



## AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL

Ständerat • Herbstsession 2022 • Erste Sitzung • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690  
Conseil des Etats • Session d'automne 2022 • Première séance • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690



21.3690

**Motion Zopfi Mathias.**  
**Grundrechte und Föderalismus stärken**  
**und die Rechtsstaatlichkeit festigen.**  
**Ein neuer Anlauf zur Einführung**  
**der Verfassungsgerichtsbarkeit**

**Motion Zopfi Mathias.**  
**Consacrer le contrôle**  
**de constitutionnalité pour renforcer**  
**les droits fondamentaux,**  
**le fédéralisme et l'Etat de droit**

---

#### CHRONOLOGIE

STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 22.09.21 (ORDNUNGSANTRAG - MOTION D'ORDRE)  
STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 12.09.22

---

21.3689

**Motion Engler Stefan.**  
**Grundrechte und Föderalismus stärken**  
**und die Rechtsstaatlichkeit festigen.**  
**Ein neuer Anlauf zur Einführung**  
**der Verfassungsgerichtsbarkeit**

**Motion Engler Stefan.**  
**Consacrer le contrôle**  
**de constitutionnalité pour renforcer**  
**les droits fondamentaux,**  
**le fédéralisme et l'Etat de droit**

---

#### CHRONOLOGIE

STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 22.09.21 (ORDNUNGSANTRAG - MOTION D'ORDRE)  
STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 12.09.22

---

*Antrag der Mehrheit*  
Annahme der Motionen

*Antrag der Minderheit*  
(Fässler Daniel, Bauer, Mazzone, Salzmann, Z'graggen)  
Ablehnung der Motionen



## AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL

Ständerat • Herbstsession 2022 • Erste Sitzung • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690  
Conseil des Etats • Session d'automne 2022 • Première séance • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690



*Proposition de la majorité*

Adopter les motions

*Proposition de la minorité*

(Fässler Daniel, Bauer, Mazzone, Salzmann, Z'graggen)

Rejeter les motions

**Präsident** (Hefti Thomas, Präsident): Sie haben einen schriftlichen Bericht der Kommission erhalten. Der Bundesrat beantragt die Ablehnung der beiden Motionen.

**Engler Stefan** (M-E, GR), für die Kommission: Ich spreche für die Kommission und versuche, Ihnen die Argumente dafür und dagegen ausgewogen vorzutragen. Es liegt Ihnen ein Bericht der Kommission vor, und Sie ersehen aus diesem, dass die vorberatende SPK Ihnen mit 6 zu 6 Stimmen und Stichentscheid des Präsidenten die Annahme der Motionen empfiehlt. Eine Minderheit Fässler Daniel lehnt die Motionen ab. Der Bundesrat beantragt ebenfalls die Ablehnung, allerdings ohne sich materiell näher mit der Frage auseinanderzusetzen. Die Kommission hat Anhörungen mit einer Vertreterin und einem Vertreter der Wissenschaft, einem ehemaligen Mitglied des Bundesgerichtes, einem Richter am Staatsgerichtshof des Fürstentums Liechtenstein und einer Vertretung des Parlamentes des Kantons Zürich durchgeführt. Auf das Ergebnis dieser Anhörung werde ich zurückkommen.

Die Forderung, die Verfassungsgerichtsbarkeit auszubauen, um eine Lücke im Rechtsschutz der Bürgerinnen und Bürger zu schliessen, ist nicht neu. Die Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 sah den Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit explizit vor. Erst in der Einigungskonferenz verzichtete der Ständerat, um die Justizreform nicht zu gefährden, auf den Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit, was den Berichterstatter im Ständerat, Franz Wicki, zu folgender Aussage bewog (AB 1999 S 979): "Ich bin der Auffassung, dass es die Vorlage, die uns der Bundesrat seinerzeit unterbreitet hatte, durchaus ermöglicht hätte, hier den Rechtsstaat etwas auszubauen. Wir haben aber die Schwierigkeiten gesehen, und ich bin der Meinung, dass zwar im Moment der 'Phantomschmerz' dieser 'Amputation' vorhanden sein wird, aber allzu lange wird er nicht dauern. Irgendwann wird die Frage der beschränkten Verfassungsgerichtsbarkeit wieder auftauchen." Zuvor hatte der Ständerat, anders als der Nationalrat, dem Ausbau der

AB 2022 S 653 / BO 2022 E 653

Verfassungsgerichtsbarkeit, die durch den Bundesrat beantragt wurde, wiederholt zugestimmt.

In der Folge befasste sich die Bundesversammlung im Zusammenhang mit der Neukonzeption des Finanzausgleichs im Jahre 2002 und diversen Vorstössen erneut mit dieser Frage, ohne dass aber den Forderungen konkrete Schritte mit der Ausarbeitung einer Vorlage gefolgt wären. Bei den letzten Vorstössen handelt es sich um die parlamentarischen Initiativen Studer Heiner 05.445 und Müller-Hemmi 07.476, die im Jahre 2012 scheiterten, und um die abgelehnte Motion Caroni 14.4038 für eine eingeschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit zugunsten der Kantone aus dem Jahre 2014.

Die beiden aktuellen, offen formulierten Motionen verlangen also den Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit, nicht die Einführung. Dass Bundesgesetze, die gegen die Bundesverfassung verstossen, nicht befolgt werden müssen, ist ein rechtsstaatliches Postulat. Die konkrete Ausgestaltung der gerichtlichen Überprüfung lassen die Vorstösse offen. Es geht zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht darum, Pro und Contra möglicher Ausgestaltungen einer Ausweitung gegeneinander abzuwägen.

Es würden sich etwa folgende Fragen stellen: Soll die Verletzung aller Verfassungsnormen gerügt werden können oder nur die Verletzung besonders wichtiger Normen? Soll ein Gesetz abstrakt oder nur im Rahmen eines konkreten Anwendungsfalls überprüft werden dürfen? Sollen alle rechtsanwendenden Behörden die Bundesgesetze auf ihre Verfassungsmässigkeit hin überprüfen dürfen? Welche Rechtsfolge soll die gerichtliche Feststellung, wonach ein Bundesgesetz die Bundesverfassung verletzt, entfalten? All diese Fragen brauchen wir heute nicht zu beantworten.

Für die Mehrheit der Kommission ist der Zeitpunkt gekommen, die Lücke beim individuellen Grundrechtschutz und beim Schutz der föderalistischen Zuständigkeitsordnung zu schliessen. Diese Lücke besteht, weil Artikel 190 der Bundesverfassung dem Bundesgericht verbietet, Bundesgesetze auf ihre Vereinbarkeit mit der Bundesverfassung hin zu überprüfen.

Folgende fünf Überlegungen legen den Schluss der Mehrheit nahe:

1. Die Bundesverfassung steht über dem Gesetzesrecht. Erst die Durchsetzung der verfassungsmässigen Rechte schützt die Freiheit von Bürgerinnen und Bürgern. Die Forderung nach dem Ausbau der Verfassungs-



## AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL

Ständerat • Herbstsession 2022 • Erste Sitzung • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690  
Conseil des Etats • Session d'automne 2022 • Première séance • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690



gerichtsbarkeit schützt also die Rechte der Bürgerinnen und Bürger, unabhängig davon, ob ihre Rechte durch kantonales oder durch Bundesrecht verletzt werden.

2. Der Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit würde es den Kantonen ermöglichen, sich gegen die Missachtung der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung zur Wehr zu setzen. Sie ist föderalistisch geboten, weil sie die Autonomie der Kantone schützt.

3. Die Verfassungsgerichtsbarkeit schützt die Demokratie, weil sie nicht zulässt, dass ein Gesetz zur Anwendung kommt, das den Vorgaben von Volk und Ständen widerspricht. Sie schützt damit auch das Ständemehr und damit die Bundesstaatlichkeit.

4. Mit dem geltenden Recht sind die auch von der EMRK abgedeckten Grundrechte besser geschützt als beispielsweise die nur von der Bundesverfassung garantierte Eigentums- und Wirtschaftsfreiheit. Der Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit überwindet diese Kategorisierung von Grundrechten.

5. Von der Möglichkeit zur gerichtlichen Prüfung einer verfassungsmässigen Gesetzgebung verspricht sich die Mehrheit präventiv ein höheres Mass an Selbstkontrolle durch das Parlament, namentlich dort, wo vom Souverän angenommene Volksinitiativen umzusetzen sind.

Die Minderheit wendet erstens dagegen ein, es bestehe nicht wirklich Handlungsbedarf, es bestehe kein Bedarf, das geltende Regime des Verbots der Überprüfbarkeit von Bundesgesetzen durch das Bundesgericht über Bord zu werfen. Der historische Verfassunggeber habe dies so gewollt, um die institutionelle Ausgewogenheit der Staatsgewalten nicht zu belasten und eine zu starke Stellung der Judikative zu verhindern. Der Judikative solle nicht die Rolle des Gesetzgebers übertragen werden.

Als zweites Argument wendet die Minderheit ein, das System der direkten Demokratie erlaube es dem Souverän, über jedes Bundesgesetz im Rahmen des fakultativen Referendums abschliessend zu befinden. Das wohl letzte Wort liege somit beim Souverän selber.

Drittens sagt die Minderheit, dass eine unerwünschte Verpolitisierung der Gerichte die Folge der richterlichen Überprüfung von Gesetzen wäre. Das Parlament verfüge über eine höhere demokratische Legitimation als die Gerichte.

Als viertes Argument wendet die Minderheit ein, es sei immer auch das Ergebnis einer politisch gefärbten Rechtsauslegung, ob eine Gesetzesbestimmung noch als verfassungskonform durchgehe. Das Parlament sei dafür besser geeignet als ein Richterkollegium.

Fünftens meint die Minderheit schliesslich: Weshalb sollte sich das Parlament in seiner Zuständigkeit einschränken, zumal die vorhandenen Instrumente der präventiven Rechtskontrolle und der Gesetzgebungsprozess zwischen den beiden Kammern krasse Fehlleistungen ausschliessen?

Die Anhörung ergab zusammengefasst folgende Einschätzungen der Expertinnen und Experten: Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist eine gute Idee, aber kein Garant für eine rundum verfassungskonforme Rechtsordnung. Die Lücke in der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit sei nicht riesig, aber sie bestehe. Es gebe Argumente dafür und dagegen, wurde von den Experten ausgeführt. Die Verfassungsgerichtsbarkeit würde aber die präventive Rechtskontrolle stärken. Für den Fall der Umsetzung raten die Expertinnen und Experten mehrheitlich, eine Prüfung nur im konkreten Anwendungsfall zuzulassen. Unterschiedlicher Meinung war man bezüglich der Frage, ob nur das Bundesgericht dafür zuständig sein solle oder ob die Verletzung der Verfassung vor allen Gerichten gerügt werden dürfe.

Bei der Gewichtung der Argumente überwog für die Mehrheit der Kommission der erreichte höhere Rechtsschutz für Bürgerinnen und Bürger, dank dem sie sich gegen freiheitseinschränkende Anordnungen, die sich auf ein Bundesgesetz abstützen, wehren können. Die Forderung ist somit ein freiheitliches Anliegen. Die Minderheit kommt in der Abwägung der Argumente zu einem anderen Ergebnis. Unser Kollege Daniel Fässler wird das näher begründen. Ich werde mir erlauben, im Nachgang aus meiner Sicht als Motionär noch einige Überlegungen und Argumente in die Diskussion einzubringen.

**Fässler Daniel (M-E, AI):** Ich lege Ihnen sehr gerne dar, weshalb eine starke Minderheit – der Entscheid in der Kommission kam nur mit Stichentscheid des Präsidenten zustande, er ist einer der Motionäre – die beiden gleichlautenden Motionen unserer Kollegen Engler und Zopfi ablehnt.

Verfassungsgerichtsbarkeit auch bei Bundesgesetzen? Diese staatspolitische Frage ist ein Evergreen der eidgenössischen Politik der letzten Jahrzehnte. Jene, die ebenfalls schon 2011 und 2012 in diesem Haus politisiert haben, erinnern sich sicher an die Debatten, die damals zu den beiden vom Kommissionsberichterstatter erwähnten parlamentarischen Initiativen von alt Nationalrat Heiner Studer und von alt Nationalrätiin Vreni Müller-Hemmi geführt wurden.

Wer Argumente für oder gegen die neuen Vorstösse sucht, kann das Amtliche Bulletin von damals konsultieren, denn die Ausgangslage, die Fragestellung und auch die Argumente haben sich nicht geändert. Das Rad neu



## AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL

Ständerat • Herbstsession 2022 • Erste Sitzung • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690  
Conseil des Etats • Session d'automne 2022 • Première séance • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690



erfinden kann bei diesem Thema wohl niemand – ich jedenfalls erhebe diesen Anspruch nicht.

Die Frage, ob wir uns als Gesetzgeber im Rahmen unserer Bundesverfassung bewegen, stellen wir uns bei unserer gesetzgeberischen Arbeit regelmässig. Unsere Antworten fallen nicht selten, je nach Sichtweise, unterschiedlich aus. Das ist weder eine neue Erkenntnis noch eine Überraschung. Denn die Juristerei – das sage ich als Anwalt und ehemaliger Richter – ist keine exakte Wissenschaft. Ob eine Gesetzesbestimmung verfassungskonform ist oder nicht, lässt sich weder mit einem Massstab noch mit einem Fiebermesser feststellen.

AB 2022 S 654 / BO 2022 E 654

Oder anders gesagt: Bei der Frage der Verfassungsmässigkeit gibt es nicht nur Schwarz oder Weiss, denn Verfassungsnormen sind in der Regel sehr offen formuliert.

Ich nenne ein paar Beispiele, etwa die in Artikel 26 unserer Bundesverfassung festgeschriebene Eigentumsfreiheit. Was heisst "Das Eigentum ist gewährleistet"? Oder Artikel 27: Was heisst "Die Wirtschaftsfreiheit ist gewährleistet"? Und wo endet bei der Raumplanung die Bundeskompetenz, wenn es in Artikel 75 heisst: "Der Bund legt Grundsätze der Raumplanung fest"? Und wo endet die Bundeskompetenz im Energiebereich, wenn es in Artikel 89 heisst: "Für Massnahmen, die den Verbrauch von Energie in Gebäuden betreffen, sind vor allem die Kantone zuständig"?

Noch schwieriger wird es, wenn man sich Artikel 36 der Verfassung vor Augen führt, in dem geregelt ist, unter welchen Bedingungen und unter welchen Voraussetzungen verfassungsmässige Grundrechte eingeschränkt werden können. Wie definiert sich das öffentliche Interesse für einen Grundrechtseingriff? Wie definiert sich der Kerngehalt eines Grundrechts, das unantastbar bleibt? Wie lässt sich die Frage beantworten, ob ein Grundrechtseingriff verhältnismässig ist oder nicht?

Bei der Anhörung durch die Kommission hat ein erfahrener Anhörungsteilnehmer festgehalten, dass es höchst selten Gesetze gebe, die klar und eindeutig verfassungswidrig seien. Es gebe aber sehr viele Gesetze, die von den einen als verfassungswidrig und von den anderen als verfassungskonform betrachtet würden. Es gebe in Rechtsfragen meistens verschiedene Meinungen. Das gelte im Verfassungsrecht noch viel mehr als in anderen Rechtsgebieten, weil die Verfassung typischerweise hochgradig unbestimmte und konkretisierungsbedürftige Normen enthalte. Es gebe – das hat er ebenfalls ausgeführt – am Bundesgericht generell viele Urteile, die mit 3-zu-2- oder mit 4-zu-1-Mehrheiten gefällt würden, und die Mehrheiten seien oft das Ergebnis von Zufällen. Das Ergebnis von höchstrichterlichen Entscheiden hänge von der konkreten Zusammensetzung des Spruchkörpers ab.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die entscheidende Frage. Wer soll unbestimmte Verfassungsnormen konkretisieren: eine Mehrheit im Parlament – in einer Referendumsabstimmung bestätigt oder korrigiert durch das Volk – oder eine Mehrheit einer Abteilung des Bundesgerichts, die vielleicht nur mit 3 zu 2 Stimmen zustande kommt?

Die Antwort der Kommissionsminderheit auf diese Grundsatzfrage ist klar: Letzteres möchten wir nicht. Es ist unsere Aufgabe, im Gesetzgebungsprozess auf solche Fragen die passenden Antworten zu geben, und es ist unsere Aufgabe, das Verfassungsrecht zu konkretisieren und auszugestalten. Die Minderheit möchte nicht, dass wir uns aus dieser Verantwortung stehlen und das Bundesgericht über die Bundesversammlung stellen. Denn 5 Bundesrichterinnen und Bundesrichter können die Verfassungsmässigkeit nicht besser beurteilen als 246 Parlamentarierinnen und Parlamentarier. Zweifeln wir einmal daran, ob wir uns im Rahmen der Verfassung bewegen, können wir das Ergebnis unserer Beratungen der präventiven Überprüfung auf die Verfassungsmässigkeit durch das Bundesamt für Justiz unterziehen. Das Parlamentsgesetz verpflichtet den Bundesrat schon heute, der Bundesversammlung in einer Botschaft die Vereinbarkeit des Erlassentwurfes mit dem übergeordneten Recht darzulegen. Tauchen im Rahmen der parlamentarischen Beratung neue Zweifel auf, wird erfahrungsgemäss eine ergänzende Beurteilung eingeholt. Dieses Instrument der präventiven Rechtskontrolle hat sich nach Auffassung der Minderheit bewährt.

Der Gesetzgebung liegen immer auch politische Wertungen einer Mehrheit des Parlamentes zugrunde. Das ist für uns selbstverständlich, denn politische Fragen sind auch politisch zu beantworten. Bekäme das Bundesgericht die mit den Motionen angestrebte Kompetenz, dem Bundesgesetzgeber im Einzelfall die rote Karte zu zeigen, würden wir die Judikative faktisch zum Gesetzgeber machen. Politische Fragen würden neu rechtlich entschieden oder zumindest rechtlich kontrolliert. Hinzu kommt, dass auch die Justiz nicht apolitisch entscheidet. Wie wir in der Politik unsere Werte vertreten, handeln auch Richterinnen und Richter nicht unabhängig von ihren politischen Einstellungen. Mit diesem Bewusstsein wählen wir die Richterpersonen nach dem Parteienproporz. Und gerade deswegen wird auch vereinzelt die Bildung der Spruchkörper an Gerichten kritisiert. Würden wir das Bundesgericht zum Verfassungsgericht ausbauen, würden wir die Politisierung der Justiz noch befördern. Gerade das möchte die Minderheit nicht. Die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit auch für



## AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL

Ständerat • Herbstsession 2022 • Erste Sitzung • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690  
Conseil des Etats • Session d'automne 2022 • Première séance • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690



Bundesgesetze wären staatspolitisch falsch und eine fundamentale Abkehr von der heutigen Hierarchie der Staatsgewalten. Denn jedes Bundesgesetz wird durch die Stimmbevölkerung gutgeheissen, entweder implizit mit dem Verzicht auf ein Referendum oder explizit mit der Gutheissung in einer Referendumsabstimmung. Die Hierarchie der Staatsgewalten ist denn auch in Artikel 148 der Bundesverfassung mit einem einzigen Satz unmissverständlich festgehalten: "Die Bundesversammlung übt unter Vorbehalt der Rechte von Volk und Ständen die oberste Gewalt im Bund aus." Diese verfassungsrechtliche Kompetenz, die auch eine Verpflichtung ist, dürfen wir nicht aus der Hand geben. Das Volk kann das Parlament in einer Referendumsabstimmung korrigieren, auch dann, wenn es der Meinung ist, das Parlament habe eine von Volk und Ständen angenommene Volksinitiative nicht richtig oder nicht vollständig umgesetzt. Dieses Korrektiv zugunsten der Volksrechte ist zwingend, denn unsere politischen Entscheide sind meines Erachtens nie unfehlbar.

Im Gegenzug soll sich aber das Bundesgericht bei Bundesgesetzen auch in Zukunft weder über das Stimmvolk noch über uns als Gesetzgeber stellen können. Denn auch unser höchstes Gericht ist nicht unfehlbar. Die Vorstellung, dass ein Richtergremium von fünf oder sieben Personen einen Volksentscheid umstossen könnte, wenn möglich durch ein Zufallsmehr mit einer Stimme Unterschied, ist für mich als Demokrat unerträglich. Es ist mit Blick auf die derogatorische Kraft des Bundesrechtes staatspolitisch richtig, dass kantonale Gesetze und damit auf kantonaler Ebene gefällte Volksentscheide durch das Bundesgericht auf ihre Verfassungsmässigkeit hin überprüft werden können. Doch würden wir auch gesamtschweizerische Volksentscheide zu Bundesgesetzen auf den Richtertisch legen und damit ihre Verbindlichkeit infrage stellen, würden wir Volksrechte degradieren und damit das grundlegendste Recht der direkten Demokratie schmälern. Das möchte ich persönlich nicht, das möchte auch die starke Minderheit nicht.

Ich ersuche Sie in diesem Sinne, der Minderheit zu folgen.

**Zopfi Mathias (G, GL):** Meine beiden Vorrredner haben viele Argumente für und gegen die Annahme dieser Motionen aufgeführt. Ich gebe zu, dass man in guten Treuen beide Ansichten haben kann. Ich meine aber und komme klar zum Schluss, dass man insbesondere dann, wenn man die Diskussion von denkbaren aktuellen politischen Fragen trennt, und insbesondere dann, wenn man die Angelegenheit einerseits historisch betrachtet, also in die Vergangenheit zurückblickt, und sie andererseits mit einem weiteren Horizont in die Zukunft hinein betrachtet, zum Fazit kommen sollte, die Motionen seien gutzuheissen.

Lassen Sie mich mit einem Zitat beginnen. Ich zitiere aus einer juristischen Arbeit eines jungen Rechtswissenschaftlers: "In einer so prinzipiellen Frage, in der der Individualrechtsschutz auf dem Spiel steht, darf es kein Abgehen von der Verfassungsgerichtsbarkeit geben, die mit Kompetenzkonflikten und der Gewaltenteilung zwischen Bundesgericht und Bundesversammlung begründet wird. Der verfassungsrechtliche Schutz des Einzelnen muss im Vordergrund stehen! Und überhaupt können die parlamentarische und die gerichtliche Kontrolle bezüglich der politischen Rechte problemlos nebeneinander bestehen."

Dieser junge Rechtswissenschaftler hat recht, er hat konzis dargelegt, um was es geht. Es geht bei der Verfassungsgerichtsbarkeit gerade nicht darum, das demokratische Prinzip zu untergraben. Es geht nicht darum, vermeintlich rechtlich und nicht politisch zu entscheiden. Es geht darum, "den verfassungsrechtlichen Schutz des Einzelnen in den Vordergrund zu stellen". Sie werden sich fragen, wer der junge

AB 2022 S 655 / BO 2022 E 655

Rechtswissenschaftler ist, der so treffend, fast schon brillant, dargelegt hat, dass Verfassungsgerichtsbarkeit Schutz des Einzelnen bedeutet. Es war ein gewisser Daniel Fässler, damals Student an der Universität Bern, heute Sprecher der Minderheit und, man staune, seltsamerweise gegen die Motionen. Wer hat nun recht: Fässler der Jüngere oder Fässler der Ältere? (*Teilweise Heiterkeit*)

Schauen wir uns dafür einmal genauer an, um was es geht. Die Verfassungsgerichtsbarkeit dient dem Schutz der Bürgerin und des Bürgers sowie der Kantone vor Kompetenzüberschreitungen des Bundes. Und ja, mit "Bund" ist vor allem die Bundesversammlung gemeint. Ein häufig gehörtes Argument gegen die Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit ist, dass wir sie nicht brauchen, weil bei uns ja bei Bundesgesetzen das Volk das letzte Wort hat. Aber ist es bei der Verfassung nicht auch so?

Eine Verfassungsänderung benötigt immer, in 100 Prozent der Fälle, eine Volksabstimmung, und sie benötigt – das wissen Sie – die Mehrheit der Stände. Bei Gesetzen ist es nicht so. Es findet bei ungefähr 10 Prozent der referendumsfähigen Erlasse der Bundesversammlung überhaupt ein Referendum statt – bei 10 Prozent! Faktisch sind wir hier im Nationalrat und im Ständerat meist alleine Gesetzgeber. Ohne Schutz der Verfassung stellen wir also faktisch nicht das Volk, sondern uns selbst über die Verfassung, die immerhin immer vom Volk erlassen wird. Das gilt nobis auch für Initiativen. Wird eine Initiative angenommen, dann wird die Verfassung geändert. Dieses unglaublich starke Instrument haben wir seit 1891.



## AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL

Ständerat • Herbstsession 2022 • Erste Sitzung • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690  
Conseil des Etats • Session d'automne 2022 • Première séance • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690



Was passiert aber nun, wenn das Parlament die Initiative nicht umsetzt? Es passiert nichts, weil keine Möglichkeit besteht, das entsprechende Gesetz zu überprüfen. Es geht also mit der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht um die Aushebelung der Volksrechte, sondern gerade um deren Schutz, da sich die Volksrechte, die gestaltet sind und über ein Veto in Form eines Referendums hinausgehen, nur über die Verfassung verwirklichen lassen. Die Argumentation über die Volksrechte findet zudem dann ihre Grenzen, wenn wir in Betracht ziehen, dass ein erheblicher Teil der Einwohnerinnen und Einwohner der Schweiz gar nicht demokratisch mitwirken kann.

Die Politik ist zwangsläufig eine Frage der Mehrheiten. Vergessen wir aber nicht, dass die demokratischen Rechte jeweils von der Masse der Bevölkerung und nicht im konkreten Fall ausgeübt werden. Oder meinen Sie, dass der Bürger jeweils vor der Abstimmung fragt, was das Gesetz in jeder denkbaren Situation für ihn dann bedeuten würde? Das ist eine weltfremde Haltung. Das tun auch wir nicht, das können wir gar nicht. Tatsache ist, dass es darum geht, den Bürger und die Bürgerin vor dem Staat zu schützen. Zu diesem Staat gehört nun einmal auch der Gesetzgeber. Auch wir gehören zu diesem Staat, und auch wir können unsere Kompetenzen überschreiten, vielleicht sogar einmal unbewusst.

Ich habe im Vorfeld der heutigen Debatte viele Gespräche geführt. Eine geschätzte Kollegin hat mir gesagt, dass wir ja nicht in einem Staat leben würden, in dem man den Bürger vor dem Staat schützen müsse. Da bin ich einfach nur schon theoretisch anderer Meinung. Wir müssen jeden Tag die Bürgerin und den Bürger vor dem Staat schützen. Es kann uns aber nicht überall gelingen, nämlich dort nicht, wo ein konkreter problematischer Fall gar nicht denkbar ist, wenn wir ein Gesetz erlassen. Wir müssen aber auch die Kantone vor Kompetenzüberschreitungen des Bundes schützen können. Oft wird behauptet, dass unser Staat eben genau so aufgebaut worden sei und ein ausgeklügeltes System sei und wir deshalb keine volle Verfassungsgerichtsbarkeit brauchten. Doch ist die Situation – und das wäre jetzt der Blick in die Vergangenheit – tatsächlich mit der Zeit vergleichbar, als unser Staatswesen so aufgebaut wurde?

Lassen Sie mich aus der Botschaft zur neuen Bundesverfassung aus dem Jahr 1996 zitieren: "War es zur Zeit der Schaffung dieser Norm (1874) noch vordringlichstes Anliegen, die Freiheit der Bürger gegen die starken Kantone zu schützen, ist es mit der erheblichen Zunahme der Bundeskompetenzen heute vor allem der Bund, gegen den ein Schutzbedürfnis besteht." Und weiter: "Der Ausschluss der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen [...] ist historisch vor dem Hintergrund einer Situation zu verstehen, in welcher die Bundeskompetenzen äusserst beschränkt waren und der Freiheit der Bürger vor allem vonseiten der mächtigen Kantone Gefahr drohte."

Sie wissen, was seit 1874 passiert ist: Die Bundeskompetenzen haben – wohl oft zu Recht, manchmal vielleicht nicht – massiv zugenommen. Heute wird weit mehr hier in diesen Sälen entschieden als in den Parlamentsräumen der Kantone. Früher war es deshalb berechtigt, den Bund ein bisschen vor den Kantonen zu schützen. Heute müsste es genau umgekehrt sein. Faktisch müssen die Kantone nämlich Kompetenzüberschreitungen in Gesetzen hinnehmen. Das kann nicht befriedigend sein, vor allem nicht in der Kammer der Kantone.

Nun wird behauptet – und Kollege Fässler der Ältere hat es auch vorhin getan –, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit inkompatibel mit unserem System sei. Dabei wird aber verkannt, dass erstens sämtliche kantonalen Erlasse der Verfassungsgerichtsbarkeit unterstehen. Dies hat nicht zu demokratischen Problemen geführt, ansonsten müssten Sie mir das sagen. Vielmehr diente es, wenn es einmal relevant war, dem Schutz der Bürgerinnen und Bürger.

Was in den Kantonen funktioniert, soll beim Bund plötzlich undemokratisch sein. Ich frage Sie, weshalb das so sein soll. Kollege Fässler hat geschildert, dass es bei Verfassungsfragen komplizierte Auslegungen gibt, Für und Wider, dass Verfassungsbestimmungen nicht immer so klar sind. Ist das in Bezug auf die Verfassungsgerichtsbarkeit bei den Kantonen denn nicht der Fall? Sie haben dort genau auch diese Fragen, die Sie klären müssen.

Zweitens sind über die EMRK sowieso die dort garantierten Grundrechte geschützt. Grundrechtsverletzungen können Sie mit einem Gang nach Strassburg rügen – diesen Gang müssen Sie aber zuerst noch tun –, ohne dass dabei unser Staat aus den Fugen gerät. Aber, und das ist auch wichtig, nicht alle Grundrechte sind durch die EMRK und damit durch den EGMR und, vorgelagert, das Bundesgericht geschützt. Die Eigentumsfreiheit zum Beispiel ist es nicht. Es erstaunt doch, dass dieses Grundrecht weniger Schutz geniessen soll, als andere Rechte es tun.

Wie würden wir die Verfassungsgerichtsbarkeit ausgestalten? Wohl nicht so, dass zum Beispiel Parteien nach einer verlorenen Abstimmung sagen könnten: Gehen wir halt vor Gericht. Das wäre nicht die Art von Verfassungsgerichtsbarkeit, die mir notwendig scheint, und, so glaube ich, auch nicht die, die Kollege Engler will. Nein, es müsste um konkrete Anwendungsfälle gehen, bei denen ein betroffener Bürger oder eine betroffene Bürgerin mit einer Gesetzesanwendung konfrontiert ist, die seine oder ihre verfassungsmässigen Rechte



## AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL

Ständerat • Herbstsession 2022 • Erste Sitzung • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690  
Conseil des Etats • Session d'automne 2022 • Première séance • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690



verletzt. Was hat es mit unserem demokratischen Prozess zu tun, dieser Person den Rechtsschutz zu verwehren? Ich sage es nochmals: Vielleicht haben wir beim Erlass des Gesetzes gar nicht an diesen konkreten Fall denken können.

Mein Fazit ist klar: Der junge Fässler hatte recht. Er rückte zu Recht den Schutz des Einzelnen vor dem Staat ins Zentrum seiner Argumentation und sah die Grenzen der Bundesversammlung. Heute ist er da ein bisschen grosszügiger geworden. Tatsache ist aber auch, dass wir die Verfassung, die wir mit Volk und Ständen immer und immer wieder gestalten, nicht zu fürchten brauchen, und genau deshalb brauchen wir auch ein Verfassungsgericht nicht zu fürchten. Mit den richtigen Rahmenbedingungen wird es die Arbeit so machen, dass es die Anwendung im Einzelfall prüft und damit im Einzelfall die Rolle des Gesetzgebers mit einer anderen Sicht ergänzt und nicht korrigiert.

Lassen Sie uns deshalb heute Ja zu den Motionen sagen, damit wir dann über eine konkrete Vorlage und die konkrete Ausgestaltung diskutieren können. Sie müssen heute nicht alle Feuer und Flamme sein, aber ermöglichen Sie es, diese Diskussion zu führen, und ermöglichen Sie dem Bundesrat, einen Gesetzentwurf zu unterbreiten, der den Bedenken Rechnung trägt, aber die Rechte der Bürgerinnen und Bürger mehr schützt als heute.

Ich danke Ihnen für die Aufmerksamkeit und für Ihre Zustimmung.

AB 2022 S 656 / BO 2022 E 656

**Präsident** (Hefti Thomas, Präsident): Herr Engler, Sie können sich nun noch zu Ihrer Motion äussern.

**Engler Stefan** (M-E, GR): Ich werde mich, nachdem Kollege Zopfi die wesentlichen Argumente hier vorgetragen hat, kurzhalten können.

Zum Demokratieprinzip: Wer für die Verfassungsgerichtsbarkeit ist, ist nicht gegen die Demokratie; er ist, das hatte der junge Fässler auch so gesehen, für die Demokratie. Denn die Verfassungsgerichtsbarkeit schützt die Verfassung und damit den Souverän und auch die Kantone vor dem einfachen Volksmehr. Vornehmste Aufgabe des Staates muss doch der Schutz der Freiheit der Bürgerinnen und Bürger sein. Darin liegt der Kern des Rechtsstaates. Das System der rechtsstaatlichen Demokratie besteht nicht nur aus dem Mehrheitsprinzip, es besteht im Wesentlichen auch aus dem individuellen Freiheitsschutz. Wenn wir uns nicht mehr an die Verfassung gebunden fühlen, dann fühlen wir uns auch nicht mehr an die direkte Demokratie gebunden.

Versetzen Sie sich in die Lage der Bürgerin und des Bürgers. Dürfen diese nicht zu Recht die Erwartung haben, in ihren verfassungsmässigen Rechten, das heisst in ihrer Freiheit, geschützt zu werden? Die Verfassung will schliesslich den Bürger vor dem Staat schützen, nicht die Institutionen, sprich den Parlamentarismus, vor den Bürgerinnen und Bürgern. Der Rechtsstaat bedarf der Rechtskontrolle. Viele von Ihnen waren vor Ihrer Zeit im Ständerat Regierungsrätinnen oder Regierungsräte und haben in dieser Funktion den Autonomiebereich der Kantone zu verteidigen versucht, allerdings mit stumpfen Waffen. Die Verfassungsgerichtsbarkeit gibt den Kantonen ein wirksames Instrument in die Hände, um den übergriffigen Bundesgesetzgeber in die Schranken zu weisen.

Schliesslich möchte ich noch Folgendes sagen: Verfassungswidrige Gesetze gibt es nicht nur in der Theorie. Die verfassungswidrige steuerliche Diskriminierung der Zweiverdiener-Ehepaare gegenüber den gleich situier-ten Konkubinatspaaren ist ein Beispiel dafür. Auf kantonaler Ebene konnte diese Diskriminierung nur deshalb beseitigt werden, weil die Verfassungsgerichtsbarkeit es zulässt, dass kantonale Gesetze überprüft werden. Auch im Zusammenhang mit der Umsetzung von Initiativen kommt immer wieder die Frage auf, ob der Gesetzgeber sich da wirklich an die Verfassung gehalten hat.

Noch ein Wort zum Richterstaat-Argument: Ich halte das für eine unbegründete Angstmacherei. Das zeigt die Erfahrung mit der Überprüfung kantonaler Gesetze. Die Rechtskontrolle als Hauptsicherung der Rechtsstaatlichkeit bezweckt keine rechtspolitischen Weichenstellungen, nur Gerechtigkeit im Einzelfall.

Durch die Einschränkung auf die konkrete Normenkontrolle würde der Einfluss nicht so gross. Der Gesetzgeber könnte auch nicht zurückgepfiffen werden, wenn ein richterliches Verdikt die Anwendung eines Gesetzes nur im besagten Einzelfall verbietet.

Ich bitte Sie also somit auch, diesen Motionen zuzustimmen, und räume in Anlehnung an den jüngeren und den älteren Fässler gerne ein, dass der jüngere Engler die Sache vor zehn Jahren noch anders gewichtet hat. Der ältere Engler beurteilt sie aber reifer.

**Minder Thomas** (V, SH): Die Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit – Sie haben es gehört – war bereits vor elf Jahren, als ich in diesen Rat kam, ein umstrittenes Thema. Ich war damals bei diesem Ansinnen stark hin- und hergerissen, und ich bin es noch heute.



## AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL

Ständerat • Herbstsession 2022 • Erste Sitzung • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690  
Conseil des Etats • Session d'automne 2022 • Première séance • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690



Auf der einen Seite gibt es gute Argumente dafür, gerade angesichts der Corona-Zeit mit all den vielen bundesrätlichen Notverordnungen. Hier besteht tatsächlich, da muss man nicht einmal Massnahmenkritiker sein, ein inhärentes Rechtsschutzdefizit. All die Corona-Verordnungen, vom Bundesrat im Wochenrhythmus erlassen, sind nämlich nicht direkt anwendbar. Man kann höchstens einzelne konkrete Artikel daraus im Rahmen eines Verwaltungs- oder Strafverfahrens anfechten. Dazu muss man aber zuerst einmal eine Busse oder eine andere Verzeigung oder eine Verfügung provozieren, was es ja auch nicht sein kann. Ich habe eine gewisse Sympathie für das Anliegen, die Verfassungsgerichtsbarkeit auf die Noterlasse und die bundesrätlichen Notverordnungen auszudehnen.

Auf der anderen Seite kann man argumentieren, dass gerade in der direkten Demokratie das Volk das letzte Wort hat und daher die Verfassungsgerichtsbarkeit ein unnötiges Element, ja geradezu ein Fremdkörper im Gesetzgebungsprozess ist. Wir sehen in Deutschland und Frankreich, wohin eine exzessive Gerichtsbarkeit führen kann. Dort werden fundamentale gesellschaftspolitische Fragen von einem kleinen Richtergremium mit 7-zu-6-Entscheiden geklärt. Das möchte ich nicht, das passt nicht zum schweizerischen Polit- und Rechtssystem. Bei uns wäre es gar, das wissen Sie, ein 3-zu-2-Entscheid.

Schauen wir aktuell in die USA, wo der Supreme Court daran ist, nach Jahrzehnten das Abtreibungsrecht markant zu verschärfen; dies rein deshalb, weil der Supreme Court nach der Präsidentschaft von Trump eine konservative Mehrheit aufweist. Die daraus resultierenden Unruhen und Demonstrationen sind uns nicht entgangen. US-Richter haben die Demokratie geradezu ausgehebelt. Ein starkes Argument gegen die Verfassungsgerichtsbarkeit sind daher die partei- und machtpolitischen Positionen im Justizapparat selbst.

2012 ist die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit gescheitert. Gesetze haben in der Schweiz im Gegensatz zu allen anderen Staaten mit Verfassungsgerichtsbarkeit eine direkt-demokratische Legitimation. Es wäre daher hochproblematisch, wenn mit einem 3-zu-2-Entscheid aus Lausanne ein Bundesgesetz gekippt würde, zum Beispiel eines, das in einer Volksabstimmung mit 1,5 Millionen Ja-Stimmen zu 500 000 Nein-Stimmen, also mit 75 Prozent Ja-Stimmen, angenommen wurde.

Der bundesrätliche Alleingang mit all den vielen Notverordnungen – ich habe es erwähnt –, mit starkem Eingriff in die Freiheiten der Bürger und der Wirtschaft, wäre indessen ein starkes Indiz dafür, dass der Verfassungsgerichtsbarkeit zuzustimmen ist. Hinzu kommt die Nichtumsetzung oder die nicht wortgetreue Umsetzung von Volksinitiativen. Ich erwähne als Paradebeispiel die von Volk und Ständen angenommene Masseneinwanderungs-Initiative. Da wäre die Verfassungsgerichtsbarkeit mehr als angebracht gewesen. Da hat das Parlament die Verfassung aufs Ärgste verletzt. Das Volk und die Stände wollten die viel zu starke Zuwanderung mit Kontingenzen korrigieren und von der Personenfreizügigkeit wegkommen. Heute ist bekanntlich das Parlament Hüter der Verfassung. Bei der Masseneinwanderungs-Initiative hat das Parlament diese Verantwortung aber aufs Gröbste verletzt und politische Argumente und eine politische Beurteilung höher gewichtet als eine rechtliche. Es gibt natürlich noch weitere Beispiele, und auch die kennen Sie. So bestand seit 1945 ein Verfassungsauftrag zur Absicherung der Frauen bei der Mutterschaft. Doch erst sechzig Jahre später wurde die Mutterschaftsversicherung effektiv umgesetzt. In solchen Fällen wäre vielleicht ein Eingreifen einer unabhängigen Instanz, der Judikative, hilfreich und heilend gewesen.

Man kann es auslegen, wie man will. Ich bin nicht wie mein Vorredner bei 5 zu 5. Aber man kann dafür oder dagegen argumentieren. Ich bin bei diesem Thema wirklich hin- und hergerissen. Es gibt für beide Positionen gute Gründe. Vielleicht ist hier die Stimmenthaltung für einmal das Richtige.

**Caroni Andrea (RL, AR):** Nach der Offenlegung der Jugendsünden von Fässler dem Jüngeren und Engler dem Jüngeren teile ich Ihnen gerne mit, dass Caroni der Jüngere, der vor zehn Jahren ebenfalls in diesem Haus über dieses Thema befinden durfte, deckungsgleich mit Caroni dem noch etwas Jungen ist. Warum? Erstens ist Artikel 190 der Bundesverfassung eine Anomalie. Wenn man sagt, verfassungswidrige Gesetze seien anzuwenden, liegt der Sonderfall, die begründungspflichtige Anomalie, vor. Was die Motionäre fordern, wäre eigentlich der Normalzustand.

Der zweite Punkt, wir haben es schon gehört, ist folgender: Die Schweiz hat eine Verfassungsgerichtsbarkeit. Es geht

AB 2022 S 657 / BO 2022 E 657

nicht mehr um das Dafür und Dawider, sondern um eine Ausdehnung. Sie wird gegenüber Bundesratsverordnungen, kantonalen Gesetzen und vor allem Bundesgesetzen angewandt – allerdings nur dort, wo uns das Völkerrecht dazu zwingt. Für einen souveränen Rechtsstaat ist es eine etwas seltsame Grundhaltung, zu sagen, dass wir die Verfassungsgerichtsbarkeit anwenden, aber nur dort, wo wir die Pistole des EGMR an der Brust haben. Ein konsequenter, ein selbstbewusster Schutz der Verfassung würde dafür sprechen, das für alle



## AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL

Ständerat • Herbstsession 2022 • Erste Sitzung • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690  
Conseil des Etats • Session d'automne 2022 • Première séance • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690



Grundrechte und anderen Verfassungsgrundsätze zu tun.

Das wäre nicht nur ein Gewinn für die Grundrechte, sondern – das hat Engler der Ältere ausgeführt – auch ein Gewinn für den Föderalismus. Im Jahr 2014 habe ich, von der KdK inspiriert, eine entsprechende Motion eingereicht. Die KdK wünschte sich die Möglichkeit, das Bundesgericht anzurufen, wenn das Parlament überbordet und in die kantonalen Gärten "trampt". Ich habe die Motion lanciert, aber damals war ich als Caroni der Mitteljunge im Nationalrat. Dort war das Sensorium für die kantonalen Wünsche etwas weniger ausgeprägt. Heute ist das Anliegen zum Glück hier im Ständerat wieder auf dem Tisch.

Eine Ausweitung der Verfassungsgerichtsbarkeit wäre ein Gewinn für Rechtsstaat und Föderalismus, ohne ein Nachteil für den demokratischen Prozess zu sein. Es wurde ja eingewandt, dass demokratisch erlassene Gesetze im Falle einer Ausweitung vor richterlichem Übergriff geschützt werden müssten. In den USA, Herr Minder, sähe ich das anders; in der Schweizer Justiztradition jedoch hätten unsere Richter und Richterinnen die nötige Zurückhaltung. Sie stehen nicht im Verdacht, allzu übergriffig zu sein.

Wir müssen uns auch kurz die Ausgestaltung anschauen. Herr Engler hat zwar gesagt, das wäre für später. Für die Entscheidung war es mir aber wichtig, zu überlegen, wie die Ausgestaltung aussähe. Drei Punkte wären für mich wichtig, sie würden einem auch etwas die Angst vor diesem Wechsel nehmen:

1. Ich glaube, es müsste eine konkrete Normenkontrolle sein. Es sollte nicht so sein, dass wir ein Gesetz erlassen und am nächsten Tag jemand das ganze Gesetz anficht, es "challenget", denn dann hätten wir eine abstrakte Normenkontrolle wie in Frankreich. Vielmehr müsste sich ein Einzelfall ergeben, bei dem man merkt, dass es da eine Reibungsfläche gibt, und da würde das Bundesgericht konkret eingreifen.

2. Stichwort Bundesgericht: Ich glaube, es müsste auch eine konzentrierte Kontrolle sein, also nicht so, dass das Bezirksgericht Bülach oder das Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden oder irgendeine subalterne eidgenössische Verwaltungsinstanz entscheiden würde. Die Kontrolle müsste wahrscheinlich beim Bundesgericht konzentriert sein. Dann wären wir auf der höchsten Staatsebene.

3. Betreffend die Ausgestaltung innerhalb des Bundesgerichts wäre ich schon auch nicht zwingend der Meinung, dass drei Richter zwei andere überstimmen können sollen, und das war's dann. Ich stelle mir vor, dass man beim Bundesgericht wie auch anderswo ein Verfahren schafft, das eine hohe Legitimität gewährleistet. Heute gibt es eine Bestimmung im Bundesgerichtsgesetz, die festhält, dass eine Abteilungskonferenz darüber entscheiden muss, wenn das Bundesgericht ein neues Präjudiz erlässt oder wenn es eine grundsätzliche Rechtsprechung ändert will. Ich stelle mir ein hochrangiges Organ innerhalb des Bundesgerichts vor.

Gestaltet man die Verfassungsgerichtsbarkeit so aus, dann ergibt sich – und das ist mein letzter Punkt – eigentlich ein Dialog zwischen den Gewalten. Dann muss man gar nicht darüber streiten, wer jetzt im Auslegen der Verfassung besser ist. Dann beginnt es mit dem Souverän, der die Verfassung erlässt; das Parlament konkretisiert sie zweitens, aber generell-abstrakt – Herr Zopfi hat es gesagt, wir regeln da noch nicht den Einzelfall –; das Gericht stellt drittens im Einzelfall fest, dass es ein Problem gibt, und versagt dem Gesetz auch nur im Einzelfall die Anwendung. Es hebt das Gesetz nicht auf; es pulvriert unser schönes Gesetz nicht, aber es sagt: Bei dieser Konstellation, bei diesem Fall gibt es ein Verfassungsproblem. Dann kommt das Entscheidende. Es ist, wie Herr Minder gesagt hat, anders als in den USA. Als vierter und letzter Schritt kommt wieder der Gesetzgeber, der das Gesetz korrigiert, oder der Souverän, der das Gericht übersteuert. Das geht in den USA nicht; mit dem dortigen System würde ich die Verfassungsgerichtsbarkeit auch nicht wollen. Aber bei uns hätte der Souverän auch dann das letzte Wort.

Um diese Abfolge des Dialogs zwischen den Gewalten zu gewährleisten, bitte ich Sie, diese Motionen anzunehmen.

**Jositsch** Daniel (S, ZH): Der heute viel zitierte Herr Fässler hat gesagt, das Recht sei keine exakte Wissenschaft. Ich wäre der Letzte, der ihm da widersprechen würde. Aber wenn das eine der wesentlichen Begründungen sein sollte, warum Sie gegen den Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit sind, müssten Sie eigentlich für die Abschaffung unseres Rechtsstaates sein. Denn dieses Problem stellt sich immer. Jedes Gesetz, das von Juristinnen und Juristen interpretiert wird, wird halt nach bestem Wissen und Gewissen interpretiert. Aber man kann da mit Fug und Recht anderer Meinung sein, wie Sie ja bestens wissen. Das macht ja eigentlich auch unseren Beruf aus. Gott sei Dank können wir nicht einfach so von einem Computer ersetzt werden. Auch künstliche Intelligenz hilft da, mindestens bis heute, noch nicht weiter.

Die Frage ist doch einfach die, die Herr Caroni auch angesprochen hat: Warum um Himmels willen sollte an einem einzigen Punkt im Aufbau unseres Rechtsstaates keine Kontrolle stattfinden? Das hat mir noch nie eingeleuchtet, schon als Student habe ich das nicht verstanden. Der Grundgedanke, mit dem man das so konzipierte, als man unseren modernen Rechtsstaat schuf, ist der folgende: Man sagte, dieser Teil werde durch das Volk via Referendum kontrolliert. Deshalb wurde er der Verfassungsgerichtsbarkeit entzogen. Dem



## AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL

Ständerat • Herbstsession 2022 • Erste Sitzung • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690  
Conseil des Etats • Session d'automne 2022 • Première séance • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690



liegt aber ein Denkfehler zugrunde. Natürlich kann man gegen ein Bundesgesetz das Referendum ergreifen. Es gibt hier aber zwei Probleme.

Das eine Problem ist, dass das Referendum ein politisches Mittel ist. Man muss 50 000 Unterschriften sammeln. Das kann bekanntlich nicht jeder machen. Das machen politische Parteien, das machen Verbände. Damit kann dann ein Gesetz quasi politisch überprüft werden. Für den einzelnen Bürger ist das nicht möglich. Er muss deshalb die Möglichkeit haben, ein rechtliches Mittel zu ergreifen. Er muss die Möglichkeit haben, einen Richter anzurufen und zu sagen: Was das Parlament da gemacht hat, ist nicht in Ordnung.

Dann gibt es noch einen zweiten Punkt. Es geht ja auch darum, dass Gesetze hier in diesem Haus gemacht werden – wir sind die Gesetzgeber –, dass sie vom Bundesrat und der Verwaltung angewendet und von einer dritten, unabhängigen Instanz wiederum überprüft werden. Wenn das wegfällt, dann fällt auch die Kontrolle weg, die in einem Rechtsstaat generell vorhanden sein muss. Natürlich ist dieses System nicht fehlerfrei, egal, wer das Gesetz überprüft. Aber das Wichtige ist, dass in einem demokratischen Rechtsstaat eine Überprüfungs möglichkeit durch eine unabhängige Instanz besteht. Sie haben die Fälle ja schon erwähnt. Gerade in den letzten Jahren – das ist mir immer mehr aufgefallen – hat sich das Fehlen einer Verfassungsgerichtsbarkeit immer stärker ausgewirkt.

Sie, Herr Minder, haben verschiedene Initiativen erwähnt. Ich war gegen die Masseneinwanderungs-Initiative, ich war fundamental dagegen und habe dagegen gekämpft, aber verloren. Es tat mir jedoch weh, als ich sah, wie wir diese Bestimmung mit Füssen traten, indem wir eine Umsetzung machten, die – Hand aufs Herz, und das ist jetzt ausserhalb juristischer Interpretationsweisen – nicht einer wirklichen Umsetzung entsprach. Und es gab überhaupt keine Möglichkeit, irgendetwas dagegen zu machen. Den Effekt sehen Sie heute bei praktisch jeder Volksinitiative. Im Abstimmungskampf sagen die einen: "Ich stimme zu, ich möchte mal ein Zeichen setzen." Wenn man sagt: "Aber das ist dann die Verfassung", sagen die Leute: "Das Parlament wird damit schon nicht Ernst machen, die werden das schon nicht eins zu eins umsetzen, das wissen wir ja." Und die Initianten verstecken sich dahinter. Wenn Sie eine Initiative kritisieren und sagen, da habe es Fehler drin, dann sagen sie: "Jaja, wir haben das schon gesehen, aber das Parlament kann es ja bekanntlich korrigieren." Das heißt, durch diesen Mechanismus werden

AB 2022 S 658 / BO 2022 E 658

diese Instrumente gar nicht mehr wirklich ernst genommen, weil man das Gefühl hat, man könne es ja dann einfach korrigieren. Aber dafür gibt es eben keine Verfassungsgerichtsbarkeit.

Der Hauptgrund aber, warum ich vehement für die Verfassungsgerichtsbarkeit bin, ist ein ganz anderer: der Minderheitenschutz. Das Referendum ist ein Instrument, bei dem die Mehrheit über die Minderheit entscheidet. Es gibt aber gewisse Grundrechte, die absolut und unabhängig von einer Mehrheit geschützt werden müssen. Sie erinnern sich: Vor ein paar Jahren begann jemand, Unterschriften für die Wiedereinführung der Todesstrafe zu sammeln. Er zog die Initiative dann glücklicherweise zurück. Aber Sie wissen genau: Wenn ein Monat vor einer solchen Abstimmung irgendein Unglück geschieht und eine Pfadiführerin umgebracht wird – das ist damals passiert –, dann haben solche Instrumente das Potenzial, mehrheitsfähig zu sein. Wir haben verschiedenste Initiativen gesehen, die wenig sinnvoll waren und trotzdem Mehrheiten fanden. Die Minderheit muss sich auch gegen eine Mehrheit schützen können, die sich vergaloppiert. Die Demokratie ist nicht per se und zu hundert Prozent immer jene Politform, die die richtigen Ergebnisse bringt. Der Grundrechtsschutz in der Verfassung steht mir als Bürger unabhängig von der Mehrheit zu, und dieses Recht muss ich auch erkämpfen können.

Vielleicht noch ein Punkt, und das ist der letzte, den ich erwähnen möchte: Herr Zopfi hat zu Recht gesagt, dass wir nicht unfehlbar sind. Natürlich haben wir das Gefühl, in der heutigen Zeit brauchten wir den Schutz des Gerichtes nicht, um uns vor einem fehl- oder irregeleiteten Parlament zu schützen. Aber es ist wie mit dem Feuerlöscher: Sie brauchen ihn eigentlich nie, und trotzdem montieren Sie ihn nicht ab – für den Fall der Fälle. Es kann eben sein, dass man einmal den Richter braucht, um sich vor einem fehlgeleiteten Parlament zu schützen. Für diesen Notfall braucht es eben solche Instrumente.

Ich war vor zehn Jahren auch schon hier mit dabei und stellte mit Enttäuschung fest, dass wir es nicht fertig-brachten, Verfassungsgerichtsbarkeit zu schaffen oder sie auszubauen. Ich hoffe, dass es bei diesem weiteren Anlauf funktioniert.

**Stöckli Hans (S, BE):** Es ist tatsächlich nicht das erste Mal, dass ich im Bundesparlament – im Nationalrat oder im Ständerat – über das Thema der Verfassungsgerichtsbarkeit sprechen kann. Aber ich denke, es ist das letzte Mal. Deshalb habe ich auch noch das Wort beansprucht.

Es gibt eigentlich drei Hauptgründe, weshalb ich nach wie vor für die Verfassungsgerichtsbarkeit bin. Ich werde



## AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL

Ständerat • Herbstsession 2022 • Erste Sitzung • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690  
Conseil des Etats • Session d'automne 2022 • Première séance • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690



dann sagen, wo ich mich entwickelt habe.

1. Mit der Ratifizierung der EMRK hat sich die Rechtslage in der Schweiz erheblich verändert. Heute muss bei einem grossen Teil der Fälle, die ans Bundesgericht gelangen – ein Bundesrichter hat einmal gesagt, bei einem Drittel –, diesem Aspekt Rechnung getragen werden, indem das Bundesgericht von sich aus vorfrageweise prüft, ob ein Bundesgesetz allenfalls die Grundrechte gemäss EMRK verletzt. Diese Kontrolle macht das Bundesgericht, um zu verhindern, dass die Schweiz in einem späteren Verfahren in Strassburg gerügt wird und, gestützt auf Artikel 122 des Bundesgerichtsgesetzes, den notabene der damalige Bundesrat Blocher dem Parlament vorgelegt hatte, gezwungen ist, die entsprechende Norm im Bundesrecht zu revidieren.

Die Entscheide aus Strassburg können zur Folge haben, dass wir Bundesrecht revidieren müssen, wenn es der EMRK widerspricht. Das gilt aber, wie schon ausgeführt wurde, nicht für alle Rechte. Erwähnt wurden die Wirtschaftsfreiheit, die Eigentumsgarantie, das Recht auf Gleichbehandlung und das Willkürverbot. Das führt dazu, dass wir mit dieser Praxis zwei unterschiedliche Klassen von Grundrechten haben: solche, bei denen das Bundesgericht die Verfassungsmässigkeit prüft, und solche, bei denen das Bundesgericht gemäss Artikel 190 der Bundesverfassung die Verfassungsmässigkeit nicht prüfen bzw. keine Sanktionen aussprechen kann. Ich denke, das ist vom Gesetzgeber und vom Verfassunggeber nicht gewollt.

2. Dieser Grund gehört zum gleichen Kapitel. Die Motionäre haben auch die Frage des Föderalismus in den Fokus gestellt. Auch die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, die ebenfalls in der Verfassung steht, kann nicht überprüft werden. Der junge Stöckli schrieb zusammen mit seinem Kollegen Grüninger in der "NZZ": "Trotz dem gut funktionierenden System spricht in der Schweiz insbesondere der Föderalismus für einen Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit. Der Schutz der bundesverfassungsrechtlich normierten Kompetenzaufteilung ist lückenhaft. Während Revisionen der Bundesverfassung ein Ständemehr voraussetzen, reicht für die Bestätigung von Bundesgesetzen an der Urne ein reines Volksmehr. Demzufolge ist es denkbar, dass in einer Referendumsabstimmung mittels eines reinen Volksmehrs ein Bundesgesetz bestätigt wird, das auch von den Ständen angenommenes Bundesverfassungsrecht verletzt." Das heisst, wir haben ein Problem mit dem föderalistischen System in unserem Land. Diese beiden Motionen können da einen Beitrag leisten.

3. Ein Argument, das auch schon erwähnt wurde, ist die präventive Folge für unsere Gesetzgebungsarbeit. Auch ich teile die Meinung von Kollege Jositsch, dass die Umsetzung der Masseneinwanderungs-Initiative keine Sternstunde des Parlamentes war. Jetzt ist beispielsweise die Initiative "Kinder ohne Tabak" in der Umsetzung. Wer garantiert mir, dass das Parlament die Initiative so umsetzt, wie es der Initiativtext verlangt? Mit einem gewissen Korrektiv, einer präventiven Kontrolle, wird sich das Parlament bewusst sein, dass bei der Gesetzgebung eben auch die Verfassung einzuhalten ist.

Ich teile die Meinung von Herrn Caroni: Wir müssen nicht eine abstrakte Normenkontrolle einführen. Das war schon vor zehn Jahren meine Ansicht. Aber ich habe mich entwickelt: Ich war damals noch für eine diffuse Rechtskontrolle. Inzwischen denke ich, die konzentrierte Rechtskontrolle ist die richtige, auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass in den Kompetenzen des Bundesgerichtes diesbezüglich viele Ressourcen vorhanden sind. Ich war ja auch Richter – vor dreissig Jahren. Ich habe mir vorgestellt, wie es gewesen wäre, wenn ich als Einzelrichter von Biel plötzlich entschieden hätte: Dieses Gesetz verstösst gegen die Verfassung, ich wende es nicht an. Ich denke, das diffuse System hätte das verlangt. Wenn ein Einzelrichter die Meinung gehabt hätte, ein Gesetz sei verfassungswidrig, dann hätte er das von sich aus gemacht.

Ich denke, das ist in unserem System nicht angebracht. Deshalb brauchen wir eine klare Konzentration auf das Bundesgericht. Um wieder den Einzelrichter von Biel anzuführen: Wenn dieser damals das Gefühl gehabt hätte, dass ein Bundesgesetz verfassungswidrig sei, dann hätte er allenfalls in einem Vorlageverfahren an die Oberinstanz oder an das Bundesgericht gelangen können, um diese Frage vorfrageweise zu entscheiden. Wenn wir jetzt die konzentrierte Rechtskontrolle einführen würden, wäre aber, gestützt auf die Verfassungsgerichtsbarkeit, auf diesen bescheidenen Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit, sicher nicht jedes Gericht in unserem Land verpflichtet, dies zu tun.

Wie Sie hören, habe ich mich in meiner Überzeugung für die Verfassungsgerichtsbarkeit nur sehr wenig entwickelt, lediglich von der diffusen zur konzentrierten Rechtskontrolle.

Ich danke Ihnen, wenn Sie die Motionen unterstützen.

**Sommaruga Carlo (S, GE):** Je fais partie de ceux qui ont changé d'opinion entre leur jeunesse et aujourd'hui. Je ne suis pas M. Engler, mais plutôt notre collègue Fässler. En effet, il y a dix ans, en 2011 et 2012, lorsque les deux initiatives parlementaires sur l'abrogation de l'article 190 de la Constitution étaient traitées, j'étais rapporteur de la Commission des affaires juridiques du Conseil national. Dans un deuxième temps j'ai été également porte-parole du groupe parlementaire auquel j'appartiens.

Aujourd'hui, après réflexion, je pense qu'il y a lieu de changer d'opinion et qu'il n'y a pas de nécessité de



## AMTЛИCHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL

Ständerat • Herbstsession 2022 • Erste Sitzung • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690  
Conseil des Etats • Session d'automne 2022 • Première séance • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690



modifier la situation institutionnelle. Un certain nombre d'évènements se sont passés, qui m'ont amené à faire évoluer ma réflexion et à considérer autrement des arguments évoqués aujourd'hui qui me posent problème.

AB 2022 S 659 / BO 2022 E 659

D'abord, il y a eu la fameuse affaire Perinçek. Dans ce dossier, la Cour européenne des droits de l'homme a dit au Tribunal fédéral qu'il s'était trompé dans l'appréciation de l'application des droits fondamentaux; il était là question du droit à la liberté d'expression. Puis il y a eu une autre décision fort intéressante qui a été prise, c'est celle du Tribunal fédéral du 26 novembre 2015 au sujet des relations entre l'article 121a et la libre circulation des personnes. Le Tribunal fédéral a rappelé que l'article 121a de la Constitution adopté par le peuple ne pouvait pas déroger à des accords internationaux. En d'autres termes, il a aussi pris des décisions de nature constitutionnelle quand bien même il n'avait pas de compétence en cette matière.

Un argument souvent invoqué et développé par M. Zopfi est celui de la lacune dans notre Constitution. Je dois vous dire que je suis arrivé à la conclusion qu'il n'y a pas de lacune dans la Constitution. La situation actuelle n'est pas celle de 1874 où les lois cantonales prédominaient. Aujourd'hui, ce sont plutôt les lois fédérales qui sont nettement plus nombreuses.

Ceci dit, le débat sur cette question a déjà eu lieu en 1999 et en 2012. En d'autres termes, ce n'est pas à 1874 qu'il faut se référer, mais au dernier débat politique que nous avons eu. Or, aucun fait nouveau depuis 1999, et encore moins depuis 2012, ne justifie de rouvrir le dossier sur cette question.

Ensuite, ce qui m'a fait changer d'opinion, c'est que j'ai relu tous les travaux parlementaires depuis 2012, et j'avoue que j'ai été fortement frappé par l'argument développé par Paul Rechsteiner, selon lequel les pères fondateurs de la Suisse moderne, dans le but de contrebalancer et de limiter le pouvoir législatif, ont choisi de manière délibérée l'institution du référendum populaire plutôt que d'opter pour une cour constitutionnelle, comme le prévoyait le modèle américain, dont ils se sont inspirés.

Je pense d'ailleurs qu'il faut réaffirmer que notre système, aujourd'hui, fonctionne bien, sans accroc. A l'inverse, on peut se demander – cela a été rappelé par M. Minder – ce qu'il en est de la Cour constitutionnelle américaine, qui par un certain nombre de décisions crée de nouveaux champs juridiques, ce qui donne lieu ensuite à des tensions sociales extrêmement fortes. Notre système, quant à lui, fonctionne bien, sans accroc, et ce malgré l'amendement qui a été apporté en 1974, c'est-à-dire cent ans après l'adoption de la Constitution fédérale, à la suite de l'acceptation en votation populaire de la Convention européenne des droits de l'homme et du recours possible pour violation des droits fondamentaux. Mais ce sont les droits fondamentaux qui sont reconnus dans notre communauté de valeurs, à savoir ceux de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que le recours possible pour violation des droits à la Cour européenne des droits de l'homme, et ce aussi contre l'application de lois fédérales.

Aujourd'hui, je considère donc que, si ce n'est sur la base d'un prétexte impératif de nature purement dogmatique, il n'y a aucune nécessité pratique d'agir.

Un autre élément qui m'a aussi fait changer d'opinion, c'est un examen historique, même sur une période récente, du traitement judiciaire des lois et des règlements cantonaux par les tribunaux de droit public cantonaux qui montre que les juridictions cantonales ne sont pas abstraitements et politiquement neutres. Les tribunaux cantonaux, dont les juges sont élus, comme d'ailleurs au Tribunal fédéral, en fonction de leur appartenance politique, évoluent dans leur appréciation de la mise en œuvre du droit et des droits constitutionnels. Ces juges sont par nature sensibles au contexte politique, social et culturel cantonal. Il n'est donc pas rare que les décisions des instances de droit public cantonales soient cassées par le Tribunal fédéral, agissant de fait comme cour constitutionnelle. Ce biais peut être justement corrigé par le recours à la justice fédérale et le détachement du contexte cantonal que cela implique. Avec l'abrogation de l'article 190 de la Constitution et l'instauration d'une juridiction fédérale constitutionnelle, le biais de ce contexte politique, social et culturel national toucherait forcément les juges fédéraux. Or, dans ce cas, il n'y aurait pas de mécanisme de distanciation pour le Tribunal fédéral. De mon point de vue, il n'y a donc pas lieu de modifier le fonctionnement institutionnel. Le mécanisme de distanciation par l'instance constitutionnelle existe pour la mise en œuvre des droits fondamentaux définis dans la Convention européenne des droits de l'homme, comme je le mentionnais tout à l'heure, puisqu'il y a ce recours possible à la Cour européenne des droits de l'homme. Cela permet une appréciation plus détachée du contexte national de la mise en œuvre des droits fondamentaux, et une approche plus principielle. Je vous rappelais tout à l'heure l'argument qui concernait la décision Perinçek. Il arrive effectivement que la Cour européenne des droits de l'homme remette en cause des conclusions du Tribunal fédéral et condamne la Suisse.

J'ajoute un dernier argument concernant le fonctionnement des tribunaux. En ma qualité de membre de la sous-commission des tribunaux de la Commission de gestion depuis 2019, j'ai pris la mesure de l'enjeu du



## AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL

Ständerat • Herbstsession 2022 • Erste Sitzung • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690  
Conseil des Etats • Session d'automne 2022 • Première séance • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690



volume de travail auquel est soumis le Tribunal fédéral. D'ailleurs, le processus parlementaire pour augmenter le nombre de juges de deux unités est en cours, et cela uniquement pour le traitement sans retard des affaires découlant du droit en vigueur.

Il est évident que l'introduction d'un recours constitutionnel, quelle que soit sa forme – abstraite, concrète, diffuse ou pas –, aurait pour conséquence une augmentation significative du volume d'affaires au Tribunal fédéral et donc du nombre de juges nécessaires. Vu les réticences avec lesquelles le Parlement répond aux besoins du Tribunal fédéral, je crois qu'il est préférable, également sous l'angle du bon fonctionnement des institutions d'en rester au statu quo et d'éviter de malmener le pouvoir judiciaire.

Pour ces différentes raisons, j'ai donc changé d'opinion et je vous demande donc de rejeter les deux motions.

**Rieder Beat (M-E, VS):** Ich hatte an der Universität Bern einen Professor, einen Verfassungsrechtler, der die Studenten mit folgendem Satz empfing: "Jede Bananenrepublik hat eine Verfassung, und die meisten davon haben auch einen Verfassungsgerichtshof." Seit dieser Zeit glaube ich nicht daran, dass die Ausübung der Freiheit und der Grundrechte in diesem Lande von der Verfassung oder allenfalls von Verfassungsrichtern alleine geschützt würden.

Es gibt fast kein Land auf der Welt, das keine Verfassung hat. Die alte Sowjetunion zum Beispiel hatte die beste Verfassung der Welt, mit allen Rechten, und zusätzlich einen Verfassungsgerichtshof. Das aktuelle Russland hat eine Verfassung und einen Verfassungsgerichtshof. China hat eine Verfassung und einen Obersten Gerichtshof. Die USA haben eine Verfassung und einen Supreme Court. Das ist alles existent. Wieso kann es dann sein, dass in Russland der Präsident auf Lebenszeit regiert? Wieso kann es dann sein, dass in China der Präsident auf Lebenszeit regiert? Und wieso hat der Verfassungsgerichtshof in den USA dazu geführt, dass es ein fast zusammenbrechendes, konfliktreiches Zweiparteiensystem gibt?

Das Zauberwort ist eigentlich klar, es wurde teilweise bereits genannt: Machtkonzentration. Die zuvor genannten Verfassungen und die Verfassungsgerichtshöfe haben es nicht geschafft, eine Machtkonzentration zu verhindern. Es kommt zu einer Machtkonzentration bei einer Person, bei einer Partei, und – ich wechsle jetzt auch ins Englische – the game is over. Dann wird eine Verfassung zu einem Stück Papier, und ein Verfassungsgerichtshof wird zu einem Alibi-Puppentheater. Wenn Sie also in unserem System der austarierten Gewaltenteilung wirklich einen Verfassungsgerichtshof installieren wollen, dann müssen Sie einen Mehrwert generieren, um die Gewalten noch besser auszutarieren und eine Machtkonzentration bei der Judikative zu verhindern.

Was haben wir eigentlich in unserem System? Wir haben die direkten Volksrechte, die sowohl das Parlament wie auch den Bundesrat korrigieren. Wir haben ein Zweikammersystem mit gleichberechtigten Kammern, die sich gegenseitig kontrollieren, manchmal auch bis zum Stillstand. Das ist gut, das verhindert eine Machtkonzentration. Wir haben auch noch einen Bundesrat – diesen darf ich nicht vergessen – mit sieben Bundesräten und Bundesräten, die sich gegenseitig kontrollieren und schauen, dass keiner von ihnen zu mächtig wird. Das ist ebenfalls gut.

### AB 2022 S 660 / BO 2022 E 660

Und wir haben ein Bundesgericht. Sie, Herr Kollege Stöckli, haben es gesagt: Im Einzelfall kann dieses Gericht schon jetzt EMRK-Grundrechte anwenden und Entscheide fällen, die uns nicht gefallen. Das kann es schon jetzt! Wenn es allenfalls nicht reicht, sagt uns das Bundesgericht in einem Obiter Dictum: "Liebes Parlament, könntest du bitte diese Bestimmung abändern? Sie ist verfassungswidrig."

Ich muss Ihnen sagen: Nach den Diskussionen zu den Vorlagen "Ehe für alle" und "Fortpflanzungsmedizin" hätte ich gerne ein Verfassungsgericht gehabt. Aber das ist nicht notwendig. Der Ständerat muss nur seine Aufgabe wahrnehmen!

Das Hauptproblem, das ein Verfassungsgericht hätte, wäre nicht der Schutz der Grundrechte, sondern die Kompetenzteilung zwischen Bund und Kantonen. Dort würde wahrscheinlich der eine oder andere Entscheid gefällt. Wenn wir aber unsere Aufgabe wahrnehmen, als Vertreter der Kantone – was wir manchmal tun und manchmal etwas weniger –, dann bräuchten wir ein solches Verfassungsgericht nicht. Und wenn sich diese zwei Räte immer gegenseitig austarieren und anerkennen, dass manchmal der eine und manchmal der andere Rat nicht recht hat und vielleicht zu weit geht, dann brauchen wir ebenfalls kein Verfassungsgericht.

In diesem austarierten Staatssystem werden Sie durch ein Verfassungsgericht wahrscheinlich keinen Mehrwert erhalten, stattdessen aber eine zunehmende Entmachtung des Parlamentes durch ein solches Verfassungsgericht, das sich manchmal möglicherweise erdreistet, Entscheide zu fällen, die uns nicht gefallen.

Zum Schutz der Grundrechte dies: Weltweit waren in den letzten drei Jahren massive Einschränkungen der Grundrechte zu verzeichnen. Haben Sie sich einmal die Entscheide der betreffenden Gerichte, der Verfas-



## AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL

Ständerat • Herbstsession 2022 • Erste Sitzung • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690  
Conseil des Etats • Session d'automne 2022 • Première séance • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690



sungsgerichte, zu Gemüte geführt? Ich könnte hier nicht bestätigen, dass sich das deutsche Bundesverfassungsgericht besonders hartnäckig um den Schutz der Grundrechte der deutschen Bürgerinnen und Bürger bemüht hätte. Und ich muss Ihnen bestätigen, dass der Supreme Court, der jüngst Entscheide erlassen hat, durch die Gliedstaaten und deren Gesetze wieder korrigiert worden ist.

Den Mehrwert eines solchen Verfassungsgerichtes kann ich also momentan nicht sehen, ausser Sie würden mir diese dreizehn oder neun Superrichter bringen, die wirklich besser sind als die übrigen in der Schweiz und dann diese Triage im Einzelfall vornehmen könnten.

Ich glaube nicht, dass es diesen Mehrwert gibt, und bitte Sie, die Motionen abzulehnen, obwohl ich sehr gerne im Lager von Kollege Engler und Kollege Zopfi gewesen wäre.

**Rechsteiner Paul (S, SG):** Es ist unbestritten, dass Gesetze verfassungsmässig sein müssen. Das ist aber nicht die Frage, die sich stellt, wenn über die Abschaffung oder Umgestaltung von Artikel 190 unserer Bundesverfassung zur Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit zu entscheiden ist. Vielmehr stellt sich die Frage, wer für die Beurteilung von Bundesgesetzen zuständig ist. Nach heutiger Ordnung ist es das Parlament selber und, falls es zum Referendum kommt, am Schluss das Volk. Neu läge die Entscheidung im Streitfall nicht mehr beim Parlament, sondern beim Bundesgericht.

2012 haben wir hier drin eine substanzielle Debatte zu dieser Frage geführt. Kollege Engler, gehe ich fehl in der Annahme, dass Ihr Meinungswechsel auch damit zu tun hat, dass wir als Gesetzgeber den Entscheid über die "Ehe für alle" letztlich und definitiv gefällt haben, unter Vorbehalt des Entscheides des Volkes? Wenn das zutrifft, dann muss man sich die Frage stellen, ob es wirklich Gründe gibt, den Entscheid in einer so wichtigen gesellschaftspolitischen Frage wie der Definition der Ehe letztlich dem Bundesgericht zu übertragen.

Ähnlich stellt sich die Frage beim straflosen Schwangerschaftsabbruch, einem ebenso heiklen oder noch heikleren Thema. In den USA konnten wir beobachten, wie problematisch es ist, die letzte Entscheidung dem Verfassungsgericht, dem Supreme Court, zu übertragen statt dem Gesetzgeber und, wenn es zum Referendum kommt, dem Volk. Auch für die eben gerade via Gesetzgebung und Referendum entschiedene Frage, ob bei der Organspende die Widerspruchslösung zulässig ist oder nicht, war übrigens beispielsweise eine heikle Grundsatzentscheidung erforderlich. Wie sich gezeigt hat, war es letztlich doch ein Volksentscheid, der alle diese Wertungen erlaubt hat.

Wie schon 2012 und – ich war dabei – 1999 beim Entscheid über unsere neue Bundesverfassung ersuche ich Sie dringend, bei der bewährten institutionellen Ordnung zu bleiben und Artikel 190 der Bundesverfassung zu bestätigen. Ich nenne kurz noch drei Gründe:

1. Wir haben gegenüber Bundesgesetzen zwar keine Verfassungsgerichtsbarkeit, aber eine Menschenrechtsgerichtsbarkeit. Artikel 190 ist anlässlich der Revision der Bundesverfassung so modernisiert worden, dass die transnational verankerten Menschenrechte den Bundesgesetzen vorgehen und für das Bundesgericht verbindlich sind. Die sogenannte Selbstbestimmungs-Initiative der SVP wollte diesen Vorbehalt der Menschenrechte beseitigen. Die Schweizer Stimmbevölkerung hat das Ende 2018 – erst vor Kurzem – mit einer Zwei-Drittel-Mehrheit und mit den Stimmen aller Kantone abgelehnt und damit den heutigen Vorrang der Menschenrechte ausdrücklich bestätigt.

2. Die Schweiz ist die zweitälteste Demokratie nach den USA. Beim Zweikammersystem haben sich die Gründerväter der Schweiz 1848, in der sogenannten Stunde null, am amerikanischen Beispiel orientiert. Den genteiligen Entscheid haben sie bei der Stellung des Bundesgerichtes getroffen. In den USA steht das Verfassungsgericht über dem Gesetzgeber, mit dem Ergebnis, dass der Supreme Court das politischste Gericht der Welt ist. In der Schweiz ist es umgekehrt, wie es Kollege Fässler richtig dargestellt hat: Das Parlament ist die höchste Gewalt, unter dem Vorbehalt des Referendums, des Entscheides des Volkes. Deshalb sind die Bundesgesetze für das Bundesgericht bindend. Das Korrektiv in der Schweiz für das Parlament sind die Volksrechte.

Mit dem Vorrang der Gesetze und der Demokratie hat sich in der Schweiz das sogenannte republikanische gegenüber dem liberalen Prinzip durchgesetzt, also das Parlament als Motor des Fortschritts, wie es im 19. Jahrhundert seitens der freisinnigen Urväter im Parlament hiess. Der Inhalt der Gesetze soll politisch und nicht richterlich bestimmt werden. Es hat deshalb gute Gründe, wenn die Wirtschaftsfreiheit und die Eigentumsgarantie als gewöhnliche Verfassungsnormen in unserer institutionellen Ordnung nicht den gleichen Stellenwert haben wie die klassischen ideellen Menschenrechte. Die zentralen wirtschafts- und sozialpolitischen Entscheide sollen via Gesetz politisch und nicht richterlich getroffen werden. Ein aktuelles Beispiel dafür sind die Ausgestaltung und der Stellenwert des Service public. Die Schweiz funktioniert hier anders, auch anders als die EU mit dem Europäischen Gerichtshof.

Übrigens muss ich jetzt auch noch die Voten meiner geschätzten Kollegen Jositsch und Stöckli berichtigen:



## AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL

Ständerat • Herbstsession 2022 • Erste Sitzung • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690  
Conseil des Etats • Session d'automne 2022 • Première séance • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690



Bei der Annahme der Masseneinwanderungs-Initiative verhielt es sich nicht anders. Wir waren damals in einem Zielkonflikt, in einem Normenkonflikt. Es gab eine Verfassungsbestimmung, die viele Uneindeutigkeiten aufwies, und bilaterale Verträge, die in Kraft waren. Die Initiative verlangte keine Kündigung der Verträge zur Personenfreizügigkeit. Wir haben uns für eine völkerrechtskonforme Umsetzung der Initiative entschieden – hier im Ständerat. Der Ständerat gab den Takt an. Ein Referendum gegen diese Lösung ist nicht ergriffen worden. Stattdessen ist eine Volksinitiative lanciert worden, "Begrenzungs-Initiative" wurde sie genannt, die Eindeutigkeit schuf. Sie hätte auch die Kündigung der bilateralen Verträge zur Personenfreizügigkeit verlangt, eine eindeutige Situation. Wir haben darüber entschieden, und das Volk hat entschieden, es hat diese Initiative klar verworfen. Aber ich muss hier eindeutig und klar festhalten, dass das Parlament, ausgehend vom Ständerat, in diesem Normenkonflikt entschieden hat. Das Bundesgericht hätte nichts anderes tun können, als auch einen Entscheid in diesem Normenkonflikt zu fällen. Ich meine, es war weise, dass ein solcher Entscheid durch den Gesetzgeber getroffen wurde. Es geht um zentrale wirtschaftspolitische Fragen in diesem Land.

3. Ein letzter Hinweis: Bisher ist ein einziges Mal eine Volksinitiative für die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen im Stil dieser Motionen

AB 2022 S 661 / BO 2022 E 661

eingereicht worden. Es war in den Dreissigerjahren des letzten Jahrhunderts, als die Ligue suisse contre l'étaïsme et pour la liberté commerciale eine Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen verlangte. Diese Initiative war gegen die wirtschafts- und sozialpolitischen Gesetze des aufkommenden Leistungsstaates in der Wirtschaftskrise gerichtet, analog zu einer ähnlichen Situation mit Beschwerden beim Supreme Court gegen den New Deal in den USA. Der Supreme Court hebelte diesen damals aus. Genau das hätte auch hier geschehen sollen, wenn diese Initiative durchgekommen wäre. Sie erreichte in der Volksabstimmung aber nicht einmal 30 Prozent der Stimmen.

Ich fasse zusammen: Artikel 190 unserer Bundesverfassung ist auch heute auf der Höhe der Zeit. Er garantiert bei wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Fragen die Priorität der Gesetzgebung und der Volksrechte, sprich der Politik. Gleichzeitig ist er mit dem Vorrang der transnationalen garantierten Menschenrechte auch im internationalen Vergleich wegweisend.

Ich muss Sie somit einladen, auch die neuen Vorstöße für eine Verfassungsgerichtsbarkeit abzulehnen.

**Juillard Charles** (M-E, JU): Le titre des deux interventions qui nous sont proposées et dont nous débattons, "Consacrer le contrôle de constitutionnalité pour renforcer les droits fondamentaux, le fédéralisme et l'Etat de droit" est, il faut le reconnaître intéressant, séduisant. Mais, parce qu'il y a un "mais"... Représentant d'un canton qui a une cour constitutionnelle depuis son entrée en souveraineté en 1979, je dois vous dire qu'au début, celle-ci n'a pas été très active. Et puis, au fil du temps, elle a été très sollicitée et a souvent rendu des arrêts qui ont beaucoup fait parler d'eux parce que, presque systématiquement, la décision ou la proposition des autorités – qu'elles soient gouvernementales ou parlementaires – était cassée par des juges qui, il fallait bien le dire, faisaient quand même un peu de politique, parfois sur des questions qui n'auraient pas mérité leur attention. Par exemple, de savoir si pour une décision de non-entrée en matière en première lecture sur un texte de loi, il fallait absolument une deuxième lecture pour confirmer la non-entrée en matière. Cela a fait l'objet d'une décision de la Cour constitutionnelle du canton du Jura. Il y en a eu d'autres heureusement, mais c'est pour illustrer les risques que l'on prend à créer une cour constitutionnelle sans en limiter le pouvoir de saisine. C'est cela que visent ces deux interventions. Si, véritablement, on limitait le pouvoir de saisine d'une cour constitutionnelle aux droits fondamentaux, en l'occurrence au fédéralisme, eh bien, je pourrais certainement m'y rallier. Parce que vous m'avez souvent entendu dire qu'il fallait défendre le fédéralisme, comme le disait notre collègue Rieder – ce que l'on fait plus ou moins.

Je crois qu'il nous appartient de faire oeuvre de législateur. Alors, assumons notre rôle, assumons notre mission plutôt que de démissionner en faveur des juges, et faisons en sorte que les lois que nous adoptons respectent le droit, respectent la Constitution, et soient le moins interprétables possible.

J'ai eu la chance, durant mes études, de connaître un professeur de droit constitutionnel, par ailleurs ancien conseiller aux Etats, qui nous disait: "Au nom de qui et au nom de quoi cinq juges auraient-ils davantage raison que 246 députés?" Je crois que la réponse est vite trouvée.

Sur le plan de la procédure ensuite: imaginez-vous si nous introduisions encore une possibilité de recourir contre les lois que nous émettons?

Nous savons que le Parlement suisse n'est pas réputé pour agir dans la précipitation, c'est le moins qu'on puisse dire. Il prend le temps de faire les choses. Avec les navettes entre les chambres, il faut du temps pour élaborer une loi. Si on ajoute en plus un contrôle constitutionnel et un référendum, quand ferons-nous



## AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL

Ständerat • Herbstsession 2022 • Erste Sitzung • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690  
Conseil des Etats • Session d'automne 2022 • Première séance • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690



le contrôle constitutionnel? Avant ou après le référendum? Si on le fait après, au nom de quoi les cinq juges du Tribunal fédéral auraient-ils davantage raison que la majorité populaire qui se serait exprimée en faveur du texte de loi que le Parlement a soutenu? Sans compter que la procédure n'est pas claire non plus. Est-ce que nous allons au Tribunal administratif fédéral ou est-ce que nous allons directement au Tribunal fédéral? Si nous allons au Tribunal administratif fédéral, pourrons-nous recourir encore contre la décision auprès du Tribunal fédéral? Je n'en suis pas sûr. Les exemples que j'ai cités sur le plan du droit cantonal jurassien n'ouvriraient pas de voie de recours au Tribunal fédéral. Donc, quoi qu'il en soit, on se limite un peu à cela.

Alors, certes, le droit et la société évoluent, mais il y a eu jusqu'à présent peu de cas où notre rôle de législateur a été mis à mal et critiqué par des instances supérieures, comme la Cour européenne des droits de l'homme par exemple. Pour ma part, je suis convaincu qu'il est inutile d'ouvrir la voie à une cour constitutionnelle. Si on se limite aux droits fondamentaux et au respect du fédéralisme, cela pourra se faire. Mais on sait que lorsqu'on institue une cour, on a tendance à étendre ses pouvoirs, ses compétences et peut-être aussi, au fur et à mesure, les besoins qui sont les siens, à savoir le nombre de juges, d'appareils administratifs, le budget. Je vous prie de vraiment agir dans le bon sens, de garder nos prérogatives de parlementaires et de nous conserver l'exclusivité de faire les lois plutôt que de les déléguer à un tribunal.

**Würth** Benedikt (M-E, SG): Weil hier vorhin in verschiedenen Voten der Supreme Court als tragendes Argument vorgebracht wurde, muss ich doch nochmals deutlich machen: Der Supreme Court hat hier als Argument rein gar nichts zu suchen. Wieso? Spielen wir den Fall durch, dass ein Bundesverfassungsgericht der Schweiz eine Bestimmung in einem Gesetz kassiert, welches sogar in einer Volksabstimmung gutgeheissen worden ist. Man müsste nur die Verfassung anpassen, und das ist ein Leichtes. Sie kennen die Verfahren, das ist doch überhaupt kein Problem! Das ist der fundamentale Unterschied zur Situation in den USA und in anderen Staaten. Ja, dann machen wir eine Anpassung der Verfassung. Das kann sogar das Volk selbst über eine Initiative anstoßen – selbst das ist möglich. Was will ich damit sagen? Am Schluss ist das Volk der Souverän; das Volk ist der Souverän, nicht ein Bundesverfassungsgericht. Und dann wird sich das Bundesverfassungsgericht bei einer neuerlichen Beurteilung mit neuer Verfassungslage selbstverständlich auch wieder anders positionieren. Wenn ich mir diese Debatte anhöre, dann stelle ich fest, dass wir letztendlich gute politische Entscheidungsträger zu sein haben, dass wir unsere programmatischen Hintergründe zu berücksichtigen haben, dass wir auch noch eine verfassungskonforme Gesetzgebung zu machen haben – wir sind also, ein wenig zugespielt gesagt, Verfassungsrichterinnen und Verfassungsrichter. Wir sind auch noch die Hüterinnen und Hüter des Föderalismus, auch diesen müssen wir noch einhalten.

Ich staune einfach. Wir haben in diesem Land, und ich bin kein Befürworter dieser Entwicklung, den Kontrollapparat in verschiedenen Bereichen deutlich ausgebaut. Die Controlling-Instanzen sind nicht weniger geworden, sie haben deutlich zugenommen. Aber hier, bei dieser zentralen Frage der Gesetzgebung, sagen wir als Parlament: Nein, wir wollen unsere Macht nicht begrenzen. Darum geht es doch im Kern, um diese Entflechtung der Zuständigkeiten.

Wenn wir diesen Motionen zustimmen, dann steigen wir in ein Projekt ein. Wie scharf diese Verfassungsjustiz schlussendlich ausgestaltet wird, ist Sache dieses Prozesses. Dann können wir diese Diskussion führen. Vielleicht sagt am Ende dieses Prozesses eine Mehrheit: "Nein, das wollen wir nicht." Aber wenn wir jetzt einfach sagen: "Nein, wir steigen nicht in diesen Prozess ein, wir machen es wie unsere Urgrossväter und Urgrossmütter, das hat sich immer bewährt", dann ist das, bei Lichte betrachtet, nicht richtig. Das ist meine Überzeugung. Ich war immer für die Einführung eines Bundesverfassungsgerichts, nicht nur aus föderalistischen Überlegungen, sondern auch aus diesen grundsätzlichen Überlegungen.

Haben wir den Mut, steigen wir doch in den Prozess ein, zeigen wir auch, dass wir reformbereit sind, und hören wir auf, auf Argumente zu hören, die in diesem Saal in dieser Debatte eigentlich nichts zu suchen haben!

AB 2022 S 662 / BO 2022 E 662

**Keller-Sutter** Karin, Bundesrätin: Ich danke Ihnen für diese interessante Diskussion, die ich auch schon 2012 in diesem Saal mitverfolgen durfte, allerdings in einer anderen Rolle.

Sollen Gerichte auch Bundesgesetze und -verordnungen auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung überprüfen können und ihre Anwendung untersagen dürfen, wenn sie gegen die Verfassung verstossen? Hier geht es um eine Kernfrage unseres Staatsverständnisses. Die Frage wurde immer wieder diskutiert, einige von Ihnen haben es erwähnt: 2012 zum letzten Mal in diesem Rat, aber auch bei der Justizreform, beim NFA oder eben bei diesen parlamentarischen Initiativen.

Der Ständerat hat die Frage immer wieder gleich beantwortet. Ihre Kammer kam bisher jeweils zum Schluss,



## AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL

Ständerat • Herbstsession 2022 • Erste Sitzung • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690  
Conseil des Etats • Session d'automne 2022 • Première séance • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690



dass das bestehende System der Gewaltenteilung funktioniert und gut austariert ist und dass dieses Gleichgewicht durch die Ausweitung der Verfassungsgerichtsbarkeit gestört würde.

Der Bundesrat weist in seiner Stellungnahme darauf hin, dass in diesem gut austarierten System auch das direkt-demokratische Element stark gewichtet wird und die Kantone zudem verschiedene Möglichkeiten haben, um auf die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung hinzuwirken – nicht zuletzt über Sie, die Ständevertreterinnen und Ständevertreter. Und wenn Sie es einmal nicht tun, was machen dann die Kantone? Einige von Ihnen können sich erinnern, wir waren Kolleginnen und Kollegen: 2003 geschah es über das Kantonsreferendum gegen das damalige Steuerpaket. Das war das erste Mal seit 1874; die Kantone haben das Referendum ergriffen und auch gewonnen. Damals wurde insbesondere die Verletzung der Tarifhoheit in Steuerfragen moniert. Auch hier gibt es auf Seiten der Kantone Instrumente; das Referendum ist also nicht allein politisch motiviert.

Unabhängig davon, welche Meinung man hier vertritt, muss man sich bewusst sein, dass die Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesgesetze doch einen fundamentalen Eingriff in das seit der Gründung des Bundesstaats bewährte und in den nachfolgenden Jahrzehnten gewachsene System bedeutet. Es ist vielleicht ein Zufall, dass Ihr Ratspräsident heute mit seinen einleitenden Worten zu Beginn der Session der Gründung des Bundesstaats und der Erarbeitung der Bundesverfassung gedachte und auch den herausragenden Staatsmann Ulrich Ochsenbein gewürdigt hat. Es wäre interessant zu hören, was Ochsenbein aus heutiger Warte sagen würde. Ich kann mir nicht vorstellen, dass er es sehr viel anders beurteilen würde.

Auch der Bundesrat ist, wie Herr Würth es gesagt hat, der Meinung, dass es eine Machtfrage, ja eine Machtverschiebung ist, weg von Parlament und Volk, hin zu den Gerichten. Dabei geht es letztlich um die Frage, wer das letzte Wort haben soll: das Parlament, also Sie als Gesetzgeber, oder der Souverän.

Mehrfach wurde nun auch erwähnt, die Masseneinwanderungs-Initiative sei nicht korrekt umgesetzt worden. Ich bin froh, dass Herr Ständerat Rechsteiner darauf hingewiesen hat, dass der Gesetzgeber, die Bundesversammlung, hier eine Interessenabwägung vorzunehmen hatte. Das Volk wollte die Zuwanderung beschränken, aber wollte das Volk über diese Kontingente tatsächlich auch die Bilateralen Verträge infrage stellen? Das ist eine andere Frage.

Sie haben damals entschieden. Letztlich wurde mit der Begrenzungs-Initiative – dass es diese Initiative gab, war sehr gut – die Frage der Personenfreizügigkeit direkt gestellt, worauf das Volk der Personenfreizügigkeit am Ende Rückhalt verlieh. Eigentlich kann man auch sagen, dass damit die Frage der Masseneinwanderungs-Initiative nochmals entschieden werden konnte.

Die beiden Motionäre weisen in ihrer Begründung unter anderem auch auf den fehlenden individuellen Rechtsschutz etwa im Zusammenhang mit den Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie hin. Hier möchte ich einfach sagen, dass es zu den Corona-Massnahmen zwei Volksabstimmungen gab und dass sich die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger dabei nach intensiven Debatten zweimal sehr deutlich hinter die Corona-Politik von Bundesrat und Parlament gestellt haben. Es ist auch möglich, dass sich jetzt in der ganzen Frage der Energiepolitik, also der Versorgungssicherheit versus Umweltschutz, noch einmal ein Spannungsfeld auftut, bei dem das Volk unter Umständen auch das letzte Wort haben und über diese Interessenabwägung entscheiden könnte.

Man muss sich einfach fragen: Was würde es für unsere demokratische Kultur bedeuten, wenn wir nicht mehr darauf vertrauen könnten, dass das Parlament oder eben auch die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger in der Lage sind, im Interesse des Landes und seiner Bevölkerung und damit auch im Sinne der Bundesverfassung verantwortungsbewusst zu entscheiden?

Herr Ständerat Engler hat ja dargelegt, warum er die Frage der Verfassungsgerichtsbarkeit heute anders beurteilt als noch vor zehn Jahren. Ich respektiere das selbstverständlich. Wir kennen uns ja lange genug. Ich meine aber, dass Sie 2012 zu Recht vor einer Politisierung der Justiz gewarnt haben. Herr Zopfi hat das Privileg der späten Geburt. Sie werden sehen: Wenn Sie eine Weile in diesem Rat sind, wird es auch den jungen und den etwas älteren Zopfi geben. Es liegt in der Natur der Sache, dass man auch einmal seine Meinung ändern oder eine Sachlage etwas anders beurteilen kann.

Ich möchte gerne noch einen historischen Verweis machen. Die Bestimmung, über deren Streichung Sie heute beraten, fand bei der Totalrevision von 1874 Eingang in die Bundesverfassung. Das war notabene die gleiche Revision, die auch das fakultative Referendum brachte. Die Einschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit war damals nicht in Artikel 190, sondern in Artikel 113 Absatz 3 geregelt. Aber im Kern lautete sie gleich. Der Bundesrat hatte diese Einschränkung in seinem ursprünglichen Vorschlag nicht explizit festgehalten. Allerdings war er damit bereits 1872 im Nationalrat auf Widerstand gestossen. Es wurden Bedenken geäussert, das Bundesgericht könnte dadurch politisch zu mächtig werden. Ebenfalls wurde befürchtet, es könnte zu sehr in das politische Leben hineingezogen werden und dadurch einen Teil seiner Unabhängigkeit und seines Ansehens



## AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL

Ständerat • Herbstsession 2022 • Erste Sitzung • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690  
Conseil des Etats • Session d'automne 2022 • Première séance • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690



einbüßen. Der Bundesrat begegnete diesen Bedenken mit der erwähnten Beschränkungsklausel, die bei der Totalrevision 1874 als Artikel 113 Absatz 3 in die Bundesverfassung aufgenommen wurde. Es ist mir sehr bewusst, dass diese Bedenken in einer anderen Zeit geäussert wurden, aber der Bundesrat ist der Ansicht, dass sie ihre Gültigkeit im Grunde nicht verloren haben.

Interessant ist, dass just jener Bundesrat, der 1872 die Beschränkungsklausel als Kompromiss eingebbracht hatte – das war Jakob Dubs –, später als Bundesrichter diese Einschränkung selber kritisierte und zum Schluss kam, dass das nordamerikanische System mit einer umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit das rationellere sei.

Herr Ständerat Würth hat darauf hingewiesen, dass der Supreme Court in den USA nicht dasselbe sei wie das, was wir jetzt hier diskutieren. Der Verweis auf die USA im aktuellen Kontext ist trotzdem bemerkenswert, weil doch das Urteil, das in Bezug auf den straflosen Schwangerschaftsabbruch gefällt wurde, auch zeigt, dass Gerichte – je nach politischem Standpunkt in diesem Fall – auch nicht immer recht haben, auch nicht höchste Gerichte. Das muss man hier in diesem Bereich schon auch sehen. Die Auslegung eines Bundesgerichtes ist immer auch Ausdruck von Werthaltungen und persönlichen Präferenzen. Man muss hier nicht jemanden heiligsprechen und jemanden nur selig. Ich meine, hier gibt es eben auch einen Bereich, den man nicht voll ausleuchten kann.

Ich möchte noch darauf hinweisen, dass die Bestimmung in Artikel 190 der Bundesverfassung dem Bundesgericht ja keinen Maulkorb verpasst. Es wurde in der Debatte auch erwähnt: Das Bundesgericht kann zuhanden des Gesetzgebers allfällige Konflikte von Bundesgesetzen mit der Verfassung transparent machen, es kann darauf hinweisen.

Als weiteres Element der zahlreich vorhandenen Checks and Balances möchte ich die präventive Rechtskontrolle erwähnen, die das Bundesamt für Justiz zuhanden der politischen Entscheidungsträgerinnen und -träger wahrnimmt. Das hat, glaube ich, Herr Fässler auch erwähnt. Das ermöglicht es dem Bundesrat, aber auch Ihnen, die Entscheidung jeweils im Wissen um mögliche verfassungsrechtliche Bedenken zu

AB 2022 S 663 / BO 2022 E 663

fällen. Mir geht es manchmal so, dass ich das im Bundesrat einbringe. Manchmal folgt der Bundesrat diesen juristischen Bedenken, manchmal nicht. Manchmal ist der Kompromiss der, dass man es einfach in der Botschaft erwähnt, dass man sagt, das Bundesamt für Justiz habe im Übrigen in der einen oder anderen Frage verfassungsrechtliche Bedenken.

Eine Frage, die jetzt gar nicht erwähnt wurde, ist die Frage der Selektion der Richterinnen und Richter bei einem allfälligen Verfassungsgericht. Ich kann mich gut an die Justiz-Initiative erinnern. Ich habe dort immer argumentiert: Ja, klar sind die Richterinnen und Richter Mitglied einer Partei, aber sie sind nicht parteipolitisch orientiert, sie sind sehr sachorientiert – also gut, soweit man das sein kann, man bringt immer einen persönlichen Rucksack und Werthaltungen mit. Aber wir müssen uns schon bewusst sein, dass die Gesinnung natürlich eine andere Bedeutung hätte, wenn wir eine Verfassungsgerichtsbarkeit hätten. Ein Hearing würde sich nicht auf Fragen der fachlichen Kompetenz und auf deren Beurteilung beschränken; als Parlamentarierin würde mich auch interessieren, wie jemand zum Schwangerschaftsabbruch, wie jemand zur Garantie des Eigentums steht usw. Diese Fragen hätten dann eine ganz andere Bedeutung.

Ein Nein zur Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit – auch das wurde im Ständerat im Jahr 2012 zu Recht festgehalten – ist kein Nein zum Rechtsstaat. Es ist einfach ein Ja zum bestehenden, gut austarierten System der Gewaltenteilung.

Deshalb empfiehlt Ihnen der Bundesrat, die beiden Motionen abzulehnen.

### 21.3690, 21.3689

#### *Abstimmung – Vote*

(namentlich – nominatif; 21.3690/5239)

Für Annahme der Motionen ... 15 Stimmen

Dagegen ... 29 Stimmen

(1 Enthaltung)

**Präsident** (Hefti Thomas, Präsident): Ich verabschiede Frau Bundesrätin Karin Keller-Sutter und wünsche ihr



## AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL

Ständerat • Herbstsession 2022 • Erste Sitzung • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690  
Conseil des Etats • Session d'automne 2022 • Première séance • 12.09.22 • 16h15 • 21.3690



und Ihnen allen einen schönen Abend!

*Schluss der Sitzung um 19.45 Uhr*

*La séance est levée à 19 h 45*

AB 2022 S 664 / BO 2022 E 664