

Problematik der Verfassungsgerichtsbarkeit

Braucht die Schweiz eine umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit ? Sollen also Gerichte unter Rückgriff auf die Verfassung den demokratischen Gesetzgeber kontrollieren, seine Gesetze gegebenenfalls kassieren und dem Gesetzgeber vorschreiben, was und wie er zu legislieren hat ? Diese Fragen stehen heute erneut in der politischen Diskussion, allerdings mit einer dürftigen Begründung, die der Tragweite der Problematik nicht gerecht wird. Die unkritische Euphorie, mit der vielfach für eine Verfassungsgerichtsbarkeit geworben wird, übergeht zahlreiche Gesichtspunkte, die bei einer seriösen Diskussion einer solchen Grundsatzfrage zur Sprache gebracht werden müssten. Hier versagt die wissenschaftliche Politikberatung weitgehend.

Dies hat mich veranlasst, in einer knappen Untersuchung zunächst rechtsvergleichend, historisch und politologisch der Frage nachzugehen, unter welchen Bedingungen Verfassungsgerichtsbarkeit in der Regel eingeführt wurde, und mich insbesondere mit der zentralen Gegenfrage auseinanderzusetzen, wo und weshalb keine Verfassungsgerichtsbarkeit besteht. In der Folge befaße ich mich mit der Problematik der Verfassungsgerichtsbarkeit - zahlreiche Aspekte dazu werden in der schweizerischen Diskussion nicht mit der Seriosität behandelt, die man bei einem derartigen Eingriff in das überkommene politische System wie die Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit erwarten darf.

Die schweizerische Eidgenossenschaft, entstanden 1848 nach dem Sonderbundkrieg, hat folgende bis heute bestehende Lösung getroffen: Kontrolle des kantonalen Gesetzgebers mit dem Ziel der Durchsetzung der Grundsätze des neuen Bundes in den einzelnen Kantonen; dagegen keine Kontrolle der Bundesgesetze, da der demokratische Bundesgesetzgeber zur Konkretisierung der Verfassung besser legitimiert ist als ein Gericht. Die Berechtigung dieses seit mehr als 160 Jahren bewährten Grundsatzes wurde zwar wiederholt hinterfragt. Doch konnten sich die Befürworter einer umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit nie durchsetzen.

Rechtsvergleichend fällt auf, dass Länder mit einer kontinuierlichen Entwicklung wie die Niederlande, Grossbritannien und die skandinavischen Staaten keine oder nur eine sehr eingeschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit kennen. Weshalb ? Weil der demokratische Gesetzgeber in diesen Ländern das in ihn gesetzte Vertrauen erfüllt hat. So auch in der Schweiz. In den mehr als 160 Jahren unseres geltenden Systems lässt sich kein Beispiel für ein Versagen des Gesetzgebers finden, das einen richterlichen Eingriff rechtfertigen würde. Verfassungsgerichtsbarkeit finden wir dagegen in Ländern, die die erschreckende Erfahrung einer Diktatur und die damit verbundene Rechtlosigkeit erleben mussten; so in Deutschland nach dem Naziterror, in Italien nach der traurigen Erfahrung mit Mussolinis Faschismus, in Spanien und Portugal nach dem Abgang der Diktatoren Franco und Salazar und schliesslich in den ehemals kommunistischen Staaten nach der Wende von 1989. Aus rechtsvergleichender Sicht besteht deshalb kein Grund zu einem Systemwechsel in der Schweiz. Wir leben nicht in der revolutionären Situation, wie sie nach dem Sturz einer Diktatur

besteht.

Das Argument, die Justiz habe den Vorrang der Verfassung sicherzustellen, beruht auf der naiven, aber fehlerhaften Annahme, es sei klar, was in der Verfassung stehe. Ergibt sich aus dem Gleichheitssatz das Gebot eines einheitlichen Rentenalters ? Oder eine Wehrpflicht für beide Geschlechter ? Oder ein Anspruch auf gleiche Versicherungsprämien für Mann und Frau (Unisexprämien) ? Die Antwort darauf findet sich nicht in der Verfassung. Deshalb ist es legitim, die Antwort dem demokratischen Gesetzgeber zu überlassen und nicht einem kleinen Richterremium. Oder nehmen wir die Reform der Schwangerschaftsunterbrechung: Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat die Fristenlösung als verfassungswidrig kassiert, obwohl sich die Verfassung zu dieser Frage ausschweigt; in der Schweiz hat das Volk der Fristenlösung zugestimmt - soll ein solcher Entscheid in Zukunft von der Justiz überprüft und gegebenenfalls kassiert werden ?

Verfassungsgerichte erliegen oft der Gefahr einer Eigendynamik; gelegentlich kommt es zum juristischen Staatsstreich. Diese Gefahr besteht bei jedem Verfassungsgericht; dagegen gibt es keine wirksamen Kontrollmechanismen.

Man kann zwei Grundmentalitäten in der Richterschaft unterscheiden. Die eine folgt der Auffassung: Gesetz ist Gesetz und es ist Sache des Gesetzgebers, das Gesetz im Einklang mit der Verfassung zu schaffen. Der andere Richtertypus liest Neues in die Verfassung hinein, modifiziert also an Stelle des Verfassungsgebers - in der Schweiz Volk und Kantone - die Verfassung und korrigiert gestützt auf die von ihm neu erfundene Verfassung das Gesetz des ordentlichen Gesetzgebers. Er schwingt sich damit zum Gesetzgeber auf. Es gibt Verfassungsgerichte, die ganze Gesetzgebungsprogramme entwickelt haben. Dem ordentlichen Gesetzgeber bleibt dann praktisch nur noch die Möglichkeit, das vom Verfassungsgericht Beschlossene in Ausführungsverordnungen umzusetzen. Die verbreitete Skepsis gegenüber der Verfassungsgerichtsbarkeit liegt - insbesondere bei vielen Durchschnittsbürgern, die aber immer noch oberstes Verfassungsorgan sind - genau in der Angst vor diesem Richtertypus.

Verfassungsrichter sollen Hüter der Verfassung sein. Da die Verfassung oft keine klare Antwort auf eine Frage gibt, sind sie in der Realität Herren der Verfassung: Sie haben die Macht, zahlreiche Fragen abschliessend ohne demokratische Legitimation zu beantworten. Sie sind eine „verfassungsgebende Versammlung in Permanenz“ (Woodrow Wilson, früherer amerikanischer Präsident). Dies führt zu einer Verpolitisierung der Richterwahlen, wie wir vor allem am Beispiel der USA, aber auch von Deutschland sehen.

Auch die Exzesse der beiden europäischen Gerichte, des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg und des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) in Luxemburg, sollten bei der aktuellen Diskussion um die Verfassungsgerichtsbarkeit beachtet

werden. Der Sache nach versuchen diese beiden Gerichte ohne jede demokratische Legitimation eine Art europäische Verfassung durch Rechtsprechung zu kreieren, wobei sie teilweise massiv in die Kompetenzen der zuständigen Gesetzgeber eingreifen. In der Schweiz wird diese Problematik weitgehend totgeschwiegen, obwohl der Aktivismus dieser Gerichte gravierende Konsequenzen auch für die Schweiz hat und im übrigen zeigt, wohin der Aktivismus eines Gerichtes führen kann. Deshalb befasse ich mich einlässlich auch mit diesem Aspekt.

Die europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) wurde mit dem Ziel geschaffen, den Schutz unverzichtbarer Menschenrechtspostulate zu garantieren. Die Schweiz ist unter dieser Voraussetzung der EMRK beigetreten. Der EGMR hat dieses ursprüngliche Ziel längst vergessen und wendet die EMRK in Bereichen an, wo es nicht um Menschenrechtsverletzungen geht. Er beruft sich dabei auf eine europäische Leitkultur, die es jedoch nicht gibt und die eine reine Fiktion des EGMR ist. In einer solchen Leitkultur liegt eine Tendenz zur Totalität, wie neuerdings zutreffend kritisiert wird. Tendenz zu Totalität, also Tendenz zu totaler Machtausübung ! Dass sich der EGMR, geschaffen als Antwort auf den Totalitarismus der Nazis und der Fascisten, einen solchen Vorwurf gefallen lassen muss, zeigt, wie tief der EGMR gefallen ist. Dies ist die Quittung dafür, dass er sein ursprüngliches und mangels Änderung der Konvention bis heute einziges Mandat, unter Wahrung der europäischen Vielfalt Schutz gegen elementare Menschenrechtsverletzungen zu bieten, völlig aus den Augen verloren hat.

Die hier kritisierte Tendenz der Strassburger Rechtsprechung scheint aus angeblich allgemeingültigen internationalen Prinzipien Antworten herleiten und damit alles über einen europäischen Einheitsleiten schlagen zu können. Ein überzeugende Lösung lässt sich aber, wenn man korrekt vorgeht, nur im Kontext mit der in Frage stehenden nationalen Rechtsordnung und der eigenen historischen und geistesgeschichtlichen Erfahrung des betroffenen Landes finden. Ein grundlegendes Menschenrecht ist der Respekt vor anderen Kulturen und der Respekt vor rechtlichen Lösungen, die sich aus einer anderen historischen Entwicklung erklären.

Der EGMR verkennt die Bedeutung dieses Menschenrechts. Seine erste Kruzifix- Entscheidung, mit der in Italien Kruzifixe in Schulen, der Sache nach aber europaweit alle religiösen Symbole in Schulen als menschenrechtsverletzend deklariert wurden, ist ein deutliches Beispiel dafür. Dass die Grosse Kammer des EGMR jetzt umgekehrt entschieden hat, beruht wohl weniger auf einem Gesinnungswandel als auf politischem Opportunismus. Der ursprüngliche Entscheid wäre in Italien und in mehreren anderen Ländern mit christlicher Tradition nicht durchsetzbar gewesen, was dem ohnehin schon angeschlagenen Ansehen des Gerichtshofes noch mehr geschadet hätte.

Der Kruzifix-Fall macht deutlich, wie willkürlich Richterrecht sein kann. Zunächst verbietet eine Kammer von sieben Richtern einstimmig das Kruzifix in Schulen, dann entscheidet die Grosse Kammer des gleichen

Gerichts mit 15 zu 2 Stimmen das Gegenteil. Das bestätigt die bereits oben angesprochene These, dass es häufig völlig offen ist, was in der Verfassung oder hier in der EMRK steht und dass die Konkretisierung durch ein kleines Richterorgium ohne demokratische Legitimation deshalb höchst problematisch ist. Sie kann auch von der zufälligen Zusammensetzung des Richterorgiums abhängen. Dies beweist: Nicht die demokratisch verabschiedete Verfassung ist entscheidend, sondern die oft persönlich gefärbte Meinung der Mehrheit eines kleinen zufällig zusammengesetztes Richterorgium.

Es wird behauptet, Verfassungsgerichtsbarkeit sei nötig, weil der EGMR eine Menschenrechtsverletzung feststellen könne in Fällen, wo das schweizerische Gesetz mit der EMRK nicht zu vereinbaren sei. Dem schweizerischen Richter, insbesondere dem Bundesgericht, müsse deshalb eine entsprechende Kompetenz eingeräumt werden; die Lösung dafür sei eine umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit. Diese Argumentation ist falsch. Sie verkennt, dass die Zahl der Verurteilungen der Schweiz, weil ein Bundesgesetz der EMRK widerspricht, klein ist. Und sie übergeht, dass diese Fälle auch auf den hier als illegitim angeprangerten Aktivismus des EGMR zurückzuführen ist. Namensrecht und Adoptionsrecht sind Domänen, die in einem Europa der Vielfalt vom nationalen Gesetzgeber zu regeln sind. Aus der EMRK ergeben sich entgegen der Rechtsprechung der EGMR dazu keine europäischen Einheitsregeln. Dasselbe gilt für die Frage, ob und inwieweit die Krankenkasse die Kosten für eine Geschlechtsumwandlung zu übernehmen hat.

Verfassungsgerichtsbarkeit ist ein Phänomen, reich an Facetten, das sich nicht in wenigen Worten erfassen lässt. Ob und inwieweit Verfassungsgerichtsbarkeit in einem bestimmten Land Sinn macht, lässt sich nur im Kontext der Geschichte und Kultur des Landes beantworten. Und stets muss man sich bewusst sein: Gegen die grundsätzlich immer bestehende Tendenz von Verfassungsgerichten, sich auf Kosten des demokratischen Gesetzgebers neue Kompetenzen zuzulegen, gibt es keine hinreichenden rechtliche Schranken. Der angebliche Hüter der Verfassung ist auch und vor allem Herr der Verfassung.

Martin Schubarth, www.martinschubarth.ch

Mit geringfügigen Änderungen erschienen unter dem Titel „Richter als Gesetzgeber“ in Weltwoche Nr. 20.11 vom 19. 5. 2011, S. 42 f. mit einem Hinweis auf meine Buchpublikation „Verfassungsgerichtsbarkeit“.

