

## **Gedanken zur 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 sind legitim. Allerdings übergeht die unkritische Euphorie, mit der vielfach für eine Verfassungsgerichtsbarkeit geworben wird, wesentliche Gesichtspunkte, die bei einer solchen Grundsatzfrage zur Sprache gebracht werden müssten, wenn man der Tragweite der Problematik gerecht werden will. Hier hat die wissenschaftliche Politikberatung in der Schweiz bisher weitgehend versagt.

Dies hat mich veranlasst, in einer konzisen 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.

Seit 1848 besteht in der Schweiz folgende Regelung: Kontrolle des kantonalen Gesetzgebers mit dem Ziel der Durchsetzung der Grundsätze des Bundes in den einzelnen Kantonen; dagegen keine Kontrolle der Bundesgesetze, da der demokratische Bundesgesetzgeber zur Konkretisierung der Verfassung besser legitimiert ist als ein Gericht.

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? Aus Vertrauen in den demokratischen Gesetzgeber, das dieser in den genannten Ländern stets erfüllt hat. Gleiches finden wir 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 Erfahrung einer Diktatur und die damit verbundene Rechtlosigkeit erleben mussten, wie Deutschland, Italien, Spanien, Portugal. Die Einführung von Verfassungsgerichtsbarkeit in diesen Ländern ist als Reaktion auf das Versagen des demokratischen Gesetzgebers und den damit verbundenen Rechtsverlust zu verstehen.

Aus rechtsvergleichender und politologischer Sicht ist deshalb kein Grund ersichtlich für einen Systemwechsel in der Schweiz.

Das immer wieder gebetsmühlenhaft vorgebrachte 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 Richterghremium. 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 ?

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). Dies führt zu einer Verpolitisierung der Richterwahlen, wie wir vor allem am Beispiel der USA, aber auch von Deutschland sehen.

Bei der Frage der Verfassungsgerichtsbarkeit geht es nicht um die Sicherstellung des Vorrangs der Verfassung, sondern darum, wer den Inhalt der Verfassung konkretisiert. Heute ist es der demokratische Gesetzgeber. Soll dies in Zukunft ein Richterorgane ohne hinreichende demokratische Legitimation sein ?

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.

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.

Ein grundlegendes Menschenrecht ist der Respekt vor anderen Kulturen und der Respekt vor rechtlichen Lösungen, die sich aus einer anderen historischen Entwicklung erklären.

Entgegen den Tendenzen des EGMR lässt sich nicht alles von Lissabon bis Wladiwostok, von Reykjavik bis Tbilissi über einen europäischen Einheitsleisten schlagen.

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, dass es häufig völlig offen ist, was in der Verfassung oder hier in der EMRK steht.

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

Unter dem Titel: „Sind Richter Hüter oder Herren der Verfassung?“ erschienen in Basler Zeitung vom 25. 7. 2011, S.4

