

Prof. Dr. Martin Schubarth

Titularprofessor an der Universität Basel  
Avocat-Conseil, Ancien président du Tribunal fédéral

# Verfassungsgerichtsbarkeit

Rechtsvergleichend – historisch – politologisch –  
soziologisch – rechtspolitisch  
unter Einbezug der europäischen Gerichtshöfe,  
insbesondere des Europäischen Gerichtshofs für  
Menschenrechte

2., überarbeitete und ergänzte Auflage



Stämpfli Verlag

Richterstaat oder Demokratie? Der Verfasser gibt eine konzise Darstellung des facettenreichen Phänomens Verfassungsgerichtsbarkeit. Bereits die erste Auflage dieses Werkes hat mit zahlreichen Gesichtspunkten die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht unwesentlich beeinflusst. Inzwischen steht die ausufernde Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fokus der politischen Diskussion. In der Neuauflage wurde der Abschnitt über die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) ausgebaut und der tendenziell demokratiefeindliche, methodisch oft fragwürdige Strassburger Aktivismus kritisch hinterfragt. Die Zukunft der EMRK hängt davon ab, dass man sich mit den Kritikpunkten auseinandersetzt und ihnen hinreichend Rechnung trägt. Im Hinblick auf die massiven echten Menschenrechtsverletzungen, die sich heute in Europa täglich ereignen, ist der Aufwand, den man in Strassburg mit «life-style-Menschenrechten » betreibt, nicht nachvollziehbar.

---

**Prof. Dr. Martin Schubarth**

Titularprofessor an der Universität Basel  
Avocat-Conseil, Ancien président du Tribunal fédéral

# **Verfassungsgerichtsbarkeit**

**Rechtsvergleichend – historisch – politologisch –  
soziologisch – rechtspolitisch  
unter Einbezug der europäischen Gerichtshöfe,  
insbesondere des Europäischen Gerichtshofs für  
Menschenrechte**

2., überarbeitete und ergänzte Auflage



Stämpfli Verlag

---

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

#### Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2017  
[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com)  
E-Book 978-3-7272-1955-9  
ISBN 978-3-7272-0742-6

Über unsere Online-Buchhandlung [www.staempflishop.com](http://www.staempflishop.com)  
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:  
Judocu ISBN 978-3-0354-1474-5

printed in  
switzerland



---

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	XIII
Vorwort zur zweiten Auflage .....	XV
Vorwort zur ersten Auflage.....	XVII
Einleitung .....	1
A. Allgemeines .....	1
B. Aufbau der Untersuchung.....	2
1. Teil: <i>Evolution von Verfassungsgerichtsbarkeit: Unter welchen Bedingungen entsteht Verfassungsgerichtsbarkeit?</i> .....	5
I. Verfassungsgerichtsbarkeit – ein unverzichtbarer Gehalt einer demokratisch-rechtsstaatlichen Ordnung?.....	5
II. Wann und unter welchen Umständen entsteht Verfassungsgerichtsbarkeit? .....	6
A. Länder mit umfassender Verfassungsgerichtsbarkeit.....	7
1. Österreich.....	7
2. Tschechoslowakei der Zwischenkriegszeit; Hinweise auf abweichende Situation in Ungarn.....	9
3. Deutschland (BRD, abweichend DDR).....	9
4. Italien.....	11
5. Spanien, Portugal.....	11
6. Ehemaliger «Ostblock» .....	12
a. Ablösung der kommunistisch indoktrinierten Justiz... ..	12
b. Russland insbesondere.....	12
c. Ukraine insbesondere .....	14
7. Staatsbegriff und griechisch-slawische Kultur .....	15
8. Exkurs: Verfassungsgerichte nicht per se unabhängig .....	16
9. Exkurs: «Siegeszug» der Verfassungsgerichtsbarkeit; Erbsenzählerei .....	17
10. Insbesondere Polen, Rumänien .....	17
11. Jugoslawien .....	18
12. Nachfolgestaaten vom Jugoslawien.....	19
13. Insbesondere Bosnien-Herzegowina .....	19
14. Transitionssituationen; Polen und Ungarn; Russland, Rumänien; Weissrussland.....	20
B. Länder mit (ursprünglich) eingeschränkter Verfassungsgerichtsbarkeit.....	22
1. Schweiz .....	22
2. Frankreich .....	23

a.	Ursprüngliches Konzept .....	23
b.	Reform von 2008/2010; question prioritaire de constitutionnalité (QPC) .....	28
3.	Belgien .....	29
C.	Diskussion.....	29
1.	Weiterentwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz .....	29
2.	Luxemburg .....	30
3.	Griechenland.....	31
D.	Abschaffung, Einschränkung und Ausschaltung von Verfassungsgerichtsbarkeit.....	32
1.	Österreich 1933; Hinweis auf entsprechende Gefahr in Ungarn und der Tschechei.....	33
2.	Polen 2015.....	33
3.	Zypern 1963/64.....	33
4.	Zurückstufung des russischen Verfassungsgerichtes in der Ära Putin.....	34
5.	Faktische Ausschaltung des Verfassungsgerichtes in Weissrussland .....	35
6.	Faktische Ausschaltung des Verfassungsgerichtes durch Erhebung von Gesetzen zu Verfassungsgesetzen .....	35
a.	Österreich.....	35
b.	Ungarn .....	36
7.	Besetzungsmanipulation; Ungarn, Polen .....	36
a.	Ungarn .....	36
b.	Polen.....	36
8.	Irland: Präventive Verfassungsgebung zur Verhinderung einer befürchteten abtreibungsfreundlichen Rechtsprechung. ....	37
9.	Türkei.....	37
10.	Indien.....	37
E.	Sonderfälle .....	38
1.	Liechtenstein.....	38
2.	Türkei.....	39
3.	Irland .....	42
4.	Monaco.....	43
5.	Weissrussland (Belarus).....	43
6.	Kosovo.....	43
III.	Länder ohne Verfassungsgerichtsbarkeit oder mit skeptischer Zurückhaltung; Gründe .....	44
A.	Kontinuierliche Verfassungsentwicklung; Niederlande, Vereinigtes Königreich, skandinavische Länder .....	44

B.	Niederlande insbesondere.....	46
C.	England insbesondere .....	46
D.	Skandinavien insbesondere.....	48
	1. Schweden.....	48
	2. Finnland .....	49
	3. Dänemark.....	50
	4. Norwegen.....	51
	5. Island.....	51
E.	Diskussion.....	52
F.	Verfassungsgerichtsbarkeit und Monarchie .....	53
IV.	Fazit.....	55
A.	Verfassungsgerichtsbarkeit <i>nicht</i> unverzichtbarer Gehalt einer demokratischen Ordnung .....	55
B.	«Conseil constitutionnel suisse»? Schweizerischer Gesetzgebungsrat? .....	56
C.	Gewaltenbalancierung durch Beharrungsbeschluss des Gesetzgebers?.....	57
	1. Polen.....	57
	2. Tschechoslowakei der Zwischenkriegszeit .....	57
	3. Rumänien .....	58
	4. Diskussionsvorschlag Schweiz.....	58
	5. Diskussionsvorschläge in den USA .....	59
	6. Constitutional dialogue.....	59
	<i>2. Teil: Problematik der Verfassungsgerichtsbarkeit.....</i>	<i>61</i>
I.	Offene Verfassung.....	61
A.	Konkretisierung durch Justiz oder Gesetzgeber?.....	61
	1. Vertrauen in den Gesetzgeber.....	61
	2. Misstrauen in den Gesetzgeber .....	61
	a. Reaktion auf den Rechtsverlust zufolge Diktatur .....	61
	b. Reaktion auf als Unterdrückung empfundene Parlamentsherrschaft (Judicial Review in den USA) ..	63
B.	Konkretisierungsspielraum.....	63
C.	Petition: Präzise Verfassung .....	64
D.	«Phraseologien» in der Bundesverfassung; Kelsen widerlegt sich selbst .....	65
E.	Gesetzgeber zum Verordnungsgesetzgeber degradiert .....	66
F.	Politische Machtentscheidung; justizförmiges Verfahren nur Vorwand.....	66
G.	Verfassungsgebende Versammlung in Permanenz .....	67
H.	Beispiele .....	68

1.	Medizinethik.....	68
2.	Schwangerschaftsunterbrechung.....	69
3.	Maastricht-Urteil.....	72
4.	«Unisex»-Urteil des EuGH.....	72
5.	Gegenbeispiel: Inzestverbot.....	73
I.	Verfassungsgericht als Stellvertreter in einem defizitären politischen Prozess.....	75
J.	Verfassungsgericht als Opponent gegen von Brüssel diktierte Sparbeschlüsse.....	76
K.	Mangelnde Sachkunde.....	76
II.	Richtertypus: Legalist oder Verfassungsinnovationist?.....	76
III.	Die EMRK, der EGMR und das angeblich EMRK-widrige Gesetz.....	79
A.	Vorbemerkung.....	79
B.	Zahl der EMRK-widrigen Gesetze zunächst minim.....	80
C.	Anmassung von Gesetzgebungshoheit durch den EGMR.....	81
D.	Fokussierung auf ein Menschenrecht.....	83
1.	Pornographie.....	83
2.	Namensrecht.....	84
a.	Familiennamen.....	84
b.	Vorname.....	86
E.	Europäische Vielfalt und Strassburger Zentralismus; Respekt vor anderen Kulturen statt europäischer Einheitsbrei.....	86
1.	Rechtsnormen und Kulturnormen.....	86
2.	Beispiel: «Hoe» der koreanischen Kultur.....	88
3.	Recht auf Besonderheit; Gefahr des Rückfalls in antike Grossreiche.....	89
4.	Grenzen einer europäischen Strafgesetzgebung.....	90
5.	Problematik des Transfers von Rechtsnormen.....	90
6.	Einheitlicher europäischer Grundrechtsschutz gleichheitswidrig?.....	91
F.	Bundesgericht oder Oberlandesgericht Schweiz?.....	92
G.	Abkehr vom ursprünglichen Ziel der EMRK.....	94
H.	Sonderfall.....	97
I.	Problem der Korrektur problematischer Entscheide des EGMR.....	99
1.	Allgemeines.....	99
2.	Beispiele.....	100
a.	Wiederherstellung der kantonalen Souveränität/keine Wiederherstellung der nationalen Souveränität.....	100
b.	Korrektur einfachrechtlicher Auslegung nur national möglich.....	101

## VIII



c.	Beispiel aus Deutschland .....	101
J.	Problematik der Richterbestellung.....	101
K.	Menschenrechtsspezialist – ein fragwürdiges Wahlkriterium ..	103
L.	Fehlen einer europäischen Öffentlichkeit.....	105
M.	Wie entstehen Urteile der Grossen Kammer? – Das Fehlen einer europäischen Justizsoziologie.....	106
N.	Das Kruzifix-Urteil der Grossen Kammer – Beginn einer Wende oder politischer Opportunismus ? .....	107
O.	Dialogue des juges? .....	108
P.	Der EGMR – ein europäisches Verfassungsgericht? .....	109
Q.	Problematische Teilnahme von NGOs und Lobbyisten im Verfahren vor dem EGMR.....	112
R.	Dynamische Rechtsprechung ohne Rechtsgrundlage.....	112
S.	Rückblick: Die Bedeutung der Neuenburger Tagung von 1974.....	115
T.	Veränderte Realien und dynamische Rechtsprechung .....	116
U.	«Gesellschaftlicher Wandel», «menschenrechtlicher Zeitgeist», «normative Konsensbildung» – fragwürdige Auslegungstopoi.....	119
V.	Die «National Margin of Appreciation Doctrine» und das Subsidiaritätsprinzip – manipulierbare Leerformeln .....	120
W.	Faktische Anwendung nicht ratifizierter Zusatzprotokolle .....	122
X.	Fehlende Sachkunde.....	122
Y.	Prozessuale Inkompetenz .....	123
Z.	Ausblick.....	124
IV.	Angewandte völkerrechtliche Grundrechte.....	125
V.	Gefahr der Eigendynamik; juristischer Staatsstreich .....	127
A.	Allgemein .....	127
B.	Bundesverfassungsgericht .....	128
C.	Conseil constitutionnel.....	129
D.	Exkurs: Zum Phänomen des juristischen Staatsstreichs .....	130
E.	EGMR .....	131
F.	EuGH.....	132
1.	Integrationsfreundliche Rechtsprechung.....	132
2.	Kritik der Eigendynamik .....	132
3.	Besondere Problematik der Ernennung der Richter des EuGH durch die Exekutive.....	134
G.	Ausnahmesituation: Deblockade durch Verfassungsgericht ...	135
1.	Abschaffung der Todesstrafe in Ungarn durch das Verfassungsgericht .....	135
2.	Einführung des Frauenstimmrechts in Appenzell- Innerrhoden durch das Bundesgericht.....	135

H.	Bundesgericht: juristischer Staatsstreich betreffend Einbürgerungsverfahren .....	136
I.	Bundesverfassungsgericht: Ehegattensplitting für homosexuelle Paare – juristischer Staatsstreich ?.....	137
3. Teil:	<i>Exkurse</i> .....	139
I.	Judicial Review in den USA .....	139
A.	Vorbemerkung .....	139
B.	Judicial Review in den USA.....	140
C.	Zur Stellung des Supreme Court im Verfassungssystem der USA .....	145
II.	Die Konferenz der europäischen Verfassungsgerichte und ähnliche Einrichtungen .....	150
A.	Konferenz der europäischen Verfassungsgerichte .....	150
B.	Association des Cours Constitutionnelles ayant en Partage l'Usage du Français (ACCPUF) .....	152
C.	«Sechser»-Treffen. ....	152
D.	Weltkonferenz der Verfassungsgerichtsbarkeit.....	153
III.	Gerichtsarchitektur und Verfassungsgerichtsbarkeit .....	153
A.	Gerichtsarchitektur im Allgemeinen.....	153
B.	Architektur von Verfassungsgerichten .....	157
1.	Allgemeines.....	157
2.	Bestehende Paläste.....	157
3.	Neubauten .....	158
IV.	Der Sitz von Verfassungsgerichten – geographische Gewaltenteilung? .....	159
A.	Allgemeines .....	159
B.	Länder mit (teilweiser) geographischer Gewaltenteilung .....	159
1.	Deutschland.....	159
2.	Tschechei.....	160
3.	Estland .....	160
4.	Slowakei.....	160
5.	Russland.....	160
6.	Georgien.....	160
7.	Schweiz .....	160
8.	Niederlande.....	161
9.	Europäische Union.....	161

<i>4. Teil: Zusammenfassung und Schlussbetrachtung</i> .....	163
I. Zusammenfassung.....	163
II. Schlussbetrachtung.....	166



---

## Abkürzungsverzeichnis

AB	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
AIJC	Annuaire international de justice constitutionnelle
AVR	Archiv des Völkerrechts
BaZ	Basler Zeitung
BBl	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BV	Bundesverfassung
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuGH	Europäischer Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, seit 1. 12. 2009 Gerichtshof der Europäischen Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FN	Fussnote
FS	Festschrift
GLJ	German Law Journal
IPE	Handbuch Ius Publicum Europaeum
JBl	Juristische Blätter
JöR	Jahrbuch für öffentliches Recht der Gegenwart
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft

LeGes	Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung und der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft
MPI	Max-Planck-Institut
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
RW	Rechtswissenschaft Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
sc.	scilicet
VfSlg	Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofs
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht; bis 1988: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZIS	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik
ZNR	Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

---

## Vorwort zur zweiten Auflage

Die erste Auflage dieser Untersuchung erschien im Frühjahr 2011, als im Parlament die Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit auch gegenüber Bundesgesetzen zur Diskussion stand. Sie hat die Debatte direkt oder indirekt<sup>1</sup> nicht unerheblich beeinflusst.

Inzwischen steht ein anderes Phänomen im Fokus der Diskussion: die Rechtsprechung des EGMR, die sich teilweise weit von dem entfernt hat, was man ursprünglich unter dem Schutz der durch die EMRK garantierten Menschenrechte verstanden hat. Insbesondere der Abschnitt über die EMRK und den EGMR wurde in der Neuauflage erheblich ausgebaut. Als Anhänger und Befürworter der EMRK der ersten Stunde<sup>2</sup> kann man nicht ohne Wehmut feststellen, dass der EGMR mit seinem in einigen Bereichen überbordenden Justizaktivismus dem echten Menschenrechtsschutz einen Bärendienst leistet. Zu viel Menschenrechte töten die Menschenrechte.

Hätte man die schon früh ausgesprochenen Warnungen aufmerksamer Beobachter, wie man sie etwa in meinem 1997 erschienenen Aufsatz «Europäische Vielfalt und Strassburger Zentralismus»<sup>3</sup> finden kann, beachtet und ihnen Rechnung getragen, hätte das im November 2014 gefeierte Jubiläum «40 Jahre EMRK in der Schweiz» mit weniger Misstönen über die Bühne gehen können. Und vor allem hätte man sich die jetzt aktuell werdende unerfreuliche Diskussion über eine Kündigung der EMRK<sup>4</sup> – die ich bei aller berechtigten Kritik an der Rechtsprechung des EGMR strikte ablehne – ersparen können. Die schweizerische Rechtswissenschaft, die weitgehend einem unkritischen EGMR-Positivismus huldigt und damit ihrer Aufgabe, Entwicklungen des Rechts mit der nötigen kritischen Distanz zu reflektieren, nicht gewachsen ist – und damit kurz und pointiert formuliert ihrer Aufgabe als Wissenschaft nicht nachkommt – ist nicht unschuldig an der heutigen Situation. Zu Zeiten eines Zaccharia Giacometti oder eines Max Imboden wäre das anders gewesen.

---

<sup>1</sup> Etwa durch Diskussionsbeiträge wie «Richterstaat oder Demokratie», in: Die Politik 4, Juni/Juli 2012, S. 32 f.

<sup>2</sup> Vgl. nur Martin Schubarth, Die Rechte des Beschuldigten im Untersuchungsverfahren, besonders bei Untersuchungshaft, Bern 1973; derselbe, Die Artikel 5 und 6 der Konvention (EMRK), insbesondere im Hinblick auf das schweizerische Strafprozessrecht, ZSR 1975 I 465 ff.

<sup>3</sup> SJZ 1997, 385 ff.

<sup>4</sup> Wie sie mit der Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter» (Selbstbestimmungsinitiative, BBl 2016 7091) zumindest tendenziell anvisiert wird.

Die rechtsvergleichenden Hinweise wurden nach Möglichkeit ergänzt und aktualisiert. Entwicklungen im Ausland wurden Rechnung getragen und eingearbeitet, soweit sich dies mit den beschränkten Möglichkeiten des Einmannbetriebes eines Privatgelehrten ohne wissenschaftlichen Mitarbeiterstab bewältigen liess. Neu aufgenommen wurde etwa eine kurze Betrachtung über den Sitz von Verfassungsgerichten und die damit zusammenhängende geographische Gewaltenteilung. Neu finden sich Hinweise zur Parlamentsouveränität im Vereinigten Königreich. Ausgebaut wurden die Ausführungen zum juristischen Staatsstreich

An der Zielsetzung dieser Untersuchung hat sich nichts geändert. Sie soll eine möglichst umfassende Orientierung geben über das komplexe Phänomen Verfassungsgerichtsbarkeit und damit der früher oder später wieder einsetzenden Diskussion über die Einführung einer umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz die Gesichtspunkte offenlegen, die bei einer solchen Diskussion zu beachten sind. Gerade den Befürwortern einer umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit würde es nicht schlecht anstehen, wenn sie den Defiziten ihrer Argumentation in der 2011/12 geführten Diskussion Rechnung tragen würden und wenn sie sich die Mühe nähmen, sich mit dem Phänomen Verfassungsgerichtsbarkeit umfassend zu befassen und darzulegen, weshalb sie – bei aller Anerkennung der berechtigten Einwände gegen einen solchen Ausbau – trotzdem für den Ausbau eintreten.

Le Crêt de la Vuachère (Lausanne), im Sommer 2017

*Martin Schubarth*

[www.martinschubarth.ch](http://www.martinschubarth.ch)



---

## Vorwort zur ersten Auflage

Die vorliegende Untersuchung beruht auf einer jahrzehntelangen, teils nur punktuellen situationsbezogenen Beschäftigung mit der Frage des Verhältnisses von Verfassung und Gesetz. Dabei spielte die Frage der Verfassungsgerichtsbarkeit zunächst keine grosse Rolle. Denn nach überkommenem schweizerischem Verständnis ist es im demokratischen Rechtsstaat Sache des Gesetzgebers, gegebenenfalls des Verfassungsgesetzgebers, grundlegende Entscheidungen zu fällen, wie es meine Generation etwa am Beispiel der Einführung des Frauenstimmrechts erlebt hat. Sicher: Der Vorrang der Verfassung stand und steht ausser Frage. Doch was bedeutet dies im Einzelfall?

Diese Frage gewann an Brisanz im Zusammenhang mit der Reform des Abtreibungsrechtes. Unter welchen Umständen soll eine Schwangerschaftsunterbrechung erlaubt oder doch zumindest straflos sein? Aus schweizerischer Sicht war und ist dies eine politische Frage, die der Gesetzgeber zu entscheiden hat. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes, mit der es die vom deutschen Bundestag beschlossene Fristenregelung für verfassungswidrig erklärte, machte die Problematik einer umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit deutlich. Weshalb soll eine nach ausführlicher politischer Diskussion im Parlament breit abgestützte politische Entscheidung von einem Richter-gremium von acht Richtern für ungültig erklärt werden können? Wird hier unter dem Deckmantel einer rechtlichen Entscheidung in Wirklichkeit eine politische Entscheidung getroffen? Und weshalb soll in Deutschland eine Fristenlösung von Verfassungs wegen ausgeschlossen sein, während in Frankreich und Österreich vergleichbare Entscheidungen des Gesetzgebers vom Conseil constitutionnel respektive vom Verfassungsgerichtshof gebilligt wurden? Umgekehrt: Mit welchem Recht kassiert der Supreme Court der Vereinigten Staaten eine restriktive Regelung der Schwangerschaftsunterbrechung eines seiner Teilstaaten?

In den achtziger Jahren hatte sich das Bundesgericht mit der Verfassungsmässigkeit des St. Galler Gesetzes betreffend Fortpflanzungsmedizin (künstliche Insemination und In-vitro-Fertilisation) zu befassen.<sup>5</sup> Es handelte sich dabei um eine verfassungsrechtliche Neulandfrage. Einer der beteiligten Richter meinte in einem privaten Gespräch, man solle die Grundrechte in diesem Bereich für ein paar Jahre «sistieren», bis man deutlicher wisse, wie es sich in diesem Bereich verhält. Ich antwortete ihm, wenn man, wie aus seiner Bemerkung deutlich werde, nicht wisse, was zu dieser Neulandfrage in der Verfassung stehe, dann könne das angefochtene Gesetz nicht im Widerspruch zur Verfassung stehen. Das Bundesgericht kassierte das Gesetz trotzdem teilwei-

---

<sup>5</sup> BGE 115 Ia 234.

se, indem es Dinge in die Bundesverfassung hineinlas, die vorher niemand darin gefunden hatte. Auf die Frage, wie er sich für die Entscheidungsfindung in Bezug auf die schwierigen ausserrechtlichen Gesichtspunkte des Falles sachkundig gemacht habe, antwortete mir der Referent: Ganz einfach; einmal habe ich mit einem Gynäkologen und ein anderes Mal mit einem anderen Fachmann zu Abend gegessen. War damit das Bundesgericht hier wirklich sachkundiger als das kantonale Parlament?

1993 nahm ich erstmals teil an einer Konferenz der europäischen Verfassungsgerichte. Hier fiel mir auf, dass keine Holländer, keine Engländer und keine Skandinavier daran teilnahmen. Weshalb? Vermutlich hatten sie keine Verfassungsgerichtsbarkeit.

1997 wurde ich gebeten, an der vom Europarat in Brno organisierten Konferenz der Präsidenten der obersten Gerichte von Mittel- und Osteuropa – der Sache nach war es eine Zusammenkunft der obersten Gerichte der ehemaligen Ostblockstaaten – zum Thema: «Wechselbeziehungen zwischen oberstem Gericht und Verfassungsgericht» als Referent teilzunehmen. Auf den Einwand, in der Schweiz sei diese Problematik inexistent, lautete die Antwort: Genau deshalb wünschen wir einen Vertreter der Schweiz. Im Kontakt mit den dort anwesenden Kollegen ging mir erstmals die Frage durch den Kopf: Weshalb und unter welchen Umständen entstehen Verfassungsgerichte? Und zugleich sah ich intuitiv die – zunächst vorläufige – Antwort: Alle mir bekannten Verfassungsgerichte entstanden in revolutionären Umbruchsituationen. Woraus sich sofort die umgekehrte Fragestellung ergab: Erklärt sich das Fehlen von Verfassungsgerichtsbarkeit in einigen Ländern möglicher Weise daraus, dass dort nie eine revolutionäre Situation bestanden hat, die ein Verfassungsgerichtsbarkeit erforderlich gemacht hätte?

Nun fand sich aber in der Botschaft zur Totalrevision der Bundesverfassung aus dem Jahre 1996 die These, Verfassungsgerichtsbarkeit finde sich heute in den meisten Verfassungsstaaten; in den europäischen Staaten sei Verfassungsgerichtsbarkeit unverzichtbarer Gehalt einer demokratisch-rechtsstaatlichen Ordnung. Umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit in allen europäischen Staaten? Mein bis dahin offenbar naiver Glaube, der Bundesrat (oder wohl genauer: diejenigen, die in seinem Auftrag Botschaften fabrizieren) würden Parlament und Bevölkerung zu einer derart grundlegende Frage umfassend und genau informieren, geriet ins Wanken. Mein Versuch, von Staatsrechtlern präzise Informationen über eine allfällige Verfassungsgerichtsbarkeit in Holland, England und den skandinavischen Staaten zu erhalten, scheiterte.<sup>6</sup> Heute weiss ich, dass die Botschaft des Bundesrates in diesem

---

<sup>6</sup> Typisch eine entlarvende Antwort: «Wir Staatsrechtler betreiben Rechtsvergleichung sehr eklektisch. Deshalb orientieren wir uns zur Frage der Verfassungsgerichtsbarkeit rechtsvergleichend vor allem nach Deutschland und den USA.

## XVIII

Punkt schlicht falsch war. Es war entweder eine bewusste Irreführung, um das Parlament in dieser umstrittenen Frage zu täuschen; oder der Bundesrat (genauer: diejenigen, die die fehlerhafte Botschaft verbrechen haben) glaubten in ihrem rechtspolitischen Engagement, man müsse es im politischen Kampf nicht so genau nehmen, wenn man etwas durchsetzen will, weshalb eine seriöse rechtsvergleichende Analyse zur Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa nicht vorgenommen wurde und erst recht nicht eine politologische Reflexion über die Auswirkungen einer umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit auf das herkömmliche Verständnis des Verhältnisses von Gesetzgeber und Justiz.

Dieser Mangel an Sensibilität erstaunt im Lichte der Erfahrungen, die man in den neunziger Jahren auf Grund der immer dynamischeren Rechtsprechung der Strassburger Organe machen musste: nämlich die Tendenz, dass sich Strassburg unter Rückgriff auf angeblich in höherrangigem Recht aufgefundene Normen zum Gesetzgeber usurpiert in Bereichen wie Pornographie und Namensrecht, die im demokratischen Rechtsstaat dem Gesetzgeber zustehen, der darüber nach schweizerischem Verständnis erst nach einer breiten Diskussion in der Öffentlichkeit legiferiert. Statt diese Entwicklung zu problematisieren, wurde der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte von einem Teil der Lehre kritiklos und ohne jede Sensibilität für die angesprochene Problematik zu einem «europäischen Verfassungsgericht» hochstilisiert, was er nicht ist und für ein Land wie die Schweiz, die eine umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit stets abgelehnt hat, auch nicht sein kann. Der Beitritt der Schweiz zur EMRK erfolgte unter der selbstverständlichen Voraussetzung, dass damit nicht eine «europäische Verfassungsgerichtsbarkeit» durch die Hintertüre eingeführt wird.

Damit sind die wesentlichsten Anstösse für die vorliegende Untersuchung offengelegt.

Im Laufe der Arbeit an der vorliegenden Abhandlung bin ich auf weitere Gesichtspunkte gestossen, die für das Phänomen Verfassungsgerichtsbarkeit von Bedeutung sind. Die ursprünglich ins Auge gefasste Zielsetzung, den Gründen für die Entstehung von Verfassungsgerichtsbarkeit nachzugehen, erfuhr deshalb eine Erweiterung

Einige Hinweise über die Verfassungsgerichtsbarkeit in einzelnen Ländern verdanke Gesprächen mit ausländischen Kollegen.

Le Crêt de la Vuachère (Lausanne), im Frühjahr 2011

Martin Schubarth