verfassung zu stellen ...«¹⁴¹. Der Wortlaut allein aber stelle »kein Hindernis dar, selbst wenn er klar ist. Bestehen triftige Gründe dafür, dass er den wahren Rechtssinn einer Vorschrift – die *ratio legis* – nicht wiedergibt, ist nach dem Gesagten zulässig, von ihm abzuweichen und die Vorschrift entsprechend zu deuten, insbesondere dann, wenn der wahre Rechtssinn entgegen dem Wortlaut verfassungskonform erscheint«¹⁴².

Daraus folgt: Ist ein gesetzlicher Begriff unbestimmt und schon vom Wortlaut her verschiedenen Auslegungen zugänglich, oder ist er zwar vom Wortlaut her eigentlich klar und eindeutig, aber es führen andere Auslegungsmethoden zu abweichenden Ergebnissen, die den Schluß nahelegen, die Wortlautauslegung entspreche nicht dem wahren Sinn der Vorschrift, so steht Art.113 Abs.3 BV einer verfassungskonformen Auslegung in keiner Weise im Wege. Ein Auslegungsergebnis – und sei es das mittels der grammatikalischen Auslegung aus dem Wortlaut abgeleitete Ergebnis – kann unberücksichtigt bleiben, soweit ein anderes Ergebnis besser mit der Bundesverfassung in Einklang zu bringen ist.

Dem Bemühen einer Harmonisierung der Gesetzgebung mit den Vorgaben der Verfassung ist damit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts ein weiterer Spielraum eröffnet. Eine Grenze findet diese Ausrichtung der Normkonkretisierung an den Vorgaben der Verfassung (was ja implizit eine Überprüfung der unterschiedlichen Auslegungsvarianten an den Maßstäben der Verfassung voraussetzt) wohl nur noch an dem vom Gesetzgeber bewußt gesetzten Normprogramm, oder – wie Walter Kälin es ausgedrückt hat: »auf verfassungskonforme Auslegung von Bundesgesetzen ist ungeachtet des Wortlauts nur zu verzichten, wenn der wirkliche Sinn der Bestimmung verfassungswidrig ist«¹⁴³. Die auf Vereinbarkeit mit der Verfassung ausgerichtete Konkretisierung bundesgesetzlicher Normen ist dem Bundesgericht infolge von Art.113 Abs.3 BV also nur verwehrt, sofern der Gesetzgeber den Widerspruch zur Verfassung (wie sie das Bundesgericht auslegt) bewußt geschaffen hat; sei es, daß er den Widerspruch gewollt hat (was selten vorkommen wird), daß er den Widerspruch in der Norm angelegt hat, da er (aufgrund einer anderen Auslegung der Verfas-

¹⁴¹ BGE 111 Ia 297.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ Kälin (Anm.89), 42.

sung) das ausdrücklich gewollte Normprogramm für vereinbar mit der Verfassung hielt, oder daß er (ohne über die Vereinbarkeit mit der Verfassung nachzudenken) gerade den Normgehalt eindeutig vorgegeben hat, den das Bundesgericht nun für unvereinbar mit der Verfassung hält. Nur in diesen Fällen könnte eine Berichtigung des Norminhalts durch verfassungskonforme Auslegung eine von Art.113 Abs.3 BV verbotene Umdeutung, Berichtigung oder Abänderung einer durch diese Vorschrift für »maßgebend« erklärten bundesgesetzlichen Norm darstellen¹⁴⁴.

Selbst für die Überwindung dieser letzten Hürde scheint die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung einen Ansatz zu liefern. In der Entscheidung *Commune di Lugano* hat das Bundesgericht erklärt, daß triftige Gründe, um vom Wortlaut des Gesetzes abzuweichen, auch aus der Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung resultieren könnten¹⁴⁵. Versteht man diesen Satz nun so, auch bei ansonsten eindeutigem Normgehalt könne die Notwendigkeit verfassungskonformer Auslegung von der Orientierung am (klaren) Wortlaut des Gesetzes entbinden¹⁴⁶, so wäre allerdings ein Ansatz dafür geliefert, das Gesetz in jedem denkbaren Fall bei der (im Rahmen der Normkonkretisierung erfolgenden) Bildung der Einzelfallnorm mit der Verfassung zu harmonisieren. Das Bundesgericht wäre in der Lage, den Normgehalt immer auf seine Vereinbarkeit mit der Verfassung hin zu korrigieren – ein Ergebnis, das *de facto* einer (inzidenten) Normenkontrolle entspräche. Soweit der Entscheid in der Literatur in dieser Richtung aufgefaßt wurde, ist er allerdings auf heftige Kritik gestoßen¹⁴⁷. Das Bundesgericht hat die hier angedeutete Linie dementsprechend bisher auch nicht weiter verfolgt.

Zu einer (partiell ähnlichen) Korrektur des Normgehalts gelangt das

¹⁴⁴ Vgl. Kälín, *ibid.*, 43; Häfelín (Anm.122), 252f.

¹⁴⁵ BGE 103 Ia 480. An die in der Rechtsprechung übliche Standardformel ist der Nachsatz angehängt: «Se ne deve a fortiori inferire che motivi fondati per scostarsi dal tenore letterale possono risultare dalla necessità di interpretare la norma in modo compatibile con la costituzione (verfassungskonforme Auslegung)».

¹⁴⁶ So Kälín (Anm.89), 42; Häfelín (Anm.122), 252 Anm.64 und wohl auch Auer (Anm.41), ZSR 99 I, 107 (133); vgl. aber etwas später ders. (Anm.89), 93 (Nr.156), der zumindest die Anwendung der Bundesgesetze von diesem Grundsatz ausgenommen sieht. Ob das Bundesgericht mit diesem an die übliche Formel angehängten Nachsatz wirklich einen eigenständigen Grund schaffen wollte, von dem ansonsten klaren Wortlaut einer Norm abzuweichen, scheint zweifelhaft; der Nachsatz könnte auch einfach das (längst anerkannte) Prinzip festschreiben wollen, die verfassungskonforme Auslegung könne bei unklarem Normgehalt der ausschlaggebende Grund für eine Abweichung vom Wortlaut sein.

¹⁴⁷ Vgl. die Nachweise in Anm.146.

Bundesgericht in einer Reihe von Fällen schon mit Hilfe einer anderen, längst etablierten Rechtsprechungslinie. In bestimmten Fallkonstellationen hat das Bundesgericht seit langem anerkannt, daß einzelne Verfassungsprinzipien, die der Durchsetzung materialer Gerechtigkeit dienen, im Einzelfall eine Abweichung vom Wortlaut (oder auch vom eigentlichen Normgehalt) eines Bundesgesetzes erfordern können¹⁴⁸. Diese verfassungsrechtlichen Gebote, deren Ziel generell die Realisierung der Einzelfallgerechtigkeit bildet, sind in der Regel aus dem Gleichheitssatz des Art.4 BV abgeleitete allgemeine Grundsätze, die dem Bundesgericht im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde eine Art flächendeckende Minimumkontrolle über die kantonale Rechtsanwendung ermöglichen¹⁴⁹.

Zur Nichtanwendung eines Bundesgesetzes führen können so z. B. der Grundsatz von Treu und Glauben, der den Bürger in seinem berechtigten Vertrauen auf die Zusicherungen und Versprechen der Behörden schützt¹⁵⁰, oder die Ausnahmeregel der »Gleichheit im Unrecht« bei willkürlicher Abweichung von einer ansonsten ständig geübten illegalen Praxis¹⁵¹. Auch der verfassungsrechtliche Schutz der wohlverworbenen Rechte¹⁵², das Verhältnismäßigkeitsprinzip¹⁵³ und Verfahrensgrundsätze wie das aus dem Willkürverbot abgeleitete Verbot des überspitzten Formalismus¹⁵⁴, das Verbot der Rückwirkung von Gesetzen¹⁵⁵ oder der Anspruch auf rechtliches Gehör¹⁵⁶, können nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dazu führen, daß einem Gesetz im Einzelfall die Anwen-

¹⁴⁸ Vgl. dazu Auer (Anm.89), 93ff. (Nrn.157ff.); Kälin (Anm.89), 46f.; Haller (Anm.93), Rdnr.222.

¹⁴⁹ Vgl. dazu J.-F. Aubert, *De quelques limites au principe de la primauté des lois*, in: FS für Hans Nef (1981), 1ff.; vgl. daneben Hangartner (Anm.104), 184ff., 200ff.; Häfelin/Haller (Anm.104), Nrn.1580ff.

¹⁵⁰ Siehe BGE 108 Ia 122 (Vogeler); 107 V 157 (Cicco); 106 V 143 (Ausgleichskasse des Kantons Zürich); 106 Ia 254 (Aeppli); 103 Ia 505 (Gebrüder Hoffmann AG); vgl. auch Hangartner, *ibid.*, 205ff.; J.P. Müller/S. Müller, *Grundrechte – Besonderer Teil* (1985), 221ff.; Aubert, *ibid.*, 11f.

¹⁵¹ Siehe dazu BGE 104 Ib 372 (Hallwag AG); 103 Ia 244 (Christian Science Society); 99 Ib 283 (Schweizer Verlagshaus AG); vgl. auch A. Auer, *L'égalité dans l'illégalité*, ZBl.79 (1978), 281ff. sowie Aubert (Anm.149), 15f.; Hangartner (Anm.104), 187; Müller/Müller, *ibid.*, 196f.; Häfelin/Haller (Anm.104), Nrn.1608f.

¹⁵² Vgl. dazu W. Kämpfer, *Zur Gesetzesbeständigkeit »wohlverworbenen Rechte«*, in: *Mélanges Henri Zwahlen* (1977), 339ff. und R. A. Rhinow, *Wohlerworbene und vertragliche Rechte im öffentlichen Recht*, ZBl.80 (1979), 1ff. sowie BGE 107 Ia 193; 106 Ia 163.

¹⁵³ Vgl. z. B. BGE 106 Ia 33.

¹⁵⁴ Vgl. z. B. BGE 104 Ia 112 sowie Müller/Müller (Anm.150), 228f.

¹⁵⁵ Vgl. Hangartner (Anm.104), 207f. sowie Aubert (Anm.149), 4f. m.w.N.

¹⁵⁶ Vgl. Hangartner, *ibid.*, 211ff. sowie Müller/Müller (Anm.150), 233ff.

derung zu versagen ist. Immer bleibt hier aber ein grundlegender Unterschied zur Normenkontrolle gewahrt: Dem Gesetz wird nicht als solchem, d. h. generell aufgrund der Verfassungswidrigkeit seines Inhalts, die Gefolgschaft versagt, sondern es wird nur die Anwendung im konkreten Einzelfall verweigert, da diese Anwendung aufgrund besonderer Umstände gegen die Verfassung verstoßen würde¹⁵⁷.

Nimmt man beide Rechtsprechungslinien zusammen, die der verfassungskonformen Auslegung (auch gegen den Wortlaut) wie die der Ergebniskorrektur im Dienste der verfassungsrechtlich abgesicherten Einzelfallgerechtigkeit, so wird deutlich, daß dem Bundesgericht bei der Überprüfung der Anwendung der Bundesgesetze ein bemerkenswert weiter Spielraum der verfassungsrechtlich motivierten Ergebniskontrolle zukommt, aller durch Art. 113 Abs. 3 BV verordneten Beschränkung bei der Verfassungsmäßigkeitskontrolle der Gesetzgebung zum Trotz¹⁵⁸. Es kann daher kaum verwundern, daß das Fehlen der Normenkontrollbefugnis gegenüber Bundesgesetzen vom Bundesgericht fast nie als ernsthaftes Problem empfunden wird, daß – mit anderen Worten – »die Problematik der Bindung des Bundesgerichts an eine als stossend ungerecht empfundene bundesgesetzliche Norm« sich dem Gericht praktisch kaum jemals gestellt hat – so der langjährige Bundesrichter Otto K. Kaufmann anlässlich eines der wenigen extremen Ausnahmefälle¹⁵⁹, in dem das Bundesgericht seiner Kritik am (verfassungswidrigen) Normgehalt des Zollgesetzes von 1925 in der Formel eines *résultat choquant* Ausdruck verlieh¹⁶⁰. Die Auswirkungen des von der Verfassung verordneten Verbotes der inzidenten Normenkontrolle gegenüber Normativakten des Bundesgesetzgebers sollte man deshalb nicht überschätzen, gestatten es die vom Bundesgericht in einer langen Praxis entwickelten Leitlinien der Normkonkretisierung im Einzelfall doch fast immer, unter verfassungsrechtlicher Perspektive uner-

¹⁵⁷ Vgl. Auer (Anm. 89), 96 f. (Nr. 163) sowie Aubert (Anm. 149), 24.

¹⁵⁸ Eine über diese – vom Ansatz her beschränkten – Formen der Ergebniskorrektur hinausgehende Durchbrechung des Art. 113 Abs. 3 BV bei qualifizierten Verfassungsverletzungen (Verletzungen des Kerngehalts der Grundrechte), wie sie von einem Teil der Literatur gefordert wird – siehe nur Kälin (Anm. 89), 45 f. – hat sich in der Praxis bisher nicht durchsetzen können; kritisch dazu z. B. Haller (Anm. 93), Rdnr. 221.

¹⁵⁹ (Unveröffentlichtes) Urteil des Bundesgerichts vom 9.7.1971 in der Sache *Etoilauto c. Confédération*, siehe O. K. Kaufmann, *Etoilauto S.A. c. Confédération*, in: *Mélanges Henri Zwahlen* (1977), 139 ff. (142).

¹⁶⁰ Das Bundesgericht übt, soweit es eine Norm für verfassungswidrig hält, in seinen Urteilen wie in seinen Geschäftsberichten durchaus Kritik an solchen als verfassungswidrig eingeschätzten Akten der Bundeslegislative, vgl. Auer (Anm. 89), 72 f. (Nr. 123); Haller (Anm. 93), Rdnr. 206 f.; Kälin (Anm. 89), 36 f.

wünschte Normgehalte durch ergebnisorientierte Korrekturmechanismen zu entschärfen.

Eine über diese Ansätze hinausgehende bewußte richterliche Korrektur des Art.113 Abs.3BV, für die insbesondere Max Imboden und Walter Kälin plädiert haben¹⁶¹, denen zufolge zumindest qualifizierte Grundrechtsverletzungen bzw. verfassungsrechtliche Kerngehaltsgarantien aus der Geltung des Art.113 Abs.3BV ausgeklammert werden sollten, hat sich demgegenüber bisher nicht durchsetzen können; angesichts der recht weitgehenden Möglichkeiten der Harmonisierung im Einzelfall besteht für ein derart offenes Hinweggehen über den grundsätzlichen Anwendungsbefehl des Art.113 Abs.3BV wohl auch kein dringendes Bedürfnis¹⁶².

V. Normenkollision von Staatsverträgen und Bundesgesetzen

Im Verhältnis von Völkervertragsrecht zu innerstaatlichem Gesetzesrecht können sich unter Umständen gleiche Fragen der Normenhierarchie stellen wie im Verhältnis von Verfassungsrecht zu einfachem Gesetzesrecht. Probleme der Normenkollision von Staatsverträgen und Gesetzesrecht sind dementsprechend in der schweizerischen Debatte zum Teil genauso als ein Problem des Art.113 Abs.3BV thematisiert worden wie die Fragen der Vereinbarkeit von Gesetzen mit dem Verfassungsrecht.

1. Staatsverträge und Bundesgesetzgebung

Keine Probleme bereitet die Frage der Vereinbarkeit von den Schweizer Behörden abgeschlossener Staatsverträge mit der Bundesverfassung. Eine Überprüfung der Verträge an der Bundesverfassung ist durch Art.113 Abs.3BV eindeutig ausgeschlossen¹⁶³.

Anders sieht es dagegen bei den Fällen der Kollision von Staatsverträgen mit dem Gesetzesrecht aus. Schon die Frage, welchen Rang völkervertragsrechtliche Regelungen in der schweizerischen Normenhierarchie einnehmen, ist bisher alles andere als geklärt, womit schon der Ansatz in Frage steht, die Kollision überhaupt unter den Kategorien der Normenhierarchie

¹⁶¹ Siehe M. Imboden, Normkontrolle und Norminterpretation (1961), abgedruckt in: ders., Staat und Recht. Ausgewählte Schriften und Vorträge (1971), 239 (254f.); Kälin (Anm.89), 45f.

¹⁶² Siehe auch die Kritik von Haller (Anm.93), Rdnr.221.

¹⁶³ Vgl. nur Haller (Anm.93), Rdnr.173 m.w.N. der Rechtsprechung; vgl. auch L. Wildhaber/S. Breitenmoser, The Relationship between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries, ZaöRV 48 (1988), 163ff. (198).

anzugehen. Zwar vertritt ein erheblicher Teil der Lehre die Auffassung, in der Schweiz gelte grundsätzlich der Vorrang des Völkervertragsrechtes gegenüber dem innerstaatlichen (Gesetzes-)Recht¹⁶⁴. Bundesrat und Bundesgericht haben sich dagegen bisher weitgehend jeder Stellungnahme zu diesem Problem enthalten, haben sich vielmehr meist mit der – alles offen lassenden – Formulierung beholfen, Staatsverträge stünden »mindestens auf der Stufe der Bundesgesetze« bzw. hätten »zumindest Gesetzesrang«¹⁶⁵.

Unbestritten ist in der schweizerischen Praxis und Doktrin insoweit nur, daß Bestimmungen in Staatsverträgen dem anderslautenden kantonalen Recht, dem Verordnungsrecht des Bundes und zeitlich früheren Bundesgesetzen vorgehen¹⁶⁶. Verträge erlangten in der Schweiz – so faßte Bundesrat Spühler, Chef des Politischen Departementes, die allgemeine Auffassung zusammen –, »soweit sie unmittelbar anwendbar sind, nach einhelliger Lehre und Praxis zusammen mit der völkerrechtlichen automatisch auch landesrechtliche Wirkung. Einer Transformation von Verträgen in ein besonderes Bundesgesetz – im Sinne der dualistischen Doktrin – bedarf es nicht. Die Genehmigung durch die eidgenössischen Räte und die Ratifikation durch den Bundesrat genügen, damit ein Vertrag für die Schweiz verbindlich ist«¹⁶⁷.

Umstritten war dagegen immer – und ist es noch heute –, welche Norm bei einem Konflikt zwischen Völkervertragsrecht und einem zeitlich späteren Bundesgesetz vorgeht¹⁶⁸. Ein Teil der Lehre geht von einem unbedingten Vorrang der staatsvertraglichen Normen gegenüber dem Gesetzesrecht

¹⁶⁴ Vgl. die Nachweise in VPB 37 II (1973), Nr. 32, 11 und bei Aubert (Anm. 93), Bd. II, 483 (Nr. 1326) sowie bei Kälin (Anm. 89), 68; Grisel (Anm. 107), ZBl. 88 (1987), 379f., 390f.; Wildhaber/Breitenmoser, *ibid.*, 199 Anm. 138.

¹⁶⁵ So z. B. die Justizabteilung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes (EJPD) in einem Gutachten vom 13. 7. 1973, abgedruckt in VPB 37 II (1973), Nr. 32, 11 sowie BGE 105 V 3 und 101 IV 253; vgl. auch BGE 103 V 192 sowie BBl. 1968 II, 1070ff. und VPB 39 II (1975), Nr. 42, 7. Vgl. daneben die Zusammenstellung der Praxis bei J. P. Müller/L. Wildhaber, *Praxis des Völkerrechts* (2. Aufl. 1982), 103 ff.

¹⁶⁶ Siehe nur Müller (Anm. 107), 224 sowie die Antwort von Bundesrat Spühler auf die Interpellation Korner, in: L. Caflisch, *La Pratique Suisse 1968–1969*, SJIR 26 (1969/70), 91 (92).

¹⁶⁷ Antwort auf die Interpellation Korner, *ibid.*, 93.

¹⁶⁸ Vgl. die Nachweise der älteren Literatur und Praxis in VPB 37 II (1973), Nr. 32, 11 sowie die Nachweise bei O. Jacot-Guillarmod, *La primauté du droit international face à quelques principes directeurs de l'Etat fédéral suisse*, ZSR 104 (1985), 383 (404 Anm. 90).

aus¹⁶⁹; eine andere Auffassung sieht die völkerrechtlichen Verträge auf der gleichen Stufe wie die Bundesgesetze, was zur Anwendung des Grundsatzes *lex posterior derogat legi priori* führt¹⁷⁰.

Die Rechtsprechungspraxis des Bundesgerichtes in dieser Frage wird vielfach als widersprüchlich charakterisiert¹⁷¹. Anfänglich ging das Gericht wohl noch eindeutig vom Vorrang auch früherer Verträge aus¹⁷². Im Jahre 1933 gab es dann jedoch im Fall *Steenworden*¹⁷³ unvermittelt dem späteren Gesetz den Vorzug. In den sechziger Jahren betonte es zwar weiterhin die Ranggleichheit von Staatsverträgen und Bundesgesetzen, löste etwaige Normkollisionen aber pragmatisch über die Anwendung der allgemeinen Kollisionsregeln¹⁷⁴. Insbesondere die Bestimmungen verschiedener Auslieferungsverträge, aber auch Regelungen anderer technischer Verträge qualifizierte es als vorrangige Sondernormen bzw. als *lex specialis*. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1968, dem Entscheid *Frigerio*¹⁷⁵, stellte das Bundesgericht die Notwendigkeit heraus, innerstaatliches Recht im Zweifel völkerrechtskonform auszulegen. »Es genügt festzuhalten, dass« – so hieß es in dieser Entscheidung – »der Bundesgesetzgeber gültig abgeschlossene Staatsverträge gelten lassen will, sofern er nicht ausdrücklich in Kauf nimmt, dass völkerrechtswidriges Landesrecht zustande komme. Im Zweifel muss innerstaatliches Recht völkerrechtskonform ausgelegt werden;

¹⁶⁹ So z. B. J. Freymond, La ratification des traités et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne (1947), 158; H. Zumstein, Die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Staatsverträgen (1952), 52 ff.; P. Guggenheim, Völkerrechtliche Schranken im Landesrecht (1955), 10 f.; C. Dominicé, La Convention européenne des droits de l'homme devant le juge national, SJIR 28 (1972), 9 (15, 35); L. Wildhaber, Verfassungsrank der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Schweiz?, ZBJV 105 (1969), 249 (259 ff.); D. Schindler, Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention für die Schweiz, ZSR 94 (1975), 357 (369); I. G. Caytas, Vorrang des Völkerrechts im Landesrecht (1980), 13, 22 f.; Schiesser (Anm. 94), 211 f.; Kälin (Anm. 89), 68 f.; Grisel (Anm. 107), ZBl. 88 (1987), 379 f., 390 f.

¹⁷⁰ So z. B. Fleiner/Giacometti (Anm. 116), 830 f.; Aubert (Anm. 93), Bd. II, 483 (Nr. 1326); A. Favre, Droit constitutionnel suisse (2. Aufl. 1970), 446 f.; P. Siegenthaler, Völkerrecht und Landesrecht nach schweizerischer Rechtsordnung, ZBJV 120 (1984), 201 (213 ff.); Zimmermann (Anm. 93), 101 ff.

¹⁷¹ So z. B. bei L. Wildhaber, Bemerkungen zum Fall Schubert betreffend das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, SJIR 30 (1974), 196 – »nicht eben geradlinig« – oder im Gutachten der Justizabteilung des EJPD (Anm. 165) – »widersprüchlich«.

¹⁷² Siehe BGE 7 783; 21 79; 22 1030; 35 I 596; 49 II 361; vgl. auch Wildhaber, *ibid.*, 196.

¹⁷³ BGE 59 II 331.

¹⁷⁴ Vgl. den Überblick der Rechtsprechung bei Wildhaber (Anm. 171), 196 f. sowie Aubert (Anm. 93), Bd. II, 483 (Nr. 1326).

¹⁷⁵ BGE 94 I 669.

d. h. so, dass ein Widerspruch mit dem Völkerrecht nicht besteht. Diese Auslegungsregel erlaubt es, Konflikte zwischen den beiden Rechtsordnungen meistens zu vermeiden ...»¹⁷⁶.

Einige Jahre später, in der Entscheidung im Fall *Schubert*¹⁷⁷, relativierte das Bundesgericht selbst seine Feststellungen zum Erfordernis völkerrechtskonformer Interpretation, als es erneut im Rahmen der *lex posterior*-Regel ein späteres Bundesgesetz einem älteren Staatsvertrag vorgehen ließ. Zwar bestätigte es ausdrücklich seine frühere Rechtsprechung zur Vermeidung etwaiger Konflikte mittels völkerrechtskonformer Interpretation. Es habe bereits früher entschieden, »dass der Bundesgesetzgeber gültig abgeschlossene Staatsverträge gelten lassen will, sofern er nicht bewusst in Kauf nimmt, dass von ihm erlassenes Landesrecht dem internationalen Recht allenfalls widerspricht«. Die Möglichkeit einer bewußten Abweichung seitens des Gesetzgebers gestatte es aber, »Härten zu mildern und wichtige Interessen zu wahren. Eine solche bewusste Abweichung kann zwar die völkerrechtlichen Rechte und Pflichten des Staates nicht ändern, ist aber im innerstaatlichen Bereich massgebend und für das Bundesgericht verbindlich (BV 113 III)«¹⁷⁸.

Die Entscheidung fand in der Literatur heftige Kritik¹⁷⁹. Abgesehen davon, daß ein Großteil der Lehre die vom Bundesgericht bezogene Prämisse der Gleichordnung von Völkervertragsrecht und Bundesgesetzen ablehnt, wurde vor allem bemängelt, das Gericht sei ohne Not von seiner bisherigen Rechtsprechung abgewichen. Für die Wiederaufnahme der 1933 im Fall *Steenworden* bezogenen Grundsatzposition habe keine Notwendigkeit bestanden, da das Gericht die – von ihm selbst immer wieder beschworene – Möglichkeit der verfassungskonformen Interpretation nicht ausreichend genutzt habe¹⁸⁰.

¹⁷⁶ BGE 94 I 678.

¹⁷⁷ BGE 99 Ib 39.

¹⁷⁸ Zitiert nach Kälin (Anm.89), 68. Das Urteil ist im Original in italienisch abgefaßt; die (in der Übersetzung etwas verkürzte) entscheidende Passage lautet: «La possibilità d'una eventuale e consapevole deroga da parte del legislatore, fonte suprema del diritto interno, consente di mitigare certi rigori e di salvaguardare in pratica determinati imperiosi interessi. Una siffatta deroga consapevole, pur non potendo, ove sussista effettivamente, modificare la sfera dei diritti e degli obblighi dello Stato nell'ambito della comunità internazionale, è determinante nell'ordinamento interno e vincola il Tribunale federale (art.113 cpv.3 CF)».

¹⁷⁹ Vgl. die Nachweise der kritischen Anmerkungen bei O. Jacot-Guillarmod, *Fondements juridiques internationaux de la primauté du droit international dans l'ordre juridique suisse*, ZBJV 120 (1984), 227 (229 Anm.5).

¹⁸⁰ Siehe z. B. Wildhaber (Anm.171), 199 ff.

Die seither ergangene Rechtsprechung¹⁸¹ läßt nur schwer den Schluß zu, das Bundesgericht wolle sich von seiner über Jahrzehnte aufrechterhaltenen Position distanzieren¹⁸². Zwar hat das Bundesgericht in einer Reihe von neueren Entscheidungen wieder den grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts betont. So heißt es in einer Leitentscheidung (Fall *Bozano*): «Selon les conceptions du droit suisse et la jurisprudence constante relatives à la hiérarchie des normes, le droit international conventionnel prime le droit interne en matière d'extradition comme dans les autres domaines: un Etat qui s'engage par traité doit en respecter les clauses, quelles que soient ses propres normes internes ...»¹⁸³. Signifikant ist aber die in diesen Entscheidungen immer wieder verwendete Standardformel «en matière d'extradition comme dans d'autres domaines»¹⁸⁴, die auch als Einschränkung gemeint sein kann – handelt es sich doch bei diesen Entscheidungen fast immer um Fragen des Auslieferungsrechts und der Rechtshilfe¹⁸⁵. Für die Anwendung von Auslieferungsverträgen und einiger anderer Typen eher technischer Verträge hat das Bundesgericht aber schon traditionell immer den Vorrang der Staatsverträge anerkannt¹⁸⁶; Vorrang allerdings nicht als Ausfluß der Normenhierarchie, sondern infolge der Einstufung dieser Verträge als *lex specialis* gegenüber den einschlägigen Bundesgesetzen.

Gewisse Unsicherheiten sind hier in der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung allerdings unverkennbar. Einerseits ließe sich der vom Bundesgericht neuerdings wieder betonte Vorrang des Völkerrechts in den betreffenden Fällen praktisch immer auch mit den traditionell angewandten Regeln der einfachen Normenkollision rechtfertigen¹⁸⁷. Auf der anderen Seite aber rückte das Bundesgericht selbst das Problem in letzter Zeit einige Male in den Kontext der Normenhierarchie¹⁸⁸.

Als endgültig geklärt wird man das Problem angesichts dieser recht un-

¹⁸¹ Vgl. BGE 100 Ia 410 (*Thareau*); 102 Ia 319 (*Lanusse*); 103 Ia 626 (*Donadoni*); 106 Ib 402 (*Bozano*); 109 Ib 173 (*Maurel*); 110 Ib 86 (*X.-Bank*); 111 Ib 71 (*X. gg. EJPD*).

¹⁸² Anderer Ansicht Häfelin/Haller (Anm.104), Nr.1054.

¹⁸³ BGE 106 Ib 402.

¹⁸⁴ Vgl. auch BGE 100 Ia 410; 103 Ia 626.

¹⁸⁵ Vgl. auch Jacot-Guillarmod (Anm.179), 229.

¹⁸⁶ Siehe nur Aubert (Anm.93), Bd.II, 483 (Nr.1326).

¹⁸⁷ Für diese Lösung plädieren Aubert, *ibid.*; Haller (Anm.93), Rdnr.217; vgl. daneben (wenn auch eine deutliche Nuance anders) Jacot-Guillarmod (Anm.168), 404 ff.

¹⁸⁸ Siehe BGE 106 Ib 402 («selon ... la jurisprudence constante relatives à la hiérarchie des normes»); 110 Ib 86 («... in allen Fragen, die das Vertragsrecht ausdrücklich oder stillschweigend abschliessend regelt, geht es dem Landesrecht vor ... Dieser Grundsatz, der sich aus der Rangordnung der Normen ergibt ...»).

durchsichtigen Entscheide kaum bezeichnen können¹⁸⁹. Vieles spricht eher dafür, daß das Bundesgericht den Konflikt auch weiterhin pragmatisch auf der Ebene der Gleichordnung der Normen zu lösen versuchen wird, erspart es sich so doch die leidige Debatte um die Auswirkungen des Art.113 Abs.3 BV¹⁹⁰. Folgte man der überwiegenden Auffassung in der Literatur und sähe es als Frage der Normenhierarchie, so geriete das Bundesgericht wohl unweigerlich in den Bann des Art.113 Abs.3 BV, der ihm die Anwendung der Bundesgesetze (ebenso wie der Staatsverträge!) gebietet¹⁹¹. Auf der Ebene der einfachen Normenkollision bleibt es dem Bundesgericht dagegen auch nach Art.113 Abs.3 BV unbenommen, den Konflikt einfach unter Zuhilfenahme der üblichen Kollisionsregeln, darunter in erster Linie der Maxime der völkerrechtskonformen Interpretation, aufzulösen¹⁹². Geht man von einer Vermutung der Völkerrechtskonformität der Bundesgesetzgebung aus, so wird sich der Konflikt kaum jemals stellen; als Ausnahme wäre einzig der krasse Extremfall anzusehen, »dass es auf Grund der politischen Interessenabwägung ... als politisch notwendig erscheint, in der Bundesgesetzgebung eine Völkerrechtswidrigkeit anzuordnen. Diese Völkerrechtswidrigkeit in der Bundesgesetzgebung müsste aber angesichts der rechtsstaatlich gebotenen vertragskonformen Auslegung der Bundesgesetzgebung eindeutig normiert sein; der Wille zur staatsvertragswidrigen Normierung in der Gesetzgebung muss unverkennbar sein«¹⁹³ – und darf nicht wie im Fall *Schubert* allein aus dem Vorhandensein einer Debatte über die Vereinbarkeit des Gesetzes mit dem Völkerrecht abgeleitet werden.

2. Die Garantien der EMRK und spätere Bundesgesetze

Für die EMRK wird das Problem in ganz besonderer Zuspitzung diskutiert. Schon im Verfahren der parlamentarischen Genehmigung der Ratifikation der EMRK wurde in der vorberatenden Kommission des Nationalrates ausdrücklich erklärt, der Konvention müsse auch gegenüber späteren Bundesgesetzen der Vorrang zukommen, eine Auffassung, die auch im

¹⁸⁹ Vgl. auch Jacot-Guillarmod (Anm.179), 229ff.

¹⁹⁰ Vgl. dazu Auer (Anm.89), 104f. (Nrn.174f.); Jacot-Guillarmod (Anm.168), 405f.

¹⁹¹ Vgl. Auer, *ibid.*, 101ff. (Nrn.170f.), 105 (Nr.175).

¹⁹² Vgl. Haller (Anm.93), Rdnr.217.

¹⁹³ Siegenthaler (Anm.170), 216.

Plenum des Rates auf keinen Widerspruch stieß¹⁹⁴. Im Gefolge dieser schon im Parlament angeklungenen Sonderstellung der EMRK wird von der überwiegenden Auffassung der Lehre die Position vertreten, der EMRK komme Übergesetzesrang zu, wenn nicht sogar Verfassungsrang^{195, 196}.

Das Bundesgericht hat zumindest immer wieder die enge Wechselwirkung der Konventionsgarantien mit den Grundrechtsgarantien der Schweizer Verfassung betont¹⁹⁷. Für die Konkretisierung der Individualgrundrechte des schweizerischen Verfassungsrechts seien die Konventionsgarantien heranzuziehen, die ihrerseits »ihrer Natur nach einen verfassungsrechtlichen Inhalt« hätten¹⁹⁸. Da die Tragweite der Konventionsrechte wiederum »in Verbindung mit den entsprechenden Individualrechten unseres geschriebenen und ungeschriebenen Verfassungsrechtes zu bestimmen« sei¹⁹⁹, wird materiell von einer Gleichrangigkeit von Grundrechten der Bundesverfassung und Konventionsrechten ausgegangen. Dementsprechend steht die Beschwerde wegen der Verletzung von Konventionsgarantien auch verfahrensmäßig der staatsrechtlichen Beschwerde

¹⁹⁴ Vgl. Schindler (Anm.169), 369 sowie L. Wildhaber, Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZSR 98 II (1979), 229 (329) – beide m. w. N.

¹⁹⁵ Vgl. Wildhaber (Anm.169), 259ff.; Dominicé (Anm.169), 15; S. Trechsel, Die EMRK, ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozeßrechte (1974), 161f.; ders., Die Schweiz und die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in: A. Riklin/H. Haug/C. Binswanger (Hrsg.), Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik (1975), 360 (385); J. P. Müller, Die Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Schweiz, ZSR 94 (1975), 373 (379ff.); Wildhaber (Anm.194), 331f., 343; J. P. Müller, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), 53 (66); P. Saladin, Grundrechte im Wandel (3. Aufl.1982), XII; Schiesser (Anm.94), 222; Kälin (Anm.89), 45; M. Hottelier, La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence du Tribunal fédéral (1985), 159ff.; D. Thüer, Europäische Menschenrechtskonvention und schweizerisches Verwaltungsverfahren, ZBl.87 (1986), 241 (243); ders., Neuere Entwicklungen im Bereich der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZBl.89 (1988), 377 (397).

¹⁹⁶ Eine gewichtige Minderheit vertritt demgegenüber den Standpunkt, die EMRK stehe auf der gleichen Rangstufe wie Bundesgesetze, vgl. Aubert (Anm.93), Supplément 1967–1982, 219 (Nr.1777); Siegenthaler (Anm.170), 219ff.; A. Haefliger, Die Schweiz und die Europäische Menschenrechtskonvention, ZSR 104 (1985), 455 (459); F. Cagianut, Die Bedeutung der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten für den Schweizer Richter, in: Völkerrecht im Dienste des Menschen, FS für Hans Haug (1986), 47 (53ff.).

¹⁹⁷ Vgl. J. P. Müller (Anm.127), 177ff.; S. Trechsel, Erste Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZBJV 115 (1979), 457 (469ff.); Thüer (Anm.195), ZBl.89, 388ff.

¹⁹⁸ Siehe z. B. BGE 101 Ia 69 und 101 sowie 101 IV 253.

¹⁹⁹ Siehe BGE 101 Ia 96; 102 Ia 38; 104 Ia 91.

wegen Verletzung der verfassungsmäßigen Rechte der Bürger gleich, bilden die Konventionsrechte »verfassungsmäßige Rechte« im Sinne von Art.5 und 113 Abs.1 Ziff.3 BV und Art.84 Abs.1 *lit.a* OG²⁰⁰.

Den Schluß aus dem inhaltlichen Verfassungscharakter der von der Konvention garantierten Rechte auf einen formellen Verfassungsrang der EMRK in der schweizerischen Normenhierarchie²⁰¹, den die Literatur weitgehend ziehen zu können glaubt, hat das Bundesgericht bisher stets vermieden²⁰². Es begnügt sich in dieser Hinsicht in der Regel mit der Formulierung, der Konvention komme »zumindest Gesetzesrang« zu. Konsequenterweise entzieht sich das Bundesgericht in der Folge auch jeder Festlegung in der Frage, ob der Normenkonflikt zwischen EMRK und späterem Gesetzesrecht nun kraft Vorranges im Rahmen der Normenhierarchie oder nur mittels der üblichen Regeln für Normenkollisionen gleichrangigen Rechtes zu lösen ist²⁰³. Selbst in einem jüngst ergangenen Urteil²⁰⁴ beläßt es das Gericht bei der Feststellung: »Die EMRK, als ein von der Bundesversammlung genehmigter Staatsvertrag, ist für die rechtsanwendenden Behörden nicht weniger verbindlich als die Bundesgesetze (Art.113 Abs.3 BV)«. Sie gehe – so die unbestrittene Konsequenz – als jüngerer Recht den früher erlassenen Bundesgesetzen, »unter Umständen auch jüngerem Gesetzesrecht vor«. Das Bundesgericht konnte es bislang bei dieser unbestimmten Formulierung belassen, da es mittels des allgemeinen Instrumentariums der harmonisierenden Normkonkretisierung qua völkerrechts- (bzw. konventions-)konformer Auslegung jeglichen offenen Konflikt zwischen Konventionsrecht und Bundesgesetzgebung zu vermeiden in der Lage war²⁰⁵.

Ratsam erscheint dem Bundesgericht dieses Offenlassen der Rangfrage wohl nicht zuletzt im Hinblick auf Art.113 Abs.3 BV. Da die Konvention materiell Rechte verfassungsmäßiger Natur verbürgt, die sich insofern weitgehend mit den durch das schweizerische Verfassungsrecht gewährleisteten Grundrechten decken, ja durch das Bundesgericht zusehends mit

²⁰⁰ Vgl. J. P. Müller (Anm.127), 177; Auer (Anm.89), 100 (Nr.169); Kälin (Anm.89), 122.

²⁰¹ Kritisch zu dieser Gleichsetzung von Inhalt und formellem Rang Auer (Anm.89), 100 (Nr.169) sowie Grisel (Anm.107), 384.

²⁰² Vgl. Wildhaber (Anm.194), 329.

²⁰³ Vgl. dazu die Übersicht der Rechtsprechung des Bundesgerichts bei Hottelier (Anm.195), 163 ff. sowie Auer (Anm.89), 101 (Nr.171).

²⁰⁴ BGE 111 Ib 71.

²⁰⁵ Zur Tendenz der Harmonisierung durch konventionskonforme Auslegung vgl. Wildhaber (Anm.194), 343; Müller (Anm.195), ZSR 94, 389.

dem innerschweizerischen Grundrechtsstandard in eine Symbiose gebracht werden, liefe ein absoluter Vorrang der EMRK gegenüber den (auch späteren) Bundesgesetzen im Ergebnis auf eine Verfassungsmäßigkeitskontrolle der Gesetzgebung hinaus. Über den Umweg der Überprüfung der Konventionsmäßigkeit würde das Verbot der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle unterlaufen²⁰⁶. Gleichsam »auf dem kalten Wege«²⁰⁷ würde Art.113 Abs.3BV ausgehöhlt und »durch die Hintertüre«²⁰⁸ ein Stück Verfassungsgerichtsbarkeit geschaffen, dessen Einführung eigentlich eine von Volk und Ständen getragene Verfassungsrevision erforderte, nicht nur – wie im Falle der Genehmigung der EMRK – einen einfachen Bundesbeschluß²⁰⁹.

Andreas Auer faßt dies Bedenken in die Feststellung, man dürfe nicht so tun, »als ob das positive schweizerische Recht durch einen Handstreich der Lehre die Überprüfung der Konventionsmässigkeit der Gesetze kennen würde«²¹⁰. Daß auch das Bundesgericht diese Bedenken teilt, zeigt eine Entscheidung aus dem Jahre 1983²¹¹, in der das Bundesgericht seine Zurückhaltung gegenüber der Prüfung der Konventionsmäßigkeit der Bundesgesetze und der darauf gestützten Verordnungen mit der Erwägung begründete:

»Nach Art.113 Abs.3BV sind »die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemeinverbindlichen Beschlüsse sowie die von ihr genehmigten Staatsverträge für das Bundesgericht massgebend«. Diesem steht somit keine Verfassungsgerichtsbarkeit in dem Sinne zu, daß es Bundesgesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüfen dürfte. Dasselbe gilt nach ständiger Rechtsprechung auch für Verordnungen des Bundesrates, soweit diese durch eine Delegation des Gesetzgebers gedeckt sind ... Demnach ist dem Bundesgericht die Überprüfung sowohl der gesetzlichen als auch der Verordnungsregelung auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin untersagt. Die EMRK hat hieran nichts geändert.

²⁰⁶ So die Kritik von Auer (Anm.89), 101ff. (Nr.171); Siegenthaler (Anm.170), 219ff.

²⁰⁷ Ausdruck von Thüerer (Anm.195), ZBl.89, 397, in Anlehnung an Müller (Anm.195), VVDStRL 39, 53 (66), der von der »kalten Einführung« der Verfassungsgerichtsbarkeit spricht.

²⁰⁸ Formulierung von Auer (Anm.89), 102 (Nr.171).

²⁰⁹ Zu diesem Punkt vgl. Auer (Anm.89), 101ff. (Nr.171); Hottelier (Anm.195), 166ff. sowie die schon vor der Ratifikation der EMRK durch die Schweiz vorgebrachten Bedenken von O. K. Kaufmann, Frauen, Italiener, Jesuiten, Juden und Anstaltsversorgte – Vorfragen eines Beitritts der Schweiz zur EMRK, in: Festgabe des St. Galler Juristenvereins 1965, 245 (251ff.).

²¹⁰ Auer, *ibid.*, 102.

²¹¹ Entscheidung vom 14.6.1983 in der Sache *H. c. Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen* (nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht), siehe SJIR 40 (1984), 203f.

Sie greift in keiner Weise in die landesintern geregelte Kompetenzabgrenzung zwischen Gesetzgeber und oberster richterlicher Gewalt ein, verschafft also dem Bundesgericht keine Befugnisse, die ihm nicht bereits kraft Bundesverfassung und Organisationsgesetz zustehen. Die Beschwerde erweist sich somit im Hauptpunkt, d. h. insoweit, als die Verfassungs- und Konventionswidrigkeit der angeführten Bestimmungen geprüft wird, als offensichtlich unbegründet ...²¹².

Das darin zum Ausdruck kommende Widerstreben gegen eine Kontrolle der Bundesgesetzgebung nicht nur im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit, sondern auch hinsichtlich der Konventionsmäßigkeit bedeutet nun allerdings nicht, das Bundesgericht wolle sich jeder Ansätze einer Harmonisierung von Konventionsrecht und späterer Bundesgesetzgebung enthalten. Sowie ernstlich ein Konflikt zwischen Bundesgesetz und EMRK drohen sollte, was bei der oben erwähnten Entscheidung – die im vereinfachten Verfahren entschieden wurde – schwerlich der Fall war²¹³, würde das Bundesgericht wohl ohne Bedenken vom vollen Umfang seines Instrumentariums harmonisierender Auslegung und Rechtsanwendung Gebrauch machen. Daß der Konflikt mit Garantien der EMRK in krasser Form bisher in der Rechtsprechung noch gar nicht aufgetreten ist²¹⁴, zeigt mit besonderer Deutlichkeit, wie wirkungsvoll diese Mechanismen im Regelfall sind²¹⁵. Gerade das Institut der konventionskonformen Auslegung in der Anwendungsbreite, die das Bundesgericht ihr einräumt – nach den allgemeinen Auslegungsregeln des Gerichts ist ja noch nicht einmal der Wortlaut eine unübersteigbare Schranke der harmonisierenden Auslegung²¹⁶ –, läßt wirkliche Kollisionsfälle nur in der extremen (und extrem seltenen) Konstellation aufkommen, daß der Gesetzgeber den Konflikt mit der EMRK gezielt und ausdrücklich angestrebt hat.

Solange dieser extreme Konfliktfall das Bundesgericht nicht zu einer

²¹² SJIR 40 (1984), 204.

²¹³ Gerügt war die Vereinbarkeit der Gurtanlegepflicht im Straßenverkehr mit dem in Art. 2 Abs. 1 EMRK garantierten Recht auf Leben.

²¹⁴ So schreibt der langjährige Bundesrichter A. Haefliger, das Problem des Rangs der EMRK habe in der Praxis »noch kaum zu Schwierigkeiten geführt. Meist wird man ohne jeden Zwang und mit gutem Grund die Lösung in der konventionskonformen Anwendung des Gesetzes finden«, siehe d. ers., Die Schweiz und die Europäische Menschenrechtskonvention, ZSR 104 I (1985), 455 (459).

²¹⁵ Dies heißt allerdings nicht, daß bei der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine Lücken in der Anwendung der konventionskonformen Auslegung klafften. Vgl. zu diesen Problemen neuerdings L. Wildhaber, Die Schweiz und die Europäische Menschenrechtskonvention im Rahmen neuerer Entwicklungen (Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Nr. 173) (1989), 20 ff.

²¹⁶ Siehe oben.

generellen Auflösung der Kollisionsfrage zwingt, wird es wohl weiterhin eine abschließende Stellungnahme in der Rangfrage vermeiden, nicht zuletzt im Hinblick auf die in Art.113 Abs.3 BV vom Verfassungsgeber getroffene Grundentscheidung gegen die gerichtliche Normenkontrolle. Daß das Gericht sich die letztendliche Auflösung der Vorrangfrage aber offenhalten will, zeigt der in der neuesten Rechtsprechung an die bisherige Formel zum Verhältnis EMRK–Bundesgesetze angehängte Zusatz, die Konvention gehe als jüngerer Recht den früher erlassenen Bundesgesetzen, aber »unter Umständen auch jüngerem Gesetzesrecht« vor²¹⁷. Sollte die Vorrangfrage vom Gesetzgeber einmal wirklich aufgeworfen werden, so bliebe es im Rahmen dieser Formulierung dem Bundesgericht immer noch unbenommen, mittels einer spezifischen Kollisionsregel zumindest der EMRK unbedingten Vorrang vor der Bundesgesetzgebung einzuräumen.

V. Schlußfolgerungen

Die Praxis des Bundesgerichtes, insbesondere die großzügige Handhabung der Mechanismen der verfassungs- und völkerrechtskonformen Auslegung, liefern einen Schlüssel zu der Frage, warum die Bestimmung des Art.113 Abs.3 BV im politischen Raum kaum jemals einer ernsthaften Anfechtung ausgesetzt war. Rechtswissenschaft und Rechtslehre haben diese Klausel, die oft als das in Verfassungsrecht gegossene »Mißtrauen gegenüber der Verfassungsgerichtsbarkeit« gewertet wird, immer zum weit überwiegenden Teil als »Anomalie«, als einen heute verfehlten Restbestand überlebter Gewaltenteilungskonzeptionen des 19. Jahrhunderts bekämpft und deren Abschaffung gefordert, wie oben gezeigt wurde. Außerhalb des exklusiven Zirkels der Verfassungsrechtler hat diese Bestimmung jedoch nie ernsthaft Anstoß erregt; in der politischen Debatte hat sich die Sichtweise, die den Ausschluß der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle als einen gravierenden Mißstand empfindet, nie wirklich durchsetzen können²¹⁸.

Eine 1936 in Gang gesetzte Volksinitiative auf Abschaffung des Art.113 Abs.3 BV, die nicht zuletzt auf das Wirken der Staatsrechtsprofessoren Fleiner und Giacometti zurückging, scheiterte 1939 in der Volksabstimmung kläglich. Mit 141 000 Ja-Stimmen gegenüber 347 000 Nein-Stim-

²¹⁷ Siehe BGE 111 Ib 71.

²¹⁸ Vgl. O.K. Kaufmann, Verfassungsgerichtsbarkeit 1875–1974–19..?, ZSR 93 I (1974), 339 (355 ff.).

men wurde sie vom Volke verworfen, und gleichzeitig stieß sie auf die Ablehnung aller Kantone²¹⁹.

Die Staatskrise der dreißiger Jahre, die vielen den Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit als »einen Damm ... gegen die Tendenz, das Volk bei der Rechtsetzung auszuschalten« erscheinen ließ, ja als ein Mittel, »dem bereits fortgeschrittenen Zerfall der Demokratie entgegenzuwirken«²²⁰, fand eine andere Auflösung. Der exzessive Gebrauch des Notverordnungsrechts durch den Bundesrat, der auf Dauer als Gefahr für die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung erschien, wurde nicht durch eine Verstärkung verfassungsgerichtlicher Kontrolle, sondern durch den Ausbau direktdemokratischer Institutionen beantwortet²²¹.

Man wird dies wohl als grundlegende Weichenstellung ansehen müssen, die eine Revision des Art.113 Abs.3 BV politisch uninteressant werden ließ²²². Mit der Verstärkung des partizipatorischen Elementes war die demokratische Legitimation der Bundesgesetzgebung noch verstärkt worden; das Volk als der grundlegende Souverän kontrolliert die Gesetzgebung unmittelbar, was dem Ruf nach Ausbau der verfassungsgerichtlichen Kontrolle des Gesetzgebers viel von seiner politischen Überzeugungskraft nimmt²²³.

Die 1950 im Referat von Hans Nef vor dem Schweizer Juristenverein²²⁴ erneut erhobene Forderung nach gerichtlicher Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Bundesgesetze verhallte dementsprechend schon weitgehend ungehört, scheiterte – wie Andreas Auer es ausdrückt – »an der Passivität der Bundesbehörden und an der Gleichgültigkeit der Öffentlichkeit«²²⁵.

Die für das Projekt einer Totalrevision der Bundesverfassung eingesetzte Arbeitsgruppe unter Alt-Bundesrat Wahlen äußerte sich dann 1973 nur

²¹⁹ Vgl. dazu Auer (Anm.89), 66f. (Nr.114); Kaufmann, *ibid.*, 353; W. Haller, Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit?, ZSR 97 I (1978), 501 (502).

²²⁰ Formulierungen aus der Botschaft des Bundesrates vom 17.9.1937 über das Volksbegehren für die Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit, BBl.1937 III, 5 (23).

²²¹ Siehe Müller (Anm.195), VVDStRL 39, 65: »Ein Ausbau direktdemokratischer Institutionen war also die Antwort auf den geschilderten Verfassungsmißstand und nicht die Ausweitung verfassungsgerichtlicher Kontrolle«. Vgl. auch Auer (Anm.89), 68f. (Nr.116f.).

²²² Vgl. Auer (Anm.89), 68f. (Nr.116f.).

²²³ Vgl. A. Panchaud, Les garanties de la constitutionnalité et de la légalité en droit fédéral, ZSR 69 (1950), 1a (42 aff.).

²²⁴ H. Nef, Sinn und Schutz verfassungsmäßiger Gesetzgebung und rechtmäßiger Verwaltung im Bunde, ZSR 69 (1950), 133a (232 aff.).

²²⁵ Auer (Anm.89), 69 (Nr.117).

noch sehr zurückhaltend zu den Vor- und Nachteilen einer Ausweitung der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle²²⁶ und ließ in ihren Empfehlungen eher eine Vorliebe für den Status quo erkennen²²⁷. Zwar sprach sich die in der Folge eingesetzte Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesverfassung in ihrem Schlußbericht letztlich doch klar für die Einführung einer akzessorischen Kontrolle auch der Bundesgesetzgebung aus²²⁸; schon die »Arbeitsgruppe Wahlen« hatte ihre Empfehlungen jedoch mit der nüchternen Begleitbemerkung eingeleitet:

»Es ist nicht zu bestreiten, daß der heutige Vorbehalt in Art.113 Abs.3 BV im System des liberalen Rechtsstaates eine große Lücke offen läßt. Dagegen wird kaum ernsthaft behauptet, daß diese Lücke in der Praxis zu großen Nachteilen geführt hätte und daher als empfindlicher Mangel der Verfassung in Erscheinung getreten sei.«²²⁹.

Und die Ruhe, die seit Erstattung des Schlußberichtes der Expertenkommission wieder in dieser Frage eingekehrt ist, lehrt die Berechtigung dieses relativierenden Satzes. Außerhalb des Kreises der Verfassungsjuristen wird die Frage der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle offenbar kaum als Thema einer Verfassungsreform zur Kenntnis genommen, geschweige denn als drängende Notwendigkeit empfunden²³⁰.

Die im Rechtsvergleich durchaus eigenartige Gestalt der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit, ein »inländisches Eigengewächs«²³¹ ganz besonderer Prägung, erfreut sich scheinbar ungebrochener Legitimität. Zwar ist die politische Konstellation, die der radikalliberalen Gewaltentrennungslehre von der »Suprematie der Volksvertretung« bzw. der absoluten Parlamentssoveränität im letzten Jahrhundert zum Sieg verholfen hatte, längst Geschichte. Das damals untergründig bestimmende Mißtrauen eines reformerischen Parlamentes gegenüber einer als latent konservativ-behaltend empfundenen Justiz hat längst seine eigentliche Berechtigung verloren.

Die mit Art.113 Abs.3 BV kodifizierte Gewaltentrennungskonzeption ist jedoch nicht, wie man vielleicht meinen könnte, völlig verschwunden

²²⁶ Siehe Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Schlußbericht (1973), 415 ff.; vgl. daneben Kaufmann (Anm.218), 353 ff.

²²⁷ Siehe Schlußbericht Arbeitsgruppe Wahlen (Anm.226), 736 ff.; zur Bewertung der Empfehlungen vgl. auch Auer (Anm.89), 69 (Nr.118).

²²⁸ Siehe den Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung (1977), 178 ff., 182; vgl. auch Haller (Anm.219), 503 f. sowie Auer (Anm.89), 69 (Nr.118).

²²⁹ Schlußbericht Arbeitsgruppe Wahlen (Anm.226), 415.

²³⁰ Vgl. Auer (Anm.89), 70 (Nr.119).

²³¹ Ausdruck von Kaufmann (Anm.218), 356.

und von der »modernen« Gewaltenverschränkungslehre der *checks and balances* abgelöst worden. Sie ist vielmehr unter dem Einfluß des Verfassungswandels in ihren Schwerpunkten verschoben, modifiziert worden, hat dadurch vielleicht sogar ein neues Fundament erhalten. Das klassisch parlamentarische System des 19. Jahrhunderts, in dem das Schweizer Modell der Gewaltentrennung alles andere als einen Sonderfall darstellte, ist zu der – nunmehr »typisch schweizerischen« – Mischung von Konkordanzsystem und direktdemokratischer Partizipation mutiert. Der von den Verteidigern des Art.113 Abs.3BV so gern genutzte Hinweis auf die Volkskontrolle der Gesetzgebung mittels Referendum greift insofern vielleicht etwas zu kurz: Referendumsmöglichkeit und gerichtliche Verfassungsmäßigkeitskontrolle der Gesetzgebung müssen sich nicht unbedingt widersprechen²³². Daß aber in einem politischen System mit derart ausgefeilten (und komplizierten) Mechanismen der Kompromiß- und Konsensbildung wie der schweizerischen Konkordanzdemokratie die politischen Akteure die Idee einer nachträglichen gerichtlichen Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze, die ja das Risiko impliziert, das Ergebnis dieser überaus langwierigen Konsensfindung im Nachhinein durch das Verfassungsgericht wiederaufgehoben zu sehen, nicht gerade übermäßig schätzen, sollte dagegen nicht verwundern.

Im Volke wiederum wird das Fehlen der Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen allem Anschein nach überhaupt nicht als politisches Problem empfunden, dem es abzuhelfen gelte. Unter Umständen gerade weil das Bundesgericht so erfolgreich mit seinen Bemühungen ist, krasse Normenkonflikte zwischen Verfassung bzw. Völkerrecht und Bundesgesetzgebung schon bei der Gesetzesauslegung und -anwendung zu vermeiden, erfreut sich das System der Staatsrechtspflege offensichtlich ungetrübter Legitimität. Gleichzeitig sollte man die direkte demokratische Legitimation der Gesetzgebung durch die Referendumsmöglichkeit nicht unterschätzen. Die Idee des (unmittelbar demokratisch legitimierten) Gesetzgebers als des höchsten Souveräns, über dem niemand, auch kein Verfassungsgericht, mehr stehen könne, mag zwar verfassungstheoretisch heute vielen nicht mehr als überzeugend erscheinen; im allgemeinen Denken dürfte sie gleichwohl noch tief verwurzelt sein.

Vielleicht stellt umgekehrt die Einschränkung, die Art.113 Abs.3BV der Gerichtsbarkeit des Bundesgerichtes auferlegt, in mancher Hinsicht durchaus auch einen Vorteil dar. Andreas Auer hat – wohl nicht ganz zu Unrecht – die Frage aufgeworfen, ob nicht sogar ein direkter Zusammen-

²³² Siehe dazu Haller (Anm.219), 504 ff. sowie Nef (Anm.94), 295 (309 ff.).

hang bestehen könnte zwischen den Beschränkungen der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle und der inhaltlichen Kreativität des Bundesgerichts in seiner Verfassungsrechtsprechung, die es in manchen Bereichen geradezu an die Stelle des Gesetzgebers hat treten lassen²³³. So hat das Bundesgericht den Umfang und die Tragweite der durch die Verfassung gewährleisteten Individualgrundrechte in entscheidendem Maße ausgeweitet durch das – mehr oder weniger »freischwebende« – Herausarbeiten »ungeschriebener« Grundrechte des schweizerischen Verfassungsrechts.

»Es gibt kaum ein anderes Verfassungsgericht, dem die Verfassung die Überprüfung der Verfassungsmässigkeit der Gesetze untersagt. Aber es gibt wahrscheinlich überhaupt keines, das es gewagt hat, in der Anerkennung von ungeschriebenen verfassungsmässigen Rechten so weit zu gehen. Hätte das Bundesgericht dies vermocht, wenn es über die Verfassungsmässigkeit der Bundesgesetze hätte entscheiden können? Hätte man sich nicht über die »Richterregierung« und die »Politisierung der Justiz« empört, wenn das Bundesgericht ein Bundesgesetz aufgehoben hätte, weil es ein ungeschriebenes Grundrecht oder ein ungeschriebenes Verfassungsprinzip verletze«²³⁴?

Die plausible Überlegung von Auer zeigt deutlich, daß hinter dem im politischen Raum in der Schweiz so oft und gerne verwendeten Schlagwort von den »Gefahren der Politisierung der Justiz« ein ernstes Problem steckt. Es ist insofern nicht alleine dem Beharrungsvermögen zuzuschreiben, daß eine Bestimmung wie der Art.113 Abs.3 BV nun schon gut hundert Jahre den Wandel der verfassungspolitischen Vorstellungen überlebt hat, ohne jemals ernsthaften politischen Anfechtungen ausgesetzt zu sein. Dahinter steckt vielmehr ein schwieriges rechtstheoretisches Problem, das Problem der Abgrenzung von politischer und rechtlicher Fortbildung der Verfassung; ein Problem, das zugleich heikle Fragen der Gewaltenteilung, der Kompetenzabgrenzung der Gewalten im modernen Verfassungsstaat aufwirft. Art.113 Abs.3 BV gießt den Gedanken in positives Recht um, daß »die oft sehr großen Beurteilungsspielräume bei der Konkretisierung der Verfassung, die eine Folge der auf dieser obersten Stufe der Normenhierarchie notwendigerweise besonders abstrakten Regelung darstellen, grundsätzlich durch den politisch verantwortlichen Gesetzgeber auszufüllen sind und daß der Richter nur nach der Rechtmässigkeit, nicht nach der Vernünftigkeit einer gesetzlichen Regelung fragen darf«²³⁵ – eine Versuchung, der der Richter bei der Konkretisierung der Verfassung in besonderem Maße

²³³ Siehe Auer (Anm.89), 108 ff. (Nr.180).

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ Haller (Anm.219), 518.

unterliegt. »Nachdem wir den fiktiven Charakter der Aussage erkannt haben, wonach die Verfassung für jede Frage nur eine einzige richtige Antwort enthält, wäre es widerspruchsvoll, die Konkretisierung der Verfassung in vollem Umfang als Rechtsfrage zu qualifizieren«²³⁶. Wer nun im modernen Verfassungsstaat in erster Linie berufen ist, die Leitlinien in der Fortbildung der Verfassung zu setzen, ist schwer zu sagen. Art.113 Abs.3 BV sollte vor dem Hintergrund dieser Frage als ein eigentümlicher schweizerischer Kompromiß verstanden werden – ein Kompromiß zwischen traditionellen Gewaltentrennungsvorstellungen von einer »Suprematie des Parlaments« bzw. einer »absoluten Souveränität« des (unmittelbar demokratisch legitimierten) Gesetzgebers, bewußter Beschränkung des Verfassungsgerichts bei der Kontrolle der legislatorischen Konkretisierung der Verfassung (und bei der Ausfüllung der in ihr angelegten Beurteilungsspielräume) und einer im Bereich der Rechtsanwendung gleichwohl sehr intensiven gerichtlichen Kontrolle der Recht- (und Verfassungs-)mäßigkeit der Normkonkretisierung durch Behörden und Gerichte. Daß es nicht nur einen richtigen Weg der Verfassungsstaatlichkeit gibt, daß das Abweichen vom »rechten Pfad« in der Frage der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle nicht unbedingt zu krassen Mißständen (oder gar zur Erosion des Rechtsstaates) führt, zeigt das hier untersuchte Beispiel der Schweiz wohl mit besonderer Deutlichkeit.

Summary*

Limitations on the Control of the Constitutionality of Legislation in Swiss Constitutional Jurisdiction

A Contribution to Interpreting the Origin and Present Significance of Art.113, Para.3 of the Swiss Constitution

The Swiss Constitution does not play a major role in comparative studies, at least concerning questions of constitutional jurisdiction. Perhaps this is due to the peculiarities of the Swiss system of judicial review, which has given most observers the impression that Switzerland is a rather special case. The rule codified in

²³⁶ *Ibid.*, 518f.; vgl. zu dieser Problemstellung auch R. A. Rhinow, *Rechtsetzung und Methodik* (1979), 232ff., 249ff.

* Summary by the author.

Art.113, para.3 of the Swiss Constitution of 1874, however, would be misunderstood if interpreted as a mere historical anachronism; the explicit prohibition of judicial review of the constitutionality of laws enacted by the Federal Assembly under this provision is not only deeply rooted in Swiss constitutional tradition but represents an idea of the relationship between the judiciary and legislature which was characteristic for the classical European concept of separation of powers and which can claim to have validity even today.

The article traces the historical roots of this rule beginning with the old Swiss Confederation through the enactment of the first Federal Constitution in 1848 to the decisive revision of the Constitution in the early 1870s. The legal and political debates on judicial review of legislation, which were common at that time not only in Switzerland but also in France and Germany, demonstrate quite clearly that the idea of a prohibition of judicial control of parliamentary legislation was closely connected with the concept of separation of powers prevailing at that time. Parliamentary legislation was seen as a primary expression of the sovereignty of the people; parliament could only be perceived as the (natural) supreme power in such a model of government. Constitutional jurisdiction by the Federal Court was seen as a mere tool of federalism, that is as the adequate way to construct a balance between the Federal State and the Cantons.

An analysis of the judicial practice of the Swiss Federal Court helps in clarifying the scope and consequences of the principle laid down in Art.113, para.3. Originally understood by the courts as a codification of the general doctrine of prohibition concerning judicial review of the (substantive) validity of legislation, Art.113, para.3 was later increasingly restricted to the categories of norms expressly mentioned – i. e. laws enacted by the Federal Assembly and international treaties approved by the Assembly. Regulations of the federal executive and cantonal constitutions were thus submitted to judicial review, although such review remained quite limited. Furthermore, the consequences of the rule were increasingly perceived under a narrower concept, allowing a rudimentary implicit control of the constitutionality of statutory norms. The main instrument of this tentative trend toward “harmonizing” the legal order has become the interpretation of statutes by the courts with a view to achieving their constitutionality.

Particular difficulties in the application of Art.113, para.3 have arisen in cases of collision between international treaty law and federal statutes. An important faction with respect to Swiss constitutional doctrine has proclaimed the supremacy of international law – not only customary law but also treaty law – over federal statutory law; the Federal Court, however, has not followed this line of thinking and has upheld in principle the rule of Art.113, para.3. In practice, nevertheless, the Court manages to secure the application of international treaties (even in cases of contradicting rules stated in statutes) by an interpretatory method called “interpretation in favour of international law”. The same strategy has also been used by

the Court in applying the European Convention of Human Rights, notwithstanding some ambiguous formulations in recent decisions in which the Federal Court has even hinted at the possibility that in a case of otherwise irresolvable collision it might recognize the priority of the European Convention on Human Rights over national statutes.

The fate of all attempts undertaken to remove the obstacle set by Art.113, para.3 to a full-fledged constitutional jurisdiction demonstrates quite clearly that the limitation of judicial control of the constitutionality of legislation has a rather high degree of political legitimacy, or at least is not perceived by the general public as a substantial lacuna in the system of judicial review. In particular, the highly developed mechanisms of direct democratic control of legislation seem to support the idea that the legislator should be the primary actor in interpreting and giving concrete form to the constitution, not the judiciary. The theoretical basis of this principle seems to have undergone a transformation from the traditional doctrine of "parliamentary supremacy" customary in all of Europe some hundred years ago to a specific Swiss mixture, merging the concept of direct democratic control of legislation with insights of legal theory and doctrines concerning the distribution of powers in a modern constitutional system. Even as a special case, however, the Swiss example demonstrates that the lack of judicial review of the constitutionality of legislation must not imply a serious weakness in the judicial protection of the rule of law.