

Stellung der Verfassungsgerichtsbarkeit im Verfassungsstaat:

Die Unentbehrlichkeit des höchsten Richters

Wolfgang Gaul

1. Einleitung

Bei Erörterung der Unentbehrlichkeit des höchsten Richters stellt sich zwangsläufig die Frage, ob dieser nicht doch entbehrlich ist:

Ein vom Volk nicht direkt legitimes Gremium von Richtern setzt eine Parlamentsentscheidung der gewählten Volksvertreter außer Kraft. Vernünftige Einwände von besorgten Politikern hinsichtlich dieses "undemokratischen" Vorgehens werden mit dem Beschwörung eines - inzwischen schon alten - Dokumentes weggewischt, das angeblich die Grundsätze der Staatlichkeit beinhaltet¹.

Bei einem Blick über die verfassungsorganschäftliche Landkarte, stellen wir fest, daß die Mehrheit der Staaten kein eigenes Verfassungsgericht hat.

In einigen der Staaten haben Verfassungsgerichte aus Gründen der Staatsphilosophie keinen Platz. In kommunistischen Staaten z.B. läßt eine mit einer Wahrheitsdoktrin herrschende Partei begrifflicherweise ungern einen Schiedsrichter zu. In anderen Staaten hat ein Verfassungsgericht noch keinen Einzug gefunden, da der Staat sehr klein ist und es andere Streitschlichtungsmechanismen gibt und/oder das rechtsstaatliche System noch nicht besonders ausgebildet ist. Diese sollen jedoch hier nicht im Mittelpunkt der Betrachtung stehen.

Dasselbe gilt für die Staaten mit *diffuser Verfassungsgerichtsbarkeit*. Im Gegensatz zu einem ausschließlich für die Verfassungsgerichtsbarkeit vorgesehenen Organ, der sogenannten *konzentrierten Verfassungsgerichtsbarkeit*, steht das Modell der diffusen Verfassungsgerichtsbarkeit, in dem ein Verfassungsgerichtshof als oberstes Zivil-, Straf-, und Verwaltungsgericht gleichzeitig auch über verfassungsrechtliche Streitigkeiten entscheidet.

Als Prototyp gilt hier der Supreme Court der USA. Ähnlich gestaltete Verfassungsgerichtshöfe wie in den USA existieren in vielen Staaten des Commonwealth aber auch anderen, wie Algerien, Korea², sowie amerikanischen Ländern wie Kanada, Brasilien, Costa Rica, Honduras, Nicaragua und

¹ vgl. Witteveen, S. 79

² Zierlein, S. 302

Kolumbien. Das gilt auch für Argentinien, Israel, Mexiko, Panama und Venezuela, obwohl hier auch noch ein individuelles Beschwerdeverfahren möglich ist.³

Orientiert man jedoch sich an einem weiten Begriff der Verfassungsgerichtsbarkeit, so umfaßt diese jedes gerichtliche Kontrollverfahren der Verfassungsmäßigkeit staatlicher Akte⁴, also auch das diffuse Modell. Bei der Frage nach der Notwendigkeit eines höchsten Verfassungsrichters ist es also primär nebensächlich, ob dieser in einer diffusen oder in einer konzentrierten Verfassungsgerichtsbarkeit existiert und tätig wird. Entscheidend soll es hier vielmehr auf Staaten ankommen, die trotz einer ähnlichen Staatsphilosophie und einer ähnlichen Vorstellung von Rechtsstaatlichkeit den höchsten Richter für entbehrlich halten.

Bei genauerem Hinsehen gibt es nämlich oft auch dann, wenn ein Staat kein Verfassungsgericht oder eine ähnlich Institution eingerichtet hat, andere Formen der Kontrolle - nicht immer lediglich rein juristischer Natur -, die als Ausdruck einer Besonderheit der betreffenden Rechtsordnung betrachtet werden müssen. Das gilt auch in Europa: In Luxemburg z.B. hat der Staatsrat zu allen dem Parlament vorliegenden Gesetzesvorlagen eine Stellungnahme abzugeben⁵. In Finnland können der Oberste Gerichtshof oder das Oberste Verwaltungsgericht bereits vor der Diskussion eines Gesetzes im Parlament vom Staatspräsidenten oder Staatsrat zur Erstellung eines Gutachtens aufgefordert werden⁶. Ein ähnliches Verfahren ist in der Republik Irland vorgesehen, wobei das Gutachten des Obersten Gerichtshofes sogar bindenden Charakter hat⁷. Im folgenden sollen nun mit der Schweiz und den Niederlanden zwei Staaten ausführlicher dargestellt, die über eine nur "eingeschränkte" bzw. über gar keine Verfassungsgerichtsbarkeit verfügen.

2. Staaten mit eingeschränkter bzw. ohne Verfassungsgerichtsbarkeit

2.1 Das Beispiel Schweiz

2.1.1 Die rechtliche Situation

2.1.1.1 Vorgaben der Verfassung

³ Zierlein, S. 339

⁴ Auer, S. 5

⁵ siehe Art. 83^{bis} Luxemburgische Verfassung, Änderung vom 12.7. 1996, in Kraft seit dem 1.1.1997

⁶ siehe § 18 Abs. 2 Finnische Regierungsform

In der Schweiz spricht man gerne von einer “eingeschränkten Verfassungsgerichtsbarkeit”. Das bezieht sich im wesentlichen auf die begrenzte Zuständigkeit des Bundesgerichts. Sämtliche von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemein verbindlichen Beschlüsse inklusive der ratifizierten internationalen Verträge sind nämlich gerichtlicher Kontrolle entzogen. Davon ist auch das Schweizer Bundesgericht nicht ausgeschlossen. Man spricht daher in bezug auf die Schweiz von einer nur “eingeschränkten” Verfassungsgerichtsbarkeit: Eine Überprüfung findet nur für unterhalb der Bundesebene liegende staatlicher Hoheitsakte statt⁸.

Außer Acht gelassen wird beim Blick auf das Bundesgericht dabei oft, daß die Prüfung, ob staatliches Handeln verfassungskonform war, nicht nur diesem, sondern drei Staatsorganen vorbehalten ist:

- der Bundesversammlung (Parlament),
- dem Bundesrat (Regierung),
- dem Bundesgericht.

a) Die Bundesversammlung

Der Bundesversammlung kommen im wesentlichen vier Kontrollfunktionen zu:

1. Sie ist zum einen zuständig für die abstrakte Normenkontrolle der Kantonsverfassungen⁹. Jede Verfassung und Verfassungsänderung der Kantone muß durch den Bund genehmigt werden: Nach der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit durch das Bundesamt für Justiz genehmigt die Bundesversammlung auf Antrag des Bundesrates.

2. Die Bundesversammlung ist weiterhin für Schlichtung von Kompetenzstreitigkeiten zwischen Bundesbehörden zuständig¹⁰. Diese sind jedoch selten und werden meistens vor Zustellung zur Bundesversammlung bereits durch den Bundesrat geregelt¹¹.

3. Ferner entscheidet die Bundesversammlung endgültig über die Frage, ob Volksinitiativen auf Teileränderung der Bundesverfassung (BV) die erforderliche¹² Einheit der Materie und Form besitzen¹³.

⁷ Art. 26 Abs. 1 und Abs. 3, Verfassung der Republik Irland

⁸ Zierlein, S. 314

⁹ Art. 6 iVm. Art. 85 Nr. 7 BV (Bundesverfassung)

¹⁰ Art. 85 Nr. 13 BV

Von der Praxis anerkannt Kassationsgründe sind auch die Undurchführbarkeit einer Volksinitiative sowie der Verstoß gegen zwingendes Völkerrecht. Ein Rechtsmittel hiergegen kann nicht eingelegt werden; genauso wenig wie gegen die Entscheidung der Bundesversammlung, ihren Beschluß mittels eines nicht referendumspflichtigen Erlaß zu tätigen; die Erläuterungen des Bundesrates zu Abstimmungsvorlagen, die verbindliche Feststellung des Ergebnisses der Volksabstimmung durch den Bundesrat und andere¹⁴.

4. Auf die Verantwortung der Bundesversammlung, die Verfassungskonformität von Bundesgesetzen zu gewährleisten, was sich aus dem Umkehrschluß von Art. 113 Abs. 1 BV ergibt, und damit der Kompetenz, die Verfassungskonformität zu überprüfen, wird noch im Einzelnen eingegangen.

b) Der Bundesrat

Auch die Exekutive ist in die Verfassungskontrolle mit einbezogen. Entgegen den Erwartungen behandelt der Bundesrat und nicht das Bundesgericht die Beschwerden gegen Verfügungen letzter kantonaler Instanzen hinsichtlich folgender drei Individualrechte, den sogenannten *kleinen Sozialrechten*: das Recht auf unentgeltliche Ausrüstung des Wehrmannes¹⁵, auf unentgeltlichen und genügenden Primärschulunterricht und auf konfessionelle Neutralität der öffentlichen Schulen¹⁶, sowie das Recht auf schickliche Beerdigung¹⁷. Auch ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Bundesrates wird nicht bei dem Bundesgericht, sondern vielmehr bei der Bundesversammlung eingelegt¹⁸.

Entscheidender ist jedoch die Zuständigkeit des Bundesrates in der Verwaltungsbeschwerde. Rügt der Betroffene, eine auf dem Bundesverwaltungsrecht beruhende Verfügung verletze die BV, so ist ein verwaltungsinterner "Rechtszug" bis an den Bundesrat möglich¹⁹.

¹¹ vgl. Haller, S. 184

¹² vgl. Art. 121 Abs. 3 und 4 BV, sowie Art. 80 Bundesgesetz über die politischen Rechte (BPR)

¹³ Art. 75 BPR

¹⁴ Hangartner mwN, S. 172

¹⁵ vgl. Art. 18 Abs. 3 BV

¹⁶ vgl. Art. 27 Abs. 2 und 3 BV

¹⁷ vgl. Art. 53 Abs. 2 BV

¹⁸ Art. 73 Abs. 1 und 79 des Bundesges. über das Verwaltungsverfahren (VwVG)

Die Verfassungskontrollfunktionen der Exekutive werden zusätzlich durch die Kompetenz der Verwaltungsbehörden des Bundes und der Kantone erweitert, die von ihnen anzuwendenden Rechtsnormen in Zusammenhang mit einer konkreten Rechtsanwendungsakt vorfrageweise, also vor einer Entscheidung in der Sache, auf ihrer Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen. Diese konkrete Normenkontrolle wird zwar in der Verfassung nicht explizit erwähnt, wird jedoch in der Schweiz aus der Normenhierarchie oder aus dem aus dem Gleichheitssatz des Art. 4 BV resultierenden Rechtsverweigerungsverbot hergeleitet²⁰.

c) Das Bundesgericht

Im Unterschied zu anderen Rechtsordnungen ist die Bundesgerichtsbarkeit nicht in verschiedene Fachgerichte aufgeteilt, sondern wird einzig vom Bundesgericht in Lausanne ausgeübt²¹. Es ist oberstes Zivil-, Straf-, Verwaltungs-, sowie auch Verfassungsgericht.

Das Bundesgericht führt im wesentlichen Organstreitigkeiten²² und staatsrechtliche Beschwerdeverfahren²³ wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte durch. Im Organstreitverfahren werden Kompetenzkonflikte zwischen Bundesbehörden und staatlichen Instanzen der Kantone oder auch der Kantone untereinander geschlichtet. Weit größere Bedeutung kommt jedoch der “Staatsrechtlichen Beschwerde” zu, die auf Antrag eines Bürgers wegen Verletzung “verfassungsmäßiger Rechte” in Gang gesetzt wird. Der Begriff “verfassungsmäßiges Recht” ist zwar in der BV nicht definiert, hat aber durch die Rechtsfortbildung des Bundesgericht an Kontur gewonnen. Der Begriff ist wohl zu verstehen als diejenigen subjektiven Rechte, welche die BV Privaten ausdrücklich oder konkludent einräumt: Mittels extensiver Auslegung erkennt die höchstrichterliche Rechtsprechung ungeschriebenen Verfassungsgrundsätzen den gleichen Stellenwert wie Grundrechten zu. Somit besteht hinsichtlich nachrangiger kantonaler oder kommunaler Hoheitsakte ein umfassender Grundrechtsschutz, der durch das Bundesgericht gewährleistet wird. Zu den Verfassungsgrundsätzen zählen neben den

¹⁹ vgl. Haller, S. 186

²⁰ vgl. Haller, S. 187

²¹ Art. 106 Abs. 1 BV

²² Art. 83 a und b des Bundesges. über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG)

²³ Art. 86 OG

Grundrechten die konkreten Justizgrundsätze und Institutsgarantien (z.B. das Eigentum), nicht jedoch allgemeine Gewährleistungen²⁴ oder generalisierende Justizgrundsätze wie z.B. Treu und Glauben²⁵.

Dagegen sind die Bundesgesetze, allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse und die Staatsverträge jeder Kontrolle entzogen²⁶. Darunter werden auch die Staatsverträge verstanden, gegen die kein Referendum möglich ist²⁷. In einer wortgetreuen Auslegung möchte der Großteil der Lehre die Bestimmung des Art. 113 Abs. 3 BV sogar noch dahingehend ausweiten, daß auch Staatsverträge umfaßt sind, die keiner Genehmigung der Bundesversammlung bedürfen, von ihr aber erlaubt oder zumindest toleriert sind²⁸.

Alle anderen bundesrechtliche Erlasse sind der allgemeinen "akzessorischen"-, d.h. der Normenkontrolle unterworfen. Die bundesrechtlichen Verfügungen sind grundsätzlich frei überprüfbar²⁹.

Neuerdings sieht die Lehre in Art. 113 Abs. 3 BV kein Überprüfungsverbot, sondern nur ein Anwendungsgebot, was dem Bundesgericht erlauben würde, sich ohne (weitere rechtliche Konsequenzen) zu der Verfassungsmäßigkeit des überprüften Bundesgesetzes zu äußern³⁰.

2.1.1.2 Die Einbeziehung der EMRK

Die Schweiz hat die EMRK am 28. November 1974 ratifiziert. Nach dem Prinzip der Adoption völkerrechtlicher Verträge gilt die Konvention in der Schweiz als ob sie Schweizer Recht wäre. Faktisch kommt ihr zwar Verfassungsrang zu, formell jedoch wie allen anderen völkerrechtlichen Verträgen nur Gesetzesrang³¹. Die Besonderheit besteht nun aber darin, daß die EMRK zwar nur Gesetzesrang genießt, jedoch aber Bundesgesetze an ihr gemessen werden können. Diese Auffassung war jedoch nicht unumstritten und hat sich erst mit den Jahren durchgesetzt³²: So vertrat das Bundesgericht zu Beginn mit Hinweis auf Art. 113 Abs. 3 BV noch die Ansicht, daß die EMRK an der Kompetenzverteilung zwischen Bundesversammlung und Bundesgericht nichts ändere. Später erlaubte es eine Prüfung der Konformität von Bundesgesetzen unter die Konvention, wenn es die Auffassung

²⁴ vgl. Art. 5 BV

²⁵ vgl. Zierlein, S. 315

²⁶ Art. 113 Abs. 3 BV

²⁷ Haller, S. 189

²⁸ Haller, S. 190

²⁹ Auer, S. 61, anders aber Haller, mwN: Fn 22

³⁰ vgl. Villiger, S. 87 mwN.; - die Auffassung wird vor allem von Haller vertreten

³¹ Villiger, S. 82 mwN. zur Herleitung dieser Einschätzung

³² vgl. die ähnliche Entwicklung in den Niederlanden unter 2.2.1.2

hatte, daß kein Verstoß vorläge³³. Heute ist die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 2 - 14 EMRK und die EMRK als eine Konvention, an deren Bestimmungen überprüft werden kann, anerkannt³⁴.

Dadurch ergibt sich ein seltsames Resultat: Da sich Bestimmungen in der BV mit den Grundrechten aus der EMRK decken, kann das Bundesgericht über den Umweg einer internationalen Konvention plötzlich die Verfassungswidrigkeit von schweizerischen Bundesgesetzen indirekt rügen.

Auch der Betroffene gelangt so zu seinem Recht. Die Rüge der Verletzung der Konvention erfolgt dabei in der Regel über die staatsrechtlich Beschwerde³⁵. Mit der Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen ist in der Bundesstrafprozeßordnung gestattet³⁶, daß auch eine mittelbarer EMRK-Verletzung gerügt werden kann - und zwar dann, wenn eine gewählte Auslegung des Bundesrechts in Verbindung mit einem kantonalen Urteil gegen die EMRK verstößt.

Zusätzlich ist in den schweizerischen Prozeßgesetzen vorgesehen, daß eine Revision eines Urteils des Bundesgerichts oder einer unteren Instanz verlangt werden kann, wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte oder das Ministerkomitee eine Individualbeschwerde wegen Verletzung der Konvention bestätigt hat und eine Wiedergutmachung nur durch eine Revision möglich ist³⁷.

2.1.2 Die Praxis

Neben den rechtlichen Vorgaben ist es unerlässlich, auch einen Blick auf die Rechtsanwendung zu werfen. Hier offenbaren sich oft die wahren Konflikte. Zu beobachten bleibt, ob in bezug auf kontroverse Rechte das jeweilige Staatsorgan diese besonders vehement ausübt, um sich gegen Reformen zu sperren oder ob es von selbst eine gewisse Zurückhaltung an den Tag legt. Weiterhin ist es für das Funktionieren des Systems interessant, welche Reaktion bei den anderen Staatsorganen hervorgerufen wird, wenn eines unter ihnen gegen die bestehende Ordnung verstößt. In Hinblick auf die Flexibilität einer Verfassung ist es auch maßgeblich, welcher Freiraum dem anderen Staatsorgan im jeweiligen Wechselspiel zugebilligt wird.

Obwohl neuralgische Punkte in der Praxis besonders deutlich werden, ist eine vorsichtige Betrachtungsweise geboten. Die Literatur ist hinsichtlich der Analyse der Praxis nur lückenhaft und oft wer-

³³ zum ganzen Auer, S. 121 f.

³⁴ Villinger, S. 88

³⁵ Villinger, S. 85

³⁶ vgl. Art. 269 Abs. BStPO

³⁷ s. Art. 139a OG, Art. 229 Nr. 4 BStP, Art. 200 Abs. 1 f MStP und Art. 66 Abs. 1 b VwVG

den auch intern bekannte Zusammenhänge und Kritikpunkte mit Rücksicht auf die Stellung des betroffenen Organs nicht publiziert.

a) Die Bundesversammlung und die Gültigkeit von Volksinitiativen

Volksinitiativen wurden bisher nur ganz ausnahmsweise für ungültig erklärt. Speziell der Grundsatz der Einheit der Materie wurde weit ausgelegt. Selbst völkerrechtswidrige Volksinitiativen wurden, solange sie nicht gegen *ius cogens* verstießen, zur Volksabstimmung gebracht.

Die Stimmung unter den Abgeordneten wird von *Hangartner* wie folgt gekennzeichnet: Einige betrachteten die Ungültigerklärung einer Volksinitiative rein als politische und nicht als Rechtsfrage. Andere hielten juristischen Überlegungen nicht mehr für notwendig, wenn staatsrechtliche Experten unterschiedliche Auffassungen vertreten. Die Debatten seien einerseits von der Furcht als demokratiefeindlich zu gelten, andererseits von der generellen Abneigungen der parlamentarischen Mehrheiten gegen die direkte Demokratie gekennzeichnet. Abgestimmt wird meistens nach Fraktionen mit wenigen oder keinen abweichenden Stellungnahmen. *Hangartner* bezeichnet diesen Zustand als ein "staatsrechtliches Trauerspiel"³⁸.

b) Das Bundesgericht und die Kantone

In Hinsicht auf das Verhältnis Bund-Kantone übt das Bundesgerichtes eine Zurückhaltung aus: Wenn es einen kantonalen Einzelanwendungsakt als verfassungswidrig einstuft, so annulliert es nur den Vollzugsakt, nicht aber die verfassungswidrige Norm selbst. Es besteht jedoch Einvernehmen darüber, daß die Kantone die Rechtsnorm zukünftig nicht mehr anwenden³⁹. Generell versucht das Bundesgericht bei der abstrakten Normenkontrolle die Norm zu erhalten und beanstandet sie nur dann, wenn eine verfassungskonforme Auslegung nicht mehr möglich ist⁴⁰. Vereinzelt wurden deshalb bei der staatsrechtlichen Beschwerde gegenüber den Kantonen lediglich Appellurteile erlassen⁴¹. Das ist unter Umständen auch auf die Tendenz zurückzuführen, daß durch die zunehmende Einrichtung von

³⁸ Hangartner, S. 172 f. mwN

³⁹ Zierlein, S. 314

⁴⁰ Haller, S. 201 mwN.

⁴¹ vgl. Müller, S. 227 f.

Verfassungsgerichten in den Kantonen das Bundesgericht etwas zurückhaltender wird und den kantonalen Gerichten mehr Aufmerksamkeit schenkt⁴².

c) Die Gerichte und der Gesetzgeber

Obwohl das Bundesgericht keine kontrollierenden Kompetenz gegenüber der Bundesversammlung hat, finden die Ideen der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch beim Gesetzgeber Gehör: So enthält das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren von 1968 eine Reihe von Kodifikationen von rechtsstaatlichen Garantien, die das Gericht dem Art. 4 BV entnommen hatte⁴³. Hinsichtlich einer Kritik der Rechtsprechung an dem bestehendem Zustand durch ihre Urteile ist die Literatur im Vergleich zu den Niederlanden äußerst wortkarg.

Inwieweit der Bundesgesetzgeber schon gegen die BV verstoßen hat, ist nie systematisch untersucht worden. Indizien dafür sind jedoch erstens Entscheide internationaler Instanzen, namentlich des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, zweitens Urteile des Bundesgerichtes zu gleichlautenden Regelungen in Kantonen und Kritik durch die Lehre oder Öffentlichkeit. Während *Hangartner* die ersten beiden Punkte (mit allerdings nur einem konkreten Beispiel) bestätigt⁴⁴, ist der Bundesgesetzgeber, soweit der Literatur zu entnehmen ist, bislang wegen zweifelhafter Entscheidungen wenig ins Kreuzfeuer der Kritik geraten.

2.1.3 Der Diskurs in der Schweiz

2.1.3.1 Reformvorschläge

a) Die Volksinitiative

Der Vorschlag zur Reform der Bundesverfassung, dem Verfassungsentwurf vom 19. Juni 1995 sieht in Art. 163^{bis} vor, daß die Bundesversammlung das Bundesgericht anruft, wenn sie der Ansicht ist, eine Volksinitiative entspreche nicht den für sie geltenden Regeln. Das Bundesgericht entscheidet dann über die Ungültigerklärung. Aus Gründen der Flexibilität und zur Schonung des Prestiges der

⁴² so von Häberle jedenfalls schon 1986 prognostiziert; Häberle, S. 832

⁴³ Haller, S. 214

Bundesversammlung reichen bereits *Zweifel* der materiellen Verfassungswidrigkeit für die Vorlage beim Bundesgericht. Ist die Bundesversammlung unzutreffenderweise der Ansicht, die Initiative sei in Ordnung und ruft das Bundesgericht nicht an, so bleibt diese zugunsten des Initianten getroffene Entscheidung sanktionslos.

Der Vorschlag muß jedoch insgesamt als behutsam und defensiv bewertet werden, da z.B. Abstimmungserläuterungen des Bundesrates und Interventionen eidgenössischer Stellen in den Abstimmungskampf sowie die Beurteilung der Frage, ob die Bundesversammlung eine Allgemeine Volksinitiative richtig umgesetzt hat, weiterhin nicht justitiabel sind. *Hangartner* befürchtet, es könne diesbezüglich zum Teil zu "juristisch und politisch heiklen Entscheidungen" kommen⁴⁵. Völkerrechtswidrige Abstimmungsvorhaben, die nicht gegen *ius cogens* verstoßen, sind nach dem Vorschlag weiterhin zulässig⁴⁶.

b) Die Bundesgesetze

Über die Jahre hinweg gab es Bestrebungen, Art. 113 Abs. 3 BV restriktiv zu interpretieren und dadurch die Kontrolldichte des Bundesgerichtes zu erhöhen. Folgende Vorschläge wurden unterbreitet:

- Erlaubnis der Kontrolle, ob ein rechtssetzender Erlaß des Bundes ordnungsgemäß veröffentlicht wurde.
- Erlaubnis einer inhaltlich Kontrolle, wenn besonders hohe Werte auf dem Spiel stehen, da der Verfassungsgeber nicht den Vorrang der Verfassung in Frage stellen wollte.
- Erlaubnis der verfassungskonformen Auslegung⁴⁷.

Zum letzten, schon von *Haller* 1986 aufgeführten Vorschlag stellte *Zierlein* 1991 bereits fest, daß auch das Bundesgericht für sich die Kompetenz beansprucht, Gesetzesakte auf Bundesebene ent-

⁴⁴ Hangartner, S. 151

⁴⁵ zum ganzen: Hangartner, S. 173 ff.

⁴⁶ siehe dazu die Ausführungen von Hangartner, S. 175

⁴⁷ vgl. Haller, S. 190

sprechend den anerkannten Auslegungsregeln verfassungskonform zu interpretieren⁴⁸. Mittlerweile ist diese Forderung bereits in ständiger Rechtsprechung umgesetzt worden (Siehe oben).

In dem jüngsten Vorschlag zur Reform der Bundesverfassung, dem Verfassungsentwurf vom 19. Juni 1995, sieht der Art. 168 zur Justizreform die Überprüfung von Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen vor. Der Vorschlag knüpft an die Normenhierarchie an. Ob der allgemeinverbindliche Bundesbeschluß dabei dem Referendum untersteht ist unbeachtlich.

(Das Bundesverfassungsrecht selbst wird nicht auf eine Übereinstimmung mit dem internationalen Recht überprüft - im Konflikt ist das jüngere Recht zu anzuwenden⁴⁹.)

Der Vorschlag entscheidet sich zwar für die konkrete, jedoch gegen die abstrakte Normenkontrolle von Bundesgesetzen. Die konkrete Normenkontrolle würde jedoch ausschließlich durch das Bundesgericht durchgeführt. Die Bundesgesetze sollen nur im Anwendungsfall überprüft werden, damit die besonderen Auslegungs- und Entscheidungsprobleme vermieden werden, welche bei der abstrakten Normenkontrolle entstehen⁵⁰. Dazu zählen vor allem folgende:

- Auseinandersetzung mit einer Vielzahl von abstrakten Deutungen.
- Keine Kassation, wenn mindestens eine verfassungs- und völkerrechtskonforme Auslegung möglich ist
- Stellenwert behördlicher Zusicherung im Rahmen des Anfechtungsverfahrens.
- Gefahr, daß der Gesetzgeber eigene verfassungsrechtliche Prüfung vernachlässigt, das Gesetzgebungsverfahren verzögert wird und das Verfassungsgericht wegen nötiger kurzer Fristen die Gesetze nicht prüfen kann⁵¹.

Als Manko muß dabei gewertet werden, daß Mängel erst geltend gemacht werden können, wenn ein konkreter Nachteil bereits bei einem Betroffenen entstanden ist. Zudem darf nicht verkannt werden, daß ein Gesetz bereits durch seine bloße Existenz, selbst bei Nichtanwendung diskriminierend wirken kann oder den Betroffenen möglicherweise von einem geplanten Tun abhält⁵².

Andere Rügen als die, daß ein Bundesgesetz oder allgemeinverbindlicher Bundesbeschluß gegen verfassungsmäßige Rechte, Völkerrecht oder verfassungsmäßig gewährleistete Kompetenzen der

⁴⁸ Zierlein, S. 314

⁴⁹ vgl. auch: Haeflinger S. 480

⁵⁰ zu allem Hangartner, S. 156 ff.

⁵¹ vgl. v. Brünneck, S. 38

Kantone verstoßen, können nicht vorgetragen werden. Art. 113 Abs. 3 BV gilt insofern weiter. Sanktionslos kann der Gesetzgeber weiterhin gegen anderes Verfassungsrecht verstoßen. Eine Organklage ist nicht vorgesehen. Auch die Kompetenzstreitigkeiten zwischen obersten Bundesbehörden werden weiterhin von der Bundesversammlung entschieden.

Gestattete man die Überprüfung von Verstöße des Bundesgesetzgebers gegen solche Regelungen der Bundesverfassung, die abseits der verfassungsmäßigen Recht des einzelnen stehen, so führt *Hangartner* aus, “würde eine für die Schweiz ungewohnte Dimension der Verfassungsgerichtsbarkeit eröffnet⁵³.”

2.1.3.2 Diskussion

Bei rückblickender Betrachtung der Reformvorschläge fällt auf, daß immer nur eine behutsame Erweiterung der Kompetenzen des Bundesgerichtes vorgeschlagen werden⁵⁴. Stimmen, die z.B.: die gesamte Verfassungsgerichtsbarkeit beim Bundesgericht bündeln wollen, sind nicht vernehmbar. Gegenüber dem bisherigen System der gegenseitigen Kontrolle scheint eine Menge Respekt vorzuherrschen. So führen denn auch die Gegner einer auch nur vorsichtigen Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichtes in Hinblick auf konkrete Fälle vornehmlich drei Argumente ins Feld:

- Die Ausweitung widerspreche dem demokratischen Prinzip, indem sie den Richter über das Parlament und damit letztlich auch über das Volk stelle.
- Die Schweiz wandle sich zum Justizstaat.
- Das Bundesgericht werde dann politisiert, insbesondere durch die Verantwortung, die ihm für Entscheidungen im Bereich der Sozial-, Eigentums- und Wirtschaftsordnung übertragen werden⁵⁵.

Während eine Erörterung dieser eher generellen Einwände gegen die Verfassungsgerichtsbarkeit erst im dritten Teil erfolgen wird, erscheint es an dieser Stelle wert zu untersuchen, welche spezifisch schweizerischen Ursachen zu der Ausprägung der Verfassungsgerichtsbarkeit in der heutigen Form geführt haben und welche Werte hinter der nur zögerlichen Reformdiskussion stehen. Entscheidende Hinweise erhalten wir aus der Schweizer Geschichte.

⁵² Hangartner, S. 160 f.

⁵³ Hangartner, S. 166

⁵⁴ vgl. auch Haller, S. 214

⁵⁵ vgl. Starck, S. 34 f.

Die Entstehungsgeschichte der Aufteilung zwischen den drei institutionellen Trägern der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesverfassung von 1848/74 gibt Aufschluß über die Motive: Sowohl der Föderalismus, die Demokratie als auch der Grundrechtsschutz sind entscheidende Faktoren. Schwer zu sagen ist, welches genau den Ausschlag gab⁵⁶ - alle haben etwas zu dieser Verteilung beigetragen.

a) Föderalismus

aa) die Unüberprüfbarkeit der Bundesgesetze

Die seit 1874 bestehende Unüberprüfbarkeit der Bundesgesetze entstammt vornehmlich dem föderalistischen Prinzip: Vor 1874 geschah es bisweilen, daß kantonale Behörden Bundesgesetze nicht anwendeten. Um diese, dem Bundesstaatsprinzip zuwiderlaufende Praxis einzudämmen bestehen theoretisch zwei Möglichkeiten: Entweder man erlaubt der gesamten richterlichen Gewalt die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen oder alle Behörden werden verpflichtet, die Gesetze anzuwenden - selbst wenn diese unter Umständen verfassungswidrig sein sollten. Die Schweiz hat sich für die letztere Alternative entschieden: Art. 113 Abs. 3 verhindert, daß auf kantonaler Ebene Bundesgesetzen die Anwendung versagt wird⁵⁷.

bb) die “Staatsrechtliche Beschwerde”

Die “Staatsrechtliche Beschwerde” wurde zugelassen, damit sich der betroffene Bürger über die unrechtmäßige Ausübung kantonaler hoheitlicher Gewalt bei einer unparteiischen, vom Kanton unabhängigen Bundesinstanz beschweren kann. Historisch entspringt die Schweizerische Verfassungsbeschwerde also a priori dem föderalistischen Strukturprinzip. *Auer* stellt hierzu fest: “Der junge Bundesstaat versuchte also, seine Legitimität gegenüber den Kantonen im Schutz der Grundrechte der Bürger zu verankern, wobei die bundesstaatliche Aufsichtsfunktion der staatsrechtliche Beschwerde im Vergleich zu ihrer Grundrechtsschutzfunktion lange im Vordergrund stand”⁵⁸.

⁵⁶ der Art. 113 Ab. 3 BV wurde im Zuge der Totalrevision von 1872/74 auf Antrag Jakob Dubs’ als Ausdruck einer “sich von selbst verstehenden” Unterwerfung des Richters unter das Gesetz diskussions- und kommentarlos angenommen; *Auer*, 1984, Nr. 106 ff.

⁵⁷ vgl. *Auer* S. 113

b) Demokratie

Bekanntlich sind in der Schweiz Elemente der direkten Demokratie noch immer sehr ausgeprägt. Das betrifft nicht nur Urabstimmungen im Kanton Uri, sondern vor allem auch die Möglichkeit von Referenden, von der häufig Gebrauch gemacht wird. Es stellt die Volkssouveränität natürlich erheblich in Frage, wenn ein von den Stimmbürgern ausdrücklich oder stillschweigend angenommener Erlaß der Bundesversammlung vom Bundesgericht auf eine Beschwerde hin aufgehoben wird⁵⁹.

c) Grundrechtsschutz

Die Konzeption des Bundesgericht in der Schweiz unterscheidet sich von vielen anderen höchsten Gerichten: Es ist (primär) gar nicht darauf ausgerichtet, alle Artikel der Verfassung gegen etwaige Übergriffe von Legislative, Exekutive oder Judikative zu schützen. Abgesehen von der Beilegung bundesrechtlicher Kompetenzstreitigkeiten ist seine Zuständigkeit auf den Grundrechtsschutz der Bürger ausgerichtet. Konzeptionell steht dabei nicht die Rechtsanwendungsvereinheitlichung, sondern der individuelle Schutz des einzelnen Bürgers steht im Vordergrund. Positiv kann dabei festgehalten werden, daß kaum ein anderes System der Verfassungsgerichtsbarkeit "so zentral und ausschließlich auf die Grundrechtsgarantie aus- und eingerichtet ist wie dasjenige der Schweiz"⁶⁰. Dadurch, daß dem Bund ständig neue Kompetenzen zuwachsen, wird der Grundrechtsschutz durch die Regelung des Art. 113 Abs. 3 jedoch beeinträchtigt.

2.2 Das Beispiel Niederlande

Bereits vor der neuen Welle der Gründungen von Verfassungsgerichten in den ehemals sozialistischen Staaten etablierten sich in der zweiten Hälfte der 70er Jahre neue Verfassungsgerichte in Griechenland, Portugal und Spanien. Um so bemerkenswerter ist es, daß sich Schweden⁶¹ und die Nie-

⁵⁸ Auer, S. 113

⁵⁹ vgl. die Argumentation von Auer, S. 114

⁶⁰ vgl. die Argumentation von Auer, S. 115

⁶¹ im Jahre 1975

derlande⁶² bei der Totalrevision ihrer Verfassungen gegen eine Verfassungsgerichtsbarkeit entschieden⁶³. Da die Diskussion über die Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit in den Niederlanden Anfang der 90er Jahre wieder aufflammte, soll dieses Land näher untersucht werden.

2.2.1 Die rechtliche Situation

2.2.1.1 Vorgaben der Verfassung

Art. 120 der niederländischen Verfassung (NV) besagt: “Der Richter beurteilt nicht die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und Verträgen.” Das selbe Prinzip wurde in Art. 131 der alten niederländischen Verfassung durch den Grundsatz “Gesetze sind unverletzlich” ausgedrückt.

In der Praxis ist es nicht unumstritten, wie Art. 120 NV zu interpretieren ist. Obwohl der Begriff “Gesetz” in der neuen Verfassung legaldefiniert ist, nämlich als vom Parlament verabschiedetes und vom König bestätigtes Gesetz im formellen Sinne⁶⁴, war es aufgrund der weiten Fassung des alten Art. 131 NV unklar, ob der Begriff Gesetz nicht auch untergesetzliche Akte umfaßt und auch diese nicht an der Verfassung zu messen sind.

In einer Schlüsselentscheidung, dem Agricultural Fliers Case⁶⁵, erklärte der niederländische Supreme Court, der Hoge Raad, im Bewußtsein der Aufgabe einer engen Interpretation des Art. 120 NV, eine Prüfung untergesetzlicher Normen für zulässig.

2.2.1.2 Die Einbeziehung der EMRK

Hinsichtlich von Grundrechtsverletzungen steht ähnlich wie in der Schweiz der Weg über die EMRK⁶⁶ offen. Und das, obwohl z.B. Art. 7 NV und Art. 10 EMRK denselben Inhalt haben. Grundsätzlich ist es jedoch so, daß die Grundrechte in der EMRK sogar spezifischer geregelt sind als in der NV⁶⁷. An Art. 7 NV ist ein Gesetz jedoch wie ausgeführt nicht überprüfbar.

⁶² im Jahre 1983

⁶³ zum ganzen vgl. Starck, S. 14

⁶⁴ vgl. Art. 87. Abs. 1 NV

⁶⁵ Entscheidung vom 16. Mai 1986, Nederlandse Jurisprudentie, 1987, 251 in Lubberdink, S. 97

⁶⁶ die Niederlande gehörte 1950 zu den ersten Unterzeichnern der EMRK

⁶⁷ vgl. Cobben, S. 115 mwN.

Eine Auflösung dieser paradoxe Situation wird von den Befürwortern der Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit immer wieder gefordert, zumal sie sonst die nationale Verfassung gegenüber supra- oder internationalen Regelwerken abwertet.

In der Praxis haben sich über die letzten Jahrzehnte einige Veränderungen ergeben, wobei in Erwägung gezogen werden muß, daß nicht nur die allgemein gestiegene Akzeptanz der Konvention, sondern auch ein anderes Rollenverständnis der niederländischen Gerichte dafür ausschlaggebend ist. Bis etwa 1980 wurde in fast allen Verfahren, in denen eine Verletzung einer Menschenrechtskonvention gerügt wurde, eine Verletzung verneint. Über die Jahre hinweg hat der Hoge Raad dabei eine Reihe von Begründungen entwickelt und benutzt:

- Anwendung der nationalen Vorschrift und Außerachtlassung der *auch* einschlägigen Konventionsvorschrift.
- Ablehnen direkter Anwendbarkeit einer Konventionsvorschrift, so daß die entgegenstehende nationalen Vorschrift einschlägig blieb.
- restriktive Auslegung der internationalen Vorschrift, so daß von einer Anwendung abgesehen werden konnte.
- extensive Auslegung der Schranken der internationalen Vorschrift, so daß keine Verletzung vorlag oder
- Auslegung der nationalen Vorschrift in einer Weise, daß keine Kollision mit der internationalen bestand.

In den Jahren von 1980-1986 dagegen stellte der Hoge Raad dagegen in 35 Fällen eine Verletzung der EMRK und in zwei Fällen eine Verletzung des IPBPR fest⁶⁸. Festzustellen ist, daß die Judikative ihre eigene Rolle des *judicial self-restraint* aufgegeben hat und den ihm gebotenen Spielraum genutzt hat, dem Gesetzgeber über die Heranziehung von internationalen Konventionen in seine Schranken zu verweisen.

2.2.2 Die Praxis

Die Gerichte und der Gesetzgeber

Es erscheint als etwas willkürlich, daß der niederländische Bürger nur den Schutz allgemeiner Rechtsgrundsätze in Anspruch nehmen kann, die in einer internationalen Konvention verankert sind. Die Form diktiert also den Inhalt. Der Hoge Raad hat aber nunmehr im Agricultural Fliers Case⁶⁹ entschieden, daß bei einem Verstoß gegen allgemeine Rechtsgrundsätze eine untergesetzliche Norm für unanwendbar erklärt werden könne. Dennoch verzichtete das Oberste Gericht grundsätzlich auf eine Ausdehnung auf Gesetze. Hierbei führte es in dem Harmonization Act Case⁷⁰ vor allem historische Argumente ins Feld: "zur Zeit der Verfassungsänderung 1983 wurde die Frage ... extensiv in der Rechtsliteratur behandelt, von mehreren Beratungsgremien begutachtet und zum Teil auf dieser Basis im Parlament debattiert.... Es muß deshalb akzeptiert werden, daß die Argumente zugunsten einer Änderung oder Begrenzung des Verbotes einer Überprüfung an der Verfassung zur Zeit der Verfassungsänderung 1983 geprüft und für zu leicht befunden wurden, wenn sie gegen die Vorbehalte gegen eine Überprüfung durch Gerichte gesetzt wurden."

Allerdings sprach es sich dann für einen Schutz auch der aus der NV abgeleiteten Rechtsprinzipien aus, soweit diese vom Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren außer Acht gelassen wurden. Bislang erfolgte dies indes nur in der Theorie, denn im Harmonization Act, der von Studentenprotesten begleitet wurde, hatte das Parlament die Rechtssicherheit in seinem Entscheidungsprozeß berücksichtigt⁷¹.

Nach den obigen Überlegungen des Obersten Gerichtes im Harmonization Act Case muß das Gericht fortan eigentlich immer eine Überprüfung des Verhalten des Gesetzgeber vorgenommen werden. Unter den Juristen gilt gleichwohl ein generelles Einverständnis, daß politische Entscheidung vermieden werden sollten.

Indes gibt es einen Bruchteil von Verfahren die Politik auch ins Gericht bringen - vorwiegend in bezug auf die Rechtmäßigkeit von industriellem Vorgehen. Diese Verfahren bringen immer wieder Streit mit sich. In einem Verfahren hat sich sogar der Vorsitzende Richter des Obersten Gerichtes in einem Zeitungsartikel an das Parlament gewandt, um an dessen Verantwortung zu appellieren, endlich ein Gesetz zum Streikrecht zu verabschieden, was vorher unter verschiedenen Koalitionsregierungen

⁶⁸ zum ganzen vgl. Lubberdink, S. 96

⁶⁹ s.o.: FN 66

⁷⁰ Entscheidung vom 14. April 1989, Nederlandse Jurisprudentie, 1989, 469 in Lubberdink, S. 96

⁷¹ zum ganzen: Lubberdink, S. 97

unmöglich gewesen sei⁷². Festzuhalten bleibt, daß die Gerichte sich mehr als bisher in Belange der Legislative einmischen und eine selbstbewußtere Rolle einnehmen.

Ganz besonders deutlich wurde dies in der Entscheidung eines unteren Gerichtes⁷³, das in seinem Urteil feststellte, daß es die anzuwendende Norm nicht für ungültig erklären konnte, es sich jedoch um eine schlechte Gesetzgebung handele. In einer Art obiter dictum erklärte es gleichzeitig, daß die Niederlande von einer Verfassungsänderung profitieren würden, die Gerichte ermächtigt, formelle Rechtsakte an der Verfassung im allgemeinen - also wohl den grundlegenden Rechtsprinzipien - zu messen.

2.2.3 Der Diskurs in den Niederlanden

2.2.3.1 Reformvorschläge

Nach diesen vehementen Äußerungen des Gerichts wurde eine Regierungskommission eingesetzt. Diese favorisierte eine Verfassungsgerichtsbarkeit. Das ist erstaunlich, wenn man bedenkt, daß nach der Totalrevision der NV von 1983, bei der die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit ausführlich erwogen wurde, keine zehn Jahre vergangen sind. Wie die Verfassungsreform genau konzipiert war, ist unbekannt: die genaue Ausgestaltung der Reformvorschläge unterliegt der Geheimhaltung. In der Literatur wird jedoch lediglich die Abschaffung des Art. 120 NV diskutiert. Daß dem Verfassungsgericht möglicherweise noch andere Kompetenzen übertragen werden könnten, als diejenige, Gesetze an der Verfassung zu überprüfen, wird in den Niederlanden nicht thematisiert. Man kann deshalb nur schlußfolgern, daß z.B. kein Bedürfnis für eine Streitschlichtungsstelle vor Konflikten zwischen verschiedenen Organen besteht. Die von der Regierungskommission favorisierte Verfassungsänderung wurde aber letztlich nach intensiver Diskussion abgelehnt, so daß Art. 120 NV noch immer geltendes Recht ist⁷⁴.

Die größten Bedenken in den Niederlande bestanden hinsichtlich einer Aufgabe des Konzeptes der (strikten) Gewaltenteilung: In einem demokratischen Staat beschließt das Parlament ein Gesetz in

⁷² Witteveen, S. 96

⁷³ vgl. Lubberdink, S. 97

Übereinstimmung mit der Verfassung. Tut es dies jedoch nicht, ist es auch in der niederländischen Verfassungsdiskussion nicht Aufgabe der Rechtsprechung zu intervenieren: das Parlament sollte das eigenständig beheben. Ansonsten würde die Rechtsprechung Gesetzgebungsfunktionen wahrnehmen und das Parlament überstimmen⁷⁵.

Bei der Beurteilung dieser Diskussion muß bedacht werden, daß Richter in den Niederlande nicht gewählt werden, sondern auf Lebenszeit vom König ernannt werden⁷⁶. Im Vergleich zum Parlament sind sie also nicht demokratisch legitimiert. Warum also sollten sie nun eine Mehrheitsentscheidung des Parlamentes annullieren können, wurde argumentiert. Würden sie zudem stärker in politische Entscheidungsprozesse einbezogen - und das liegt bei Verfassungsgerichtsentscheidungen nahe - , so würde ihre Ernennung von Parteien durch Lobbying instrumentalisiert. Damit liefere man jedoch Gefahr, die juristische Unabhängigkeit zu verlieren⁷⁷ oder anders ausgedrückt: eine Verfassungsgerichtsbarkeit zu vermeiden ist insofern attraktiv, als daß sie die "Fiktion der juristischen Neutralität" aufrechterhält⁷⁸.

In der niederländischen Verfassungsreformdiskussion tauchten auch andere, empirische, Argumente auf: Einige meinten, daß mittlerweile jeder Richter in den Niederlanden fast täglich politische Fragen verhandele und deshalb die Verfassungsgerichtsbarkeit eingeführt werden solle. Andere wiederum hielten dagegen, daß niederländische Richter inzwischen erfahren darin seien, politische Fragen in Rechtsfragen zu transformieren. Genau dieses sollten sie auch fortsetzen⁷⁹.

2.2.3.2 Diskussion

Auffällig ist bei den Niederlande, daß der Diskurs über eine Verfassungsreform mit Ausdauer geführt wird. Obwohl der Eindruck entsteht, daß in der Debatte unter den Theoretikern die Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit befürwortet wird, hält das bisherige Modell stand.

Fraglich ist nun wiederum, welche - abgesehen von den allgemeinen Vorbehalten gegen die Einrichtung einer Verfassungsgerichtsbarkeit - spezifisch niederländischen Ursachen zu der Ausprägung der

⁷⁴ zum ganzen: Roermund, Introduction:..., S. 2 ff.

⁷⁵ Roermund, Introduction:..., S. 5

⁷⁶ vgl. Art. 117 Abs. 1 NV

⁷⁷ Roermund, Introduction:..., S. 6

⁷⁸ so Witteveen, S. 100

⁷⁹ vgl. die Zusammenfassung bei Roermund, Introduction:..., S. 6

Verfassungsgerichtsbarkeit in der heutigen Form geführt haben und welche Wertvorstellungen hinter der Reformdiskussion stehen.

Das ist schwer festzustellen. Die besonderen Spezifika der Schweiz liegen nicht vor. Trotzdem finden wir wiederum in der Staatsgeschichte Anhaltspunkte. Am gelungensten erscheint ein Erklärungsansatz von *Witteveen*: Er unterscheidet sehr fein zwischen den Prinzipien des Rechtsstaates und der “rule of law”⁸⁰.

So sei in der Tradition des Rechtsstaates das Konzept der formalen Gesetzgebung vorrangig, während bei der rule of law die richterliche Unabhängigkeit einen höheren Stellenwert habe. Er attestiert dem Rechtsstaat eine besonders strikte Trennung der Gewalten, während er beim Konzept der “rule of law” ausgeprägteres System von “checks and balances” feststellt⁸¹.

Das widerspricht sich nicht unbedingt, und so gibt es auch Staaten, die trotz ihrer Geschichte und Konzeption als “Rechtsstaat” ein Verfassungsgericht eingeführt haben - z.B. Deutschland. Ein solches Vorgehen kennzeichnet er jedoch als Paradigmenwechsel.

So sieht er in der z.B. in der NV ein Szenario, das Funktionen, Organe und Personen strikt trennt und eine strenge Gewaltenteilung nur wenig mit dem Konzept von “check and balances” verbindet⁸². In den Niederlanden sei die Verfassung jedoch ein leerer Raum. Sie nehme Abstand von zu detaillierten Vorschriften und habe oft nur symbolischen Charakter. Vor allem seien politische und rechtliche Aspekte stark voneinander getrennt. Entscheidend sei vielmehr auch die “Verfassung hinter der Verfassung” also jenes Normen- und Verhaltensgeflecht, welches nicht kodifiziert ist, ohne das jedoch eine sinnvolle Umsetzung der Verfassung nicht denkbar ist. In dieser Konsequenz wird die Verfassung abgewertet. Gleichzeitig verlangt es jedoch eine stärkere Verantwortlichkeit der Handelnden⁸³. Die Mischung von Demokratie und Effektivität sei im natürlich gewachsenen Rechtsstaat traditionell stärker verankert als das Mißtrauen hinsichtlich starker Autoritäten.

3. Für und wider die Verfassungsgerichtsbarkeit

⁸⁰ vielleicht noch am besten übersetzbar mit “Gesetzesvorbehalt”

⁸¹ die Argumentation trifft natürlich auch auf die Schweiz zu - vgl. dazu Auer, S. 123

⁸² Witteveen, S. 100 f.

⁸³ Witteveen, S. 103 f.

Die Diskussionen über Für und Wider einer Verfassungsgerichtsbarkeit in den verschiedenen Staaten ähneln sich und lassen sich auf wenige zentrale Argumente reduzieren. Dreien soll nachgegangen werden. Die theoretischen Grundlagen der Diskussion um die Verfassungsgerichtsbarkeit ist allerdings zu komplex und umfangreich; sie kann deshalb im Rahmen dieser Arbeit nur angeschnitten werden.

Besonders schwierig gestaltet sich die Analyse unter anderem dadurch, daß sich das einfache Gesetz aufgrund seiner Konzeption in einer Zwitterstellung befindet: Ähnlich wie die Verfassung ist es originäre Rechtssetzung, was ihm die Aura der Unantastbarkeit verleiht. Gleichzeitig teilt es aber mit der Verwaltung und der Rechtsprechung das Element der gebundenen Rechtsanwendung. Dies wiederum spricht für die Überprüfbarkeit des Gesetzes, denn es ist an die Verfassung gebunden⁸⁴. Gerade das macht viele Argumente für und wider die Verfassungsgerichtsbarkeit umkehrbar.

Dieses sei am Beispiel der Rechtssicherheit erläutert, die als Argument sowohl von Befürwortern als auch von Gegner einer Verfassungsgerichtsbarkeit ins Feld geführt wird. Rechtssicherheit bedeutet die Vorhersehbarkeit der Rechtsetzung und -anwendung: In einem Staat, in dem der Richter *nicht* die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und Verträgen beurteilen kann, sind diese Normen voraussehbar. Eine Änderung der Gesetzeslage tritt erst nach einem auch für Außenstehende nachvollziehbaren Verfahren in Kraft, das sich in der Regel über längere Zeit hinstreckt und auf das sich Betroffene vorbereiten können.

Andererseits bedeutet Rechtssicherheit auch die Sicherung des Rechts für den einzelnen. Hier wiederum verkehrt sich das obige Argument in das Gegenteil: Die Verfassungsgerichtsbarkeit stellt gerade einen direkteren und effizienteren Weg für den einzelnen dar, seine Rechte z.B. mittels einer Verfassungsbeschwerde durchzusetzen⁸⁵.

Die beiden zentralen Argumente *gegen* die Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit, die hier nun behandelt werden sollen, sind die scheinbare Unvereinbarkeit mit den Grundsätzen der Demokratie und die Rolle der Richter im drohenden "Justizstaat". Als Argument *für* die Verfassungsgerichtsbarkeit wird das Verhältnis Verfassung und Gesetz beleuchtet. Dabei wird festgestellt: Auch wenn a priori jedes Argument für sich schlüssig und überzeugend wirkt, so können alle wiederum durch Gegenargumente erschüttert werden.

⁸⁴ Roermund, Die alte Eiche..., S. 130

⁸⁵ Roermund, Introduction:..., S. 6

3.1 Die Grundsätze der Demokratie

Die Funktion der rechtlichen Überprüfung durch das Verfassungsgericht ist, einen Normativakt, der von der Mehrheit der Legislative verabschiedet und von der Exekutive bestätigt oder zumindest ausgefertigt wurde, entweder juristisch zu beanstanden oder unbeanstandet zu lassen. In ihrer Verabschiedung hat die Legislative jedoch bereits nicht nur mehrheitlich den Inhalt der Norm, sondern auch ihre Verfassungsmäßigkeit gebilligt⁸⁶. Hier setzt also eine Verfassungsgerichtsbarkeit mit einem Veto ihre eigene Rechtsauffassung über die anderer Verfassungsorgane. Anders ausgedrückt: Das oft nicht bzw. nicht direkt legitimierte und von seiner Amtsdauer als unbeweglicher einzustufende Element verwirft die Entscheidungen von zwei direkter vom Volk legitimierten Verfassungsorganen, die außerdem für ihr Verhalten leichter zur Verantwortung gezogen werden können.

Ist dieser Widerspruch überbrückbar oder, muß man sich fragen, ob nicht eine begrenzte Demokratie eine gangbarere Form der Demokratie ist.

Glaubt man nicht an die Unfehlbarkeit von Menschen oder Organen, so kommt man zu dem Schluß, daß gewisse Schranken auch in der Demokratie notwendig sind: Wenn das Naturrecht und das von der aktuellen Regierung verabschiedete Recht zu weit auseinanderfallen, wird z.B. in vielen Demokratien dem Menschen ein Widerstandsrecht eingeräumt. Unter der Prämisse, daß es zu befürworten ist, wenn auch in der Demokratie die Regierungsmacht nicht uneingeschränkt ist, stellt sich die Frage, wie dabei das demokratische Prinzip gewahrt werden kann. Was gut ist muß nicht gleichfalls auch demokratisch sein; wenn Verfassungsgerichtsbarkeit also unter dem Gesichtspunkt der Rechtsstaatlichkeit angebracht ist, kann sie trotzdem dem Gesichtspunkt der demokratischen Grundordnung widerstreben. Ein "demokratischer" Ausweg aus dem Dilemma, daß ein Gesetzgeber bei Verabschiedung eines Gesetzes Verfassungsrecht mißachtet, ist z.B., daß der Bürger diesen Verstoß bei der nächsten Wahl durch anderen Wahlentscheid sanktionieren kann⁸⁷.

Diesen demokratischen Ausweg stellt auf den ersten Blick jedoch nicht die Verfassungsgerichtsbarkeit dar, denn innerhalb des demokratischen Systems beinhaltet das Überstimmen der Mehrheit (Gesetzgeber) durch die Minderheit (Verfassungsgericht) immer einen undemokratischen Akt⁸⁸.

⁸⁶ Cliteur, S. 56

⁸⁷ unter Umkehrung der Argumentation von Lubberdink, S. 93

Anders wäre dies zu beurteilen, wenn sich über ein Verständnis von traditioneller Demokratie die Begrifflichkeiten der momentanen Mehrheit und Minderheit angesichts eines geschichtlichen Hintergrundes verschieben: *Cliteur* betrachtet die Auffassung der traditionellen Demokratie als die fruchtbarste Strategie, die Konzepte von Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit miteinander zu versöhnen⁸⁹.

Die zentrale Idee der Auffassung der traditionellen Demokratie ist, daß eine Demokratie nicht lediglich der Mehrheitswille der gegenwärtigen Generation ist, sondern die Befolgung von Prinzipien beinhaltet, die sich als Resultat der Bürgerrechte einer Kulturgemeinschaft als Ganzes über eine lange Zeit hinweg gebildet haben. Hier liegt also ein breiterer Konsensus zugrunde als die bloße Wahlentscheidung einer vorübergehenden Mehrheit. Demzufolge ist es nicht undemokratisch, temporäre Entscheidungen einer Mehrheit an den Grundsätzen und Werten einer dauerhaften demokratischen Tradition zu messen⁹⁰.

Hier sei eingeschoben, daß es legitim ist, a priori allein von der Warte der Bürgerrechte aus zu argumentieren, denn eine bloße Beschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Grundrechte führt nicht zum gewünschten Erfolg. Die Staatsgewalt muß auch aufgrund anderer verfassungswidriger Akte belangt werden können. Grundrechte könnten sonst durch verfassungsmäßige Prozeduren immer außer Kraft gesetzt werden⁹¹.

(Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn Grundrechte nicht durch nationale, sondern durch supra- oder internationale Institutionen geschützt werden. Darauf soll später eingegangen werden.)

Zur Verdeutlichung dient dabei die Unterscheidung zwischen der *pouvoir constituant* und der *pouvoir constitué*. Der *pouvoir constituant*, d.h. das Volk als Souverän, hat als verfassungsgebende Gewalt die Staatsgrundsätze festgelegt, in deren Grenzen künftige Verfassungsorgane handeln dürfen. Er legitimiert damit einerseits die Handlungen der späteren *pouvoir constitué*, d.h. des Parlaments, und legt andererseits dessen Grenzen fest. Dieser *pouvoir constitué* braucht wiederum die Bestätigung durch das Wahlvolk, das aber nicht mit dem ursprünglich souveränen, verfassungsetzenden Volk identisch ist, sondern hier wiederum nur im Rahmen seiner eigenen, ihm von der Verfassung zuerkannten Aufgaben, der Wahl, handelt.

Die Autorität des *pouvoir constituant* als verfassungsgebende Gewalt wird durch die Verfassungsgerichtsbarkeit gewährleistet, notfalls auch gegen den gleichfalls - aber insoweit weniger - demokra-

⁸⁸ zum ganzen vgl. *Cliteur*, S. 70 f.

⁸⁹ *Cliteur*, S. 74

⁹⁰ *Cliteur*, S. 74 f.

⁹¹ vgl. Roermund, *Die alte Eiche...*, S. 128

tisch legitimierten *pouvoir constitué*. Die Verfassungsgerichtsbarkeit weiß in ihrem Handeln die “Mehrheit” und Autorität des *pouvoir constituant* hinter sich.

Cobben entwickelt diese Idee auf praktischer Ebene weiter⁹²: Menschenrechte können nicht mit der formellen Setzung des Rechts garantiert werden. Die Legislative muß bei der Überprüfung ihrer eigenen gesetzgeberische Leistung an der Verfassung zwangsläufig abstrakt vorgehen. Zur sinnvollen Ausfüllung und Interpretation des Menschenrechtes muß jedoch auf das (oft nicht kodifizierte) Gewohnheitsrecht zurückgegriffen werden. Infolge ihrer Mehrdeutigkeit fordern Grundrechte von sich aus immer wieder Interpretation, Weiterentwicklung und Einschränkung. Die Frage, was diese nun genau beinhalten, kann jedoch nur im konkreten Fall vernünftig geprüft werden. Deshalb muß die Verfassungsüberprüfung durch den Gesetzgeber ständig durch die Rechtsprechung ergänzt werden. *Cobben* folgert weiterhin, daß durch die Tatsache, daß die Rechtsprechung an der adäquaten Durchsetzung zumindest der Grundrechte mitwirken muß, die Frage der demokratischen Legitimation der Richter in den Hintergrund tritt⁹³.

3.2 Die Rolle des Richters im Verfassungsstaat

Wenn man die Ergänzung des Gesetzgebers durch die Rechtsprechung wie oben bejaht, wird bereits das Thema “Justizstaat” und der Rolle der Richter angeschnitten: Dieses soll noch etwas weiter ausgeführt werden:

Die Angst vor dem “Justizstaat” hängt eng zusammen mit der möglichen Politisierung des Rechts. Bedeutende Entscheidungen des Staates werden plötzlich von der Rechtsprechung getroffen und nicht mehr vom Gesetzgeber oder der Regierung. Dahinter steckt jedoch die Auffassung, daß der Gesetzgeber das Recht erzeugt und es im Gesetz festschreibt, während der Richter das Recht nur anwendet, ohne selber an der Rechtserzeugung beteiligt gewesen zu sein. Beide Vorstellungen werden von *Kelsen* zurückgewiesen⁹⁴.

Kelsen argumentiert, daß es auch für den Gesetzgeber keine eigentliche Freiheit zur originärer Rechtserzeugung gibt. Denn dieser ist schon durch die Verfassung gebunden.

⁹² zum ganzen *Cobben*, S. 123

⁹³ ebda., S. 123

Jede Form der Rechtssetzung ist demnach sowohl schöpferisch als auch anwendend. Der Richter schafft Recht, indem er es anwendet, während der Gesetzgeber Recht anzuwenden hat, indem er neues schafft⁹⁵.

Deshalb ist die Ansicht zweifelhaft, daß der Gesetzgeber das Recht festsetzt und daher "frei" ist, während der Richter das Recht nur anwendet und deshalb gebunden ist. Bei genauerem Hinsehen ergibt sich, daß der Gesetzgeber bei Neuformulierung des Rechts immer die Rechtsprechung des alten Rechts berücksichtigen muß, während der Richter bei der Aufrechterhaltung des Rechts immer etwas neues hinzufügt. Dabei muß er sowohl die Rechtsgeschichte als auch zukünftige Konsequenzen im Blick haben.

Witteveen spricht sich dabei für ein Verständnis des Rechts als offenes System aus, das zwar hauptsächlich durch legislative Maßnahmen skizziert sei, aber zum Teil von der juristischen Interpretation offener Normen weiterentwickelt werde. Wenn neue Probleme entstehen, sei das Recht immer auf Weiterentwicklung angewiesen. Dementsprechend sollte auch die Beziehung zwischen Gesetzgeber und Rechtsprechung harmonisch gestaltet sein: in einem dynamischen, offenen System des Rechts brauchten Legislative und Richter einander. Die Interpretation komplettiert die Gesetzgebung⁹⁶.

In der Anwendung und Schaffung von Recht benutzen, so *Kelsen*, die Gesetzgeber und Richter allerdings unterschiedliche Maßstäbe. Wünscht man sich eine Überprüfung so sollte diese jedoch nicht durch den erfolgen, der den Maßstab setzt. Der Maßstab ist jedoch letztlich an demjenigen Direktiv meßbar, dem der Gesetzgeber zu folgen vorgibt.

Hier kann der Gesetzgeber dabei jedoch nicht sein eigener Prüfer sein kann, ohne die Objektivität einer Überprüfung in Frage zu stellen⁹⁷. Eine Prüfung der Verfassungsmäßigkeit durch Organe wie das Parlament oder die Regierung macht diese Organe zu Richtern in eigener Sache⁹⁸; es besteht die Gefahr, daß sie nur ihre eigene Verfassungsauslegung bestätigen.

In Hinblick auf einen drohenden "Justizstaat" ist die Rechtsprechung - auch wenn sie nicht oder nicht direkt demokratisch legitimiert ist - bei allem (macht)-politischen Einfluß immer noch die am wenigsten gefährliche Instanz: Sie ist von dem politischen Tagesgeschehen weitgehend abgekoppelt, kann

⁹⁴ Kelsen, 1931, 1873 f.

⁹⁵ Kelsen, 1929, 1815 ff.

⁹⁶ Witteveen, S. 98

⁹⁷ Kelsen, 1929, 1815 ff.

⁹⁸ Kelsen, 1931, 1873 f.

weder über Krieg und Frieden, noch über den Haushalt entscheiden - hat kein Initiativrecht und kann keine Resolutionen verabschieden⁹⁹.

3.3 Das Verhältnis von Verfassung und Gesetz

Eines der schlagkräftigsten Argumente zugunsten der Verfassungsgerichtsbarkeit entspringt dem Verhältnis von Verfassung und (einfachem) Gesetz: Geht man davon aus, daß in der Verfassung übergreifende und grundlegende Rechtssätze normiert sind, so sollte sie in der Gesetzeshierarchie höher als das einfache Gesetz stehen. Hierbei kommt es nicht so sehr darauf an, daß die Pflicht des Einzelnen, das Recht zu befolgen, auf die Überzeugung fußen muß, daß das Recht vernünftig und auf eine Umsetzung der Freiheit der Rechtssubjekte abzielt und das deshalb die einfache Gesetzgebung mit der Verfassung übereinstimmen muß¹⁰⁰.

Oftmals durchschaut der Betroffene den Rechtsbruch nicht oder gehorcht nolens volens dennoch, um Schwierigkeiten zu vermeiden.

Ausgehen muß man jedoch hier von den Staatsorganen: Kann der Richter das einfache Gesetz jedoch nicht an der Verfassung messen, so wird die Verfassung zur einer Rechtsnorm wie jede andere. Dann wiederum ist dem Gesetzgeber Tür und Tor geöffnet, hehre Grundsätze der Verfassung (z.B. Grundrechte) durch restriktive Gesetze einzuschränken¹⁰¹.

Dem liegt zudem der Gesichtspunkt zugrunde, daß Verfassungsgerichtsbarkeit nur dann Sinn mache, wenn es ein Verfassungsdokument gibt, das einen zentralen Stellenwert unter denen genießt, die es zu interpretieren haben¹⁰².

Bei genauerer Betrachtung gilt diese Prämisse zumindest in Europa heute jedoch nicht mehr so wie früher: Nimmt man einmal an, daß die Verfassung tatsächlich weniger Stellenwert genießen würde, da der Unterschied zu einfachen Gesetz verwässert ist, ist vor allem der Grundrechtsschutz gefährdet. Man darf annehmen, daß staatsorganisationsrechtliche Bestimmungen von größerer Bedeutung, also Kompetenzen der Regierung, Legislative etc. kaum anderswo als in der Verfassung geregelt

⁹⁹ vgl. Cliteur, S. 63

¹⁰⁰ so aber Cobben, S. 115

¹⁰¹ Roermund, Introduction:..., S. 6

¹⁰² Witteveen, S. 80

werden und durch einfaches Gesetz nicht wesentlich beeinflusst werden.. Es dreht sich also vornehmlich um eine mögliche Aushöhlung der Grundrechte mittels beschränkender (einfacher) Gesetze.

Heute gibt es jedoch andere Garanten, die die Grundrechte sichern - in erster Linie die EMRK, möglicherweise auch der IPBPR. Auch wenn der Gesetzgeber die Grundrechte restriktiv einschränken würde, bleibt der Staatsbürger wie die Praxis zeigt immer noch über die Artikel der EMRK geschützt. Das gilt um so mehr, als daß die hier an gesprochenen Staaten auch den Schutz durch allgemeinen Rechtsprinzipien z.T. anerkennen.

Treten supra- oder internationale Regelwerke mit kodifiziertem Naturrecht und einer Möglichkeit dieses wirksam durchzusetzen jedoch zunehmend ergänzend neben die nationalen Schutzmechanismen, so verliert auch die Argumentation der traditionellen Demokratie in bezug auf die nationale Verfassung an Überzeugungskraft: Der europäische Grundrechtsschutz und Kontrollmechanismus tritt an die Stelle des nationalen. Der Maßstab an dem sich der Gesetzgeber messen muß - unabhängig an welchem er sich vorgibt zu messen - ist die supra-/internationale Konvention, der er sich ja freiwillig untergeordnet hat.

Natürlich wird die nationale Verfassung gegenüber supra- oder internationalen Regelwerken abgewertet. In manchen Staaten findet allerdings auch ein Zusammenschluß in einem supranationalen Gefüge großen Anklang und ist der Ruf nach einer gemeinsamen europäischen Verfassung lauter als nach der Reform der eigenen.

4. Fazit

Es ist zu überlegen, ob man Staaten wie der Schweiz oder den Niederlanden unter Berücksichtigung der positiven Argumente unter Punkt 3.1. und 3.2 heute guten Gewissens raten sollte, die Verfassungsgerichtsbarkeit umfassend einzuführen.

Verfassungsgerichtsbarkeit würde eine rechtliche Institution voraussetzen, die über die Kompetenz verfügt, in einer Rechtsordnung grundsätzlich die Verfassungsmäßigkeit des positiven Rechts zu überprüfen, ohne die Positivität der Verfassung selbst in Frage zu stellen. In der bloß positivrechtlichen Möglichkeit einer verfassungsmäßigen Prüfung scheint sich also eine Paradoxie zu verwirklichen, daß nämlich die Rechtserzeugung an einem Maßstab, der selbst erst vom Recht erzeugt wer-

den soll, überprüft wird¹⁰³. Die Stellung des Verfassungsgerichtsbarkeit hat deshalb einen hohen Symbolwert. Dort wo sie existiert, tastete man bei einer Abschaffung das fundamentale Selbstbild der Rechtsgemeinschaft an. Wo sie nicht existiert, kann sie nicht etabliert werden, ohne daß das jeweilige juristische Weltbild zugrunde ginge.

Die Betrachtung der rechtlichen Situation in der Schweiz und den Niederlanden hat gezeigt, daß diese Staaten ohne eine umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit gut auskommen. Beide Staaten sind gefestigte Demokratien und Rechtsstaaten. Der höchste Richter ist entbehrlich. Das muß fern von allen theoretischen Überlegungen erst einmal festgehalten werden. Legislative und Judikative haben auch ohne höchsten Richter eine ausgewogene Kräftebalance gefunden:

Die Richter haben in der Verfassungspraxis einen Weg gefunden, den Gesetzgeber im Zaum zu halten. Sie haben dazu über die Jahre Mechanismen entwickelt, sei es durch öffentliche Kritik, interne Vorschläge oder verfassungskonforme Auslegung. Sie haben fehlende nationale Kompetenzen über den Umweg der Anwendung internationaler Konventionen und internationaler Gerichtsbarkeit ausgeglichen und so dem Gesetzgeber weitere Schranken gewiesen.

Die Abwesenheit einer Verfassungsgerichtsbarkeit zwingt den Richter, juristisch aktiv zu werden. Er wird in der Interpretation der Gesetze freier und kreativer, was als positives Attribut zu werten ist. Neben dem juristischen Handwerkszeug ist ein aktives Mitdenken erforderlich. Dieses führt zu einer lebendigen Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen den einzelnen Staatsorganen im Verfassungsstaat.

Aber auch der Gesetzgeber hat sich seiner Rolle würdig erwiesen und die Verfassungsmäßigkeit seines Handelns berücksichtigt, korrigiert oder hat sich im schlimmsten Falle korrigieren lassen. Die Beispiele haben gezeigt, daß er sich auch ohne übergeordnete Kontrollinstanz im Rahmen der Verfassung bewegt.

Grundsätzlich ist es zu begrüßen, wenn die Beteiligten sich selbst im Zaum halten können ohne daß es dafür noch eines institutionellen Streitschlichters bedarf. In beiden Staaten hat man aus dem Mangel einer umfassenden fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit eine Tugend gemacht: Die Staatsorgane behandeln einander mit Respekt und dem Willen zum politischen Konsensus. Das Recht kann zwar formell Rechte und Pflichten verteilen, aber das alleine reicht nicht aus, damit die Gesellschaft funktioniert. Ohne die gemeinsame Vorstellung von der Art und Weise wie die Rollen in der Gesellschaft ausgefüllt werden, ist der Rechtsstaat nicht denkbar. Dazu gehört jedoch auch, daß die Staatsorgane sich gegenseitig ihre Spielräume lassen und nicht jedes ihrer Rechte um jeden Preis durchsetzen. Hier

¹⁰³ Kelsen, 1929, 1813

bildet ein Verhältnis des politischen Vertrauens die Grundlage, das in keiner der Verfassungen festgeschrieben steht. Ein Vertrauen, das jedoch notwendig ist, um ein ausgeglichenes Kräfteverhältnis beizubehalten.

Dennoch ist auch diese Vertrauensverhältnis einem stetigen Wechsel unterworfen. Das zeigt deutlich das Beispiel der Niederlande wo der Hoge Raad anfangs die ihm gebotene Möglichkeit, den Gesetzgeber über die EMRK einzuschränken (bewußt) nicht genutzt hat nun aber mehr davon Gebrauch macht. Indes darf nicht verkannt werden, daß trotz alledem auch heute das politische Vertrauen zwischen diesen beiden Staatsorganen der Niederlande stabil ist. Mehr noch, es liegt sogar nahe zu vermuten, daß gerade deshalb, weil der Hoge Raad erst allmählich seine Kompetenzen ausgedehnt hat, das Wechselspiel zwischen beiden Staatsorganen nach wie vor funktioniert. Gemächliche Veränderungen können in einem Verhältnis des politischen Vertrauens gut nachvollzogen werden; abrupte dagegen rufen eine Gegenreaktion hervor. Im Einklang damit stehen - zumindest in der Schweiz - auch die immer nur verhaltenen Reformvorschläge.

Eine Einführung bzw. Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit in beiden Staaten wäre eine solche abrupte Veränderung; sie würde zu einer völlig neuen Rollenverteilung führen. Das Machtgefüge würde fürs erste ins Wanken geraten. Der Staat müßte sich neu orientieren. Es ist jedoch zu erwarten, daß sich an der wirksamen Durchsetzung der Verfassung sich langfristig jedoch in beiden Staaten wenig ändern würde - mit oder ohne höchsten Richter.

Veränderungen, seien sie ex post nun positiv oder negativ zu bewerten, sind in funktionierenden Systemen immer nur langsam zu erreichen. Das gilt insbesondere dann, wenn Wertvorstellungen wie das an der Schweiz aufgezeigte Trias von Föderalismus, Demokratie und Grundrechtsschutz oder das Zusammenspiel der Organe im Konzept des Rechtsstaats im Falle der Niederlanden jahrhundertlang die Verfassungspraxis prägen. Die Schweiz mag dafür erneut als abschließendes Beispiel dienen:

In diesem Jahr, dem 150-jährigen Bestehen der 1848 verabschiedeten Bundesverfassung, will sich die Schweiz eine gänzlich neue Verfassung geben. Übriggeblieben von diesem Vorhaben ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt nur ein "Reförmchen"¹⁰⁴, das wenig mehr als die stilistische Korrektur des alten Verfassungstextes beinhaltet. Ein Kompromiß über Neuerungen, der Zustimmung fern von Partei- und Gesellschaftsgrenzen erzielt, ist nicht in Sicht. Man darf dennoch gespannt sein, in welchem Umfang die Verfassungsgerichtsbarkeit letztlich darin wiederzufinden ist.

¹⁰⁴ vgl. SZ vom 28. Jan. 1998, S. 8, "Die Schweizer streiten um eine neue Verfassung. Ein Reförmchen im Namen des Allmächtigen".

