

Beitrag des Bundesgerichts zur präventiven Rechtskontrolle – Möglichkeiten und Grenzen

Gerold Steinmann | *Obschon die Bundesverfassung für das Bundesgericht keine institutionalisierte Mitwirkung am Rechtsetzungsverfahren des Bundes kennt, wirken sich verschiedene Handlungsformen des Gerichts direkt oder indirekt auf die Rechtsetzung aus: Unter den nicht-justizmässigen Formen verdienen der informelle Austausch mit Exponenten von Bundesversammlung und Bundesrat, die Teilnahme an Vernehmlassungen zu Erlassentwürfen und die «Hinweise an den Gesetzgeber», die das Bundesgericht in seinem Geschäftsbericht aufnimmt, Beachtung. Unter den justizförmigen Formen sticht die vortrageweise Überprüfung von Verordnungsrecht des Bundes hervor, mit der das Bundesgericht einen wichtigen Beitrag zur präventiven Rechtskontrolle leistet. Es wird sorgfältig zu prüfen sein, ob die präventive Rechtskontrolle mit zusätzlichen Instrumenten – zum Beispiel Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit, bundesgerichtliche Begutachtungen im Dienste von Rechtsetzungsvorhaben – tatsächlich gestärkt werden könnte.*

Inhaltsverzeichnis

- 1 Einleitung und Fragestellung
- 2 Einzelne Handlungsformen und ihr Beitrag zur präventiven Rechtskontrolle
 - 2.1 Nicht-justizmässiges Handeln
 - 2.2 Justizmässiges Handeln gemäss heutiger Verfahrensordnung
 - 2.3 Justizmässiges Handeln in hypothetischen Formen
 - 2.4 Gutachten des Bundesgerichts
- 3 Rechtsprechung und präventive Rechtskontrolle – Vergleich und Folgerungen

1 Einleitung und Fragestellung

In Anlehnung an den Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010 zur Stärkung der präventiven Rechtskontrolle (im Folgenden: Bericht des Bundesrates)¹ kann unter präventiver Rechtskontrolle ein Verfahren oder ein Instrument verstanden werden, das im Laufe des Rechtssetzungsverfahrens Gewähr bieten soll, dass neues Recht (vertikal) im Einklang und in Konkordanz mit übergeordnetem Recht steht, sich neues Recht (horizontal) harmonisch in die bisherige Rechtsordnung einfügt und vorgegebene Zuständigkeiten eingehalten werden. Zum übergeordneten Recht gehören gleichermassen das Bundesverfassungsrecht, internationale Menschenrechtsgarantien und Völkerrecht im Allgemeinen wie einfaches Gesetzesrecht, wenn der Erlass von Verordnungsrecht in Frage steht. Die präventive Rechtskontrolle umfasst einen spezifischen Bereich der «Kunst der Gesetzgebung» auf dem Weg zu einer «guten Rechtssetzung». Sie fördert entsprechendes Bewusstsein bei allen an der Rechtssetzung beteiligten Stellen und Einheiten, erlaubt dem Gesetzgeber Wahrnehmung und Übernahme von

Verantwortung, trägt zur Rechtssicherheit bei und steht letztlich im Dienste rechtsstaatlicher, demokratischer und föderalistischer Anliegen und Forderungen.

Wie allgemein am Verfahren der Rechtssetzung wirken auch an der präventiven Rechtskontrolle eine Vielzahl von Akteuren mit. Es sind dies im Wesentlichen die vorbereitenden und begleitenden Verwaltungsstellen, der Bundesrat mit seinen Botschaften und seiner Mitwirkung im Parlament sowie die einzelnen Parlamentsgremien. All diese Akteure bringen im gemeinsamen Zusammenwirken ihre unterschiedlichen, gleich- oder gegenläufigen Sichtweisen in den Gesetzgebungsprozess ein. Diese sind geprägt durch fach- und amtsspezifische, rechtliche und politische Faktoren. Aus diesem Zusammenwirken und dem Ringen um Verwirklichung der Ziele der präventiven Rechtskontrolle entsteht schliesslich neues Recht. Dieses Recht wird in der Folge von Verwaltungsstellen und Gerichten im Einzelfall angewendet.

Vor diesem Hintergrund kann die Frage gestellt werden, ob auch das Bundesgericht – als Repräsentant der Judikative auf höchster Ebene – als weiterer Akteur einen Beitrag zur präventiven Rechtskontrolle leisten kann. Im Ausland sind entsprechende Mitwirkungsformen von Gerichten in sehr unterschiedlichen Ausgestaltungen bekannt.² Demgegenüber besteht in der Schweiz nach geltender Verfassungsordnung keine direkte, institutionalisierte Mitwirkung des Bundesgerichts am Rechtssetzungsverfahren des Bundes. Das Strukturprinzip der Gewaltenteilung steht nach allgemeiner Auffassung einer direkten Beteiligung des Bundesgerichts an der Gesetzgebung und an der präventiven Rechtskontrolle entgegen.

Trotz dieser Ausgangslage soll im Folgenden der mögliche Beitrag des Bundesgerichts zur präventiven Rechtskontrolle thematisiert werden. Es wird geprüft, ob und in welcher Form das Gericht an der präventiven Rechtskontrolle teilhat und mitwirken kann. Das bedeutet allerdings, dass der Begriff der präventiven Rechtskontrolle in einem weiten, über die eigentliche Phase des Gesetzgebungsprozesses hinausreichenden Sinne verstanden wird.³ Unter diesem Gesichtswinkel sind alle möglichen Handlungsformen des Bundesgerichts zu prüfen, die sich direkt oder indirekt auf die Rechtsetzung auswirken und im Rechtssetzungsverfahren fruchtbar gemacht werden können.

In diesem Sinne soll nachfolgend (Kap. 2) danach gefragt werden, ob, in welcher Weise und in welchem Ausmass das Bundesgericht zur Rechtssetzung beiträgt und sein Handeln in den Dienst der präventiven Rechtskontrolle gestellt werden kann. Dabei sind unterschiedlichste Handlungsformen einzubeziehen: förmliche und nicht förmliche, justizmässige und nicht justizmässige sowie aktuelle und hypothetische. Aus einem Vergleich zwischen Rechtsprechung und

präventiver Rechtskontrolle werden zum Schluss Folgerungen gezogen (Kap. 3). Auf die Problematik der Vereinbarkeit von Volksinitiativen mit Völkerrecht und die Frage einer Prüfung durch das Bundesgericht wird nicht eingegangen. Diese Thematik wird zurzeit breit diskutiert. Der Bundesrat hat dazu einen Bericht in Aussicht gestellt.⁴

2 Einzelne Handlungsformen und ihr Beitrag zur präventiven Rechtskontrolle

2.1 Nicht-justizmässiges Handeln

a) Informelles Handeln von Seiten des Bundesgerichts kann unterschiedlichste Formen annehmen: Die Spitze des Gerichts (insbes. die Präsidentin/der Präsident) steht in lockerem Austausch mit der Justizministerin bzw. dem Justizminister und den Parlamentskommissionen (Geschäftsprüfungs-, Gerichts- oder Finanzkommission). Die einzelnen Mitglieder haben Kontakte mit ihrer Partei und den Fraktionen der Bundesversammlung. Bisweilen wirken die Vertreterinnen und Vertreter des Bundesgerichts in Expertenkommissionen oder Arbeitsgruppen mit. Bei all diesen Gelegenheiten fliessen auch Anregungen von Seiten des Bundesgerichts ein. Themenauswahl und -ausrichtung sind indes allzu zufällig, Äusserungen nicht hinreichend repräsentativ, als dass solche Kontakte für die präventive Rechtskontrolle fruchtbar gemacht werden könnten. Beachtung finden und verdienen allerdings (seltenste) Verlautbarungen von der Gerichtsspitze. In diesem Sinne hat der Präsident im Herbst 2009 in einem NZZ-Artikel (Meyer 2009) zur Aufsicht über die Bundesanwaltschaft im Rahmen des Strafbehördenorganisationsgesetzes⁵ Stellung genommen und – gewichtig, letztlich indes erfolglos – auf verfassungsrechtliche Bedenken hingewiesen.

b) In die Vernehmlassungsverfahren zu Erlassentwürfen wird auch das Bundesgericht einbezogen. Bisweilen werden die Vertreterinnen und Vertreter des Bundesgerichts von parlamentarischen Kommissionen zu spezifischen Vorhaben angehört, wie jüngst zur Frage der Verfassungsgerichtsbarkeit.⁶ Stellungnahmen des Bundesgerichts im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens könnten, so scheint es auf den ersten Blick, wichtige Impulse für die präventive Rechtskontrolle abgeben. Der Schein trägt aus unterschiedlichen Gründen.

Dem Bundesgericht wird nur eine beschränkte Anzahl von Vernehmlassungsvorlagen unterbreitet.⁷ Es nimmt im Wesentlichen zu Entwürfen Stellung, die Verfahrensfragen im Allgemeinen aufwerfen oder das Verfahren vor dem Bundesgericht im Speziellen betreffen. Zu materiellen Fragen, zur politischen oder rechtlichen Opportunität äussert es sich aus Gründen der

Gewaltenteilung nicht. Klare Positionen nimmt es allerdings ein, wenn seine Stellung direkt oder etwa seine Arbeitsbelastung in Frage steht.

Die Bedeutung bundesgerichtlicher Stellungnahmen im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens für die präventive Rechtskontrolle dürfte, systematisch und gesamthaft betrachtet, bescheiden sein. Das Vernehmlassungsverfahren fragt in erster Linie nach politischen und konzeptionellen Antworten der politischen Akteure,⁸ widerspricht insoweit der Arbeitsmethode des Gerichts und stellt in der heutigen Ausgestaltung kein geeignetes Instrument dar, um von höchster gerichtlicher Instanz rechtliche Beurteilungen für die präventive Rechtskontrolle einzuholen. Im Einzelfall mögen Vernehmlassungen des Bundesgerichts von Bedeutung sein und im Rechtssetzungsprozess auch tatsächlich Beachtung finden.

- c) Im Geschäftsbericht des Bundesgerichts findet sich seit 2007 die neue – in Ab-
sprache mit der Geschäftsprüfungskommission eingefügte – Rubrik «Hin-
weise an den Gesetzgeber». An dieser Stelle wird auf Unzulänglichkeiten in
der Gesetzgebung hingewiesen. Auch in den Urteilen wird bisweilen auf sol-
che aufmerksam gemacht.⁹ Oftmals liegen solchen Hinweisen konkret beur-
teilte Beschwerdefälle zugrunde, was ihnen Gewicht, Verbindlichkeit und Re-
präsentativität verleiht. Zudem reicht die angesprochene Thematik meist
weiter als die blosser Vertretung eigener Interessen hinsichtlich Stellung und
Arbeitsbelastung.

Vor diesem Hintergrund sind die «Hinweise an den Gesetzgeber» eine
wertvolle Quelle für die präventive Rechtskontrolle und die Gesetzgebung im
Allgemeinen. Daran ändert nichts, dass sich die Thematik aus der Praxis er-
gibt und insofern etwas zufällig anmuten mag. Die Hinweise haben schon
oftmals Früchte getragen und zu Gesetzesänderungen geführt.¹⁰ Es ist zu hof-
fen, dass diese Rubrik im Geschäftsbericht auch in Zukunft einen festen Platz
einnimmt und über die Kenntnisnahme durch die Geschäftsprüfungskom-
mission hinaus auch von der Bundesverwaltung beachtet und durch Fachämter
und begleitende Stellen systematisch ausgewertet wird.

2.2 Justizmässiges Handeln gemäss heutiger Verfahrensordnung

Unter dem Titel des aktuellen justizmässigen Handelns soll geprüft werden,
welchen Beitrag die Rechtsprechung des Bundesgerichts für die präventive
Rechtskontrolle und die Rechtsetzung leisten kann. Dabei ist zwischen der
Rechtsprechung im Allgemeinen und der besonderen Form der vorfrageweisen
Überprüfung von Verordnungsrecht des Bundes zu differenzieren.

- a) Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Allgemeinen befasst sich mit Verfassungsfragen (inkl. der Willkürklagen hinsichtlich Auslegung und Anwendung von kantonalem Recht), mit der Auslegung und Anwendung von einfachem Bundesrecht und mit allgemeinen Prinzipien des Verwaltungsrechts. Diese Rechtsprechung ist von höchstem Gewicht.

Im Bereiche des Verfassungsrechts kann hingewiesen werden auf den Grundrechtsschutz (Herausbildung von Verfahrensgrundrechten, Konkretisierung von Grundrechten), die allgemeinen Formen der demokratischen Partizipation im Rahmen der Garantie der politischen Rechte, die demokratischen und rechtsstaatlichen Anforderungen an Gesetzesdelegationen, die Kompetenzabgrenzung zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht. In der Rechtsprechung gegenüber den Kantonen ist das Bundesgericht durch Artikel 190 BV nicht eingeschränkt.¹¹ Das einfache Bundesrecht wird durch das Bundesgericht verbindlich ausgelegt, in seiner Systematik erfasst und anhand der Praxis weiterentwickelt. Die Rechtsprechung umfasst sämtliche Rechtsgebiete, das Zivil-, Straf- und Bundesverwaltungsrecht ebenso wie nunmehr wesentliche Teile des Verfahrensrechts. Schliesslich sind im allgemeinen Verwaltungsrecht fundamentale Grundsätze herausgebildet worden (Grundsatz der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne, Nutzung öffentlicher Sachen mit den Begriffen des allgemeinen und des gesteigerten Gemeingebrauchs und der Sondernutzung, polizeiliche Gefahrenabwehr und polizeiliche Generalklausel, Staatshaftung).

Diese Rechtsprechung ist für die Rechtssetzung von ausserordentlicher Bedeutung. Sie hält den rechtlichen Rahmen des geltenden Rechts verbindlich fest, weist dem Gesetzgeber Richtung und Ausrichtung. Grundrechte sind zu wahren und Zuständigkeiten einzuhalten. Neues Recht ist in das Rechtsgefüge einzuordnen, wie es sich aus dem geschriebenen Recht und der Praxis dazu ergibt. Der Beitrag des Bundesgerichts kann allerdings nicht als eigentliches Instrument der präventiven Rechtskontrolle bezeichnet werden. Die Rechtsprechung ergeht ausserhalb des Rechtssetzungsverfahrens und dient andern Zwecken. Sie stellt indes die wichtigste Quelle für die präventive Rechtskontrolle dar. Diese im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses auszuwerten und die Erkenntnisse im Rahmen der präventiven Rechtskontrolle umzusetzen, ist die – äusserst anspruchsvolle – Aufgabe der damit betrauten Ämter.

- b) Im bundesgerichtlichen Verfahren der inzidenten Normkontrolle kann Verwaltungsrecht des Bundes vorfrageweise auf Gesetzes- und Verfassungsmässigkeit hin überprüft werden.¹² Diese Prüfung bezieht sich einerseits auf die

Zuständigkeit des Verordnungsgebers und die Frage, ob sich dieser an die formellen und materiellen Vorgaben gehalten hat, wie sie sich aus dem Gesetzesrecht ergeben. Andererseits wird in materieller Hinsicht die Verfassungsmässigkeit untersucht, soweit das Gesetz nicht zur Abweichung von der Verfassung ermächtigt. Dem Bundesrat als Verordnungsgeber wird ein weiterer Ermessensspielraum eingeräumt, in den das Bundesgericht grundsätzlich nicht eingreift.¹³ Es schreitet lediglich ein, wenn die Verordnung den Rahmen der im Gesetz delegierten Kompetenz offensichtlich sprengt oder aus anderem Grunde gesetzes- oder verfassungswidrig ist.

In der bundesgerichtlichen Praxis nimmt diese Art der inzidenten Normkontrolle einen eher bescheidenen Platz ein. Gleichwohl sind spektakuläre Urteile ergangen, etwa jene zur «letzten Meile» im Bereiche der Interkonnectionspflicht oder zum Gurtenobligatorium.¹⁴ Im Vordergrund der vorfrageweisen Überprüfung von Bundesverordnungsrecht stehen formelle Fragen. So kommt das Bundesgericht etwa zum Schluss, dass die angewandten Verordnungsbestimmungen einer gesetzlichen Grundlage entbehrten und der zugrunde liegende Anwendungsakt gegen das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) verstosse.¹⁵ In Anbetracht von Artikel 190 BV eher selten sind Urteile, die eine materielle Verfassungswidrigkeit feststellen.¹⁶

Für die präventive Rechtskontrolle dürfte diese Rechtsprechung von beachtlicher Bedeutung sein. Sie nimmt direkten Bezug zur Kompetenzordnung, zur Abgrenzung der Rechtssetzungsbefugnisse zwischen Bundesgesetzgeber und Bundesrat. Damit wird ein Beitrag zur Konkretisierung der Bestimmung von Artikel 164 BV mit seinem Abgrenzungskriterium der Wichtigkeit geleistet.¹⁷ Ein solcher Beitrag kann im Prozess der präventiven Rechtskontrolle in direkter Weise fruchtbar gemacht werden.

2.3 Justizmässiges Handeln in hypothetischen Formen

Unter dem Titel hypothetischer Handlungsformen soll geprüft werden, welchen Beitrag für die präventive Rechtskontrolle das Bundesgericht im Falle der Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene leistet, welchen Gewinn die präventive Rechtskontrolle durch solche neue Überprüfungsbefugnisse des Bundesgerichts ziehen könnte. Zu untersuchen sind die vorfrageweise Überprüfung von Bundesgesetzen wie auch die abstrakte Normkontrolle von Bundesgesetzen. Hierfür wird auf die Methoden abgestellt, die das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung gegenüber den Kantonen entwickelt hat.

- a) Im Verfahren der vorfrageweisen Normkontrolle wird, wie allgemein gesagt wird, eine Norm, die in einer konkreten Angelegenheit einschlägig ist und zur Anwendung gelangt, anhand eines konkreten Anwendungsfalles auf ihre

Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht, insbesondere mit Verfassungsrecht geprüft. Hinter dieser Formel verbirgt sich ein differenziertes Prüfungsprogramm.

Vorerst wird in einem ersten einfachen Auslegungsschritt geprüft, ob die betreffende Norm richtig oder bei entsprechender Kognition willkürfrei angewendet worden ist. Trifft dies nicht zu, wird eine Beschwerde ohne Weiterungen gutgeheissen und der angefochtene Entscheid aufgehoben. Erweist sich die Rechtsanwendung als zutreffend, wird in einem weiteren Schritt untersucht, ob die auf diese Weise getroffene Lösung im konkreten Einzelfall mit dem übergeordneten Verfassungsrecht im Einklang steht. Die Verfassungsprüfung kann eine abweichende Lösung gebieten: Die zugrunde liegende Bestimmung wird in verfassungskonformer Auslegung anders auf den Beschwerdefall angewendet oder die Norm kommt überhaupt nicht zur Anwendung. Die vorfrageweise Feststellung, dass die vorerst getroffene Lösung vor dem Verfassungsrecht nicht standhält, führt nicht zur Aufhebung der angewandten Bestimmung und auch nicht zu einer Ersatzregelung des Bundesgerichts. Sie hat lediglich zur Folge, dass der gestützt auf die überprüfte Norm ergangene Entscheid unter Gutheissung der Beschwerde aufgehoben wird.¹⁸

Die materielle Tragweite der Normüberprüfung ist sehr unterschiedlich, die konkreten Auswirkungen auf die zugrunde liegende Bestimmung variieren stark: Zum einen kann die Normüberprüfung eine blosse Feinkorrektur bewirken, wenn die entsprechende Norm in einer spezifischen und möglicherweise speziellen Situation etwas anders angewendet oder nicht angewendet wird. Die Norm wird nicht nur formal aufrechterhalten, sondern behält auch materiell weitgehend ihre bisherige Bedeutung. Der Gerichtsentscheid hat wenig Auswirkungen auf die Praxis, veranlasst lediglich zu Anpassungen in den entsprechenden Situationen. Normstruktur und Systematik des Erlasses bleiben erhalten. Für den Gesetzgeber entsteht kein Handlungsbedarf. In diesem Sinne kann beispielsweise die strafprozessuale Unterscheidung, erkennungsdienstliches Material bei erwiesener Unschuld sofort und im Falle der Einstellung mangels Beweisen erst nach fünf Jahren zu vernichten, bestehen bleiben, auch wenn unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten bei Rückzug eines Strafantrages die sofortige Vernichtung angezeigt ist.¹⁹ Zum andern kann eine Normkorrektur grosse Auswirkungen haben, wenn eine zentrale Bestimmung nicht mehr oder zumindest nicht mehr in der bisherigen Weise angewendet werden darf. Das trifft zu, wenn im Strafverfahrensrecht eine Organisationsstruktur wie beispielsweise die Personalunion von Untersuchungsrichterinnen und -richtern sowie Strafrichterinnen

und -richtern oder die Vereinigung von Überweisungsrichter und Strafrichter gestützt auf Artikel 30 Absatz 1 BV als verfassungswidrig erklärt wird.²⁰ Diesfalls kann die bisherige strafprozessrechtliche Bestimmung nicht mehr angewendet werden, muss das Verfahren anders und neu «organisiert» werden und hat der Gesetzgeber neue Strukturen zu schaffen.

Entsprechend der unterschiedlichen Tragweite der inzidenten Normkontrolle für die Rechtsanwendung fällt auch der Gewinn solcher Rechtsprechung für die präventive Rechtskontrolle sehr verschiedenartig aus. Er ist ausgesprochen fall- und sachabhängig. Meist wird die vorfrageweise Normüberprüfung die präventive Rechtskontrolle wenig beeinflussen. In Einzelfällen kann sie umgekehrt von grosser Bedeutung sein, ein neues Verständnis schaffen, einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf auslösen und der präventiven Rechtskontrolle neue Impulse verschaffen.

- b) Eine vorfrageweise Überprüfung von Bundesgesetzen würde möglich, wenn eine Form der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene eingeführt würde, wie sie zurzeit in Diskussion steht.²¹ Für die Beurteilung, was eine solche für die präventive Rechtskontrolle bedeuten könnte, ist von der heutigen Rechtslage und Rechtsprechung unter Beachtung von Artikel 190 BV auszugehen.

Artikel 190 BV enthält nach allgemeiner Auffassung hinsichtlich von Bundesgesetzen ein Anwendungsgebot, ungeachtet einer allfälligen Verfassungswidrigkeit²² der in Frage stehenden Norm. Die Bundesverfassung verbietet es dem Bundesgericht nicht, die Verfassungsmässigkeit einer Bundesgesetzesnorm zu prüfen. Das wird zusammengefasst in der Formel «Prüfungserlaubnis und Anwendungsgebot».²³ Das Bundesgericht kommt – unabhängig von der Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung von Bundesgesetzen²⁴ – derart in die Lage, eine Norm zwar qualifizieren und als verfassungswidrig betrachten zu können, sie dann aber gleichwohl anwenden zu müssen. In diesem Sinne hat das Bundesgericht etwa den Bürgerrechtserwerb durch Heirat und Abstammung, das Namensrecht im ZGB oder Bestimmungen im Steuerharmonisierungsgesetz als verfassungswidrig erklärt, letztlich dann aber doch zur Anwendung gebracht.²⁵

Dem Rechtsuchenden bleibt damit ein effektiver Rechtsschutz verwehrt. Die blosser Feststellung, dass die angewandte Bestimmung mit übergeordnetem Recht nicht im Einklang steht, nützt dem Betroffenen mit Blick auf die Beschwerdeabweisung wenig und mag bisweilen zynisch erscheinen. Die entsprechende Norm bleibt materiell bestehen. Dennoch sind entsprechende Feststellungen wichtig und für die präventive Rechtskontrolle von grosser Bedeutung. Es wird höchstrichterlich Klarheit über die Verfassungsmässigkeit

einer konkreten Bundesgesetzesnorm geschaffen. Es werden Signale ausgegeben, die es im Rahmen der präventiven Rechtskontrolle anzubringen und vom Bundesgesetzgeber umzusetzen gilt. Der Nutzen ist dadurch eingeschränkt, dass die entsprechende Verfassungsprüfung von Zufälligkeiten abhängen mag²⁶ und das Bundesgericht bisweilen – unter blosser formelhafter Verweisung auf Artikel 190 BV – auf eine Prüfung verzichtet.²⁷

Die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit mit einer Neufassung von Artikel 190 BV würde unterschiedliche Folgen zeitigen, die im Allgemeinen weniger weit reichen, als auf den ersten Blick angenommen werden könnte.

Der Rechtsschutz würde klar gestärkt. Eine erfolgreiche Verfassungsprüfung hat, wie oben allgemein dargelegt, verschiedenartige Konsequenzen. Eine einzelne Bundesgesetzesnorm wird in einer speziellen Konstellation nicht oder anders angewendet, ohne dass die Norm materiell geändert würde oder gesetzgeberischer Handlungsbedarf entstünde. Als Beispiel könnte das EGMR-Urteil *Emonet*²⁸ betreffend eine ganz besondere Adoptionskonstellation genannt werden. Denkbar ist, dass einer zentralen Norm die Anwendung mit erheblichen, aber überschaubaren materiellen Änderungen versagt wird. Dies mag zutreffen auf das EGMR-Urteil *Burghartz*²⁹ zur Wahl des Familiennamens und der Voranstellung des angestammten Namens. Schliesslich könnte nach erfolgter Feststellung der Verfassungswidrigkeit die umstrittene Norm gleichwohl zur Anwendung gelangen, wenn wegen des damit verbundenen Regelungsbedarfs und der Vielfalt möglicher verfassungskonformer Lösungen nicht das Gericht, sondern der Gesetzgeber zu einer Neuregelung berufen ist.³⁰ Dann bleibt es bei einem blossen Appellentscheid. Dies trifft zu auf das in BGE 136 III 168 behandelte Namensrecht der Ehegatten mit Blick auf das Namensrecht der Kinder.

Für die präventive Rechtskontrolle brächte die vorfrageweise Überprüfung von Bundesgesetzen einen grossen Gewinn. Das Bundesgericht würde angehalten, die Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzesnormen in vermehrtem Masse zu prüfen. Es könnte sich ein vertiefteres Bewusstsein mit entsprechenden Impulsen für den Gesetzgebungsprozess herausbilden. Es ist gar denkbar, dass sich aus einzelnen Urteilen zu einzelnen Fragen eine eigentliche verfassungsrechtliche Durchdringung bestimmter Regelungsbereiche mit Auswirkungen auf die Rechtssetzung ergeben könnte. Eingeschränkt ist die Bedeutung für die präventive Rechtskontrolle lediglich durch die Abhängigkeit von entsprechenden Beschwerden (mit prozessual hinreichender Begründung) und durch den Umstand, dass sich das Gericht nicht in ein Schema pressen lässt. Es ist zur Entscheidung im Einzelfall und nicht zur Beantwortung interessanter Fragen berufen.³¹

- c) Im Verfahren der abstrakten Normkontrolle prüft das Bundesgericht auf Beschwerde hin gestützt auf Artikel 82 Buchstabe b BGG die Verfassungsmässigkeit kantonaler Erlasse. Die Prüfung setzt nach Verabschiedung des Erlasses und nach einer allfälligen Referendumsabstimmung ein. Massstab bilden das Verfassungsrecht des Bundes und der Kantone sowie im Bereiche des Völkerrechts insbesondere die EMRK. Die Prüfungsmethode wird folgendermassen umschrieben: Bei der Prüfung der Verfassungsmässigkeit eines Erlasses im Rahmen der abstrakten Normkontrolle ist massgebend, ob der betreffenden Norm nach anerkannten Auslegungsregeln ein Sinn zugemessen werden kann, der sie mit den angerufenen Verfassungs- oder EMRK-Garantien vereinbaren lässt. Das Bundesgericht hebt eine kantonale (oder kommunale) Norm nur auf, sofern sie sich jeglicher verfassungs- und konventionskonformen Auslegung entzieht, nicht jedoch, wenn sie einer solchen in vertretbarer Weise zugänglich bleibt. Der blosser Umstand, dass die angefochtene Norm in einzelnen Fällen auf eine verfassungswidrige Weise angewendet werden könnte, führt für sich allein nicht zu deren Aufhebung.³²

Das Bundesgericht übt in diesem Verfahren Zurückhaltung. Mit der verfassungskonformen Auslegung wird eine Norm aufrechterhalten und ihre Aufhebung umgangen. Es werden der Praxis Richtlinien zur verfassungskonformen Anwendung im Einzelfall erteilt.³³ Die Lehre kritisiert die verfassungskonforme Auslegung bisweilen als zu weitgehend (vgl. Häfelin/Haller/Keller 2008, N. 48 ff. und 154 ff.; Tschentscher 2009, S. 750; Kaufmann/Walti 2010, S. 136/139. Dessen ungeachtet werden Normen, die keiner verfassungskonformen Auslegung zugänglich sind, aufgehoben.³⁴ Es wird in Kauf genommen, dass ganze Bereiche unregelt bleiben. Das Bundesgericht beschränkt sich auf die Aufhebung einzelner Bestimmungen oder von Teilen davon. Von Ersatzregelungen oder auch blossen textlichen Anpassungen sieht es ab. Wo die Aufhebung unter dem geprüften Gesichtswinkel zu keiner Problemlösung, gar zu einer Verschlechterung der Sachlage führt oder wo es in Anbetracht vieler möglicher Lösungen der Gestaltung durch den Gesetzgeber bedarf, erlässt das Bundesgericht bisweilen Appellentscheide.³⁵

- d) Würde neu ein Verfahren der abstrakten Normkontrolle gegenüber Bundesrecht – sowohl von Bundesgesetzen wie auch von Bundesratsverordnungen – eingeführt, ergäbe sich wohl ein ähnliches Bild wie in der heutigen Rechtsprechung gegenüber den Kantonen. Der Rechtsschutz würde gestärkt. Die Stärkung läge vor allem darin, dass die in Frage gestellten Bestimmungen schon im Rahmen der abstrakten Normkontrolle einer verfassungskonformen Auslegung zugeführt würden. Eine Normaufhebung wäre die Ausnahme. Hin-

gegen könnte das Bundesgericht aus seiner Zurückhaltung gegenüber dem Gesetzgeber heraus vermehrt zum Mittel der Appellentscheide greifen.

Ein abstraktes Normkontrollverfahren könnte sich fruchtbar auf die präventive Rechtskontrolle auswirken. Von Bedeutung ist es teils dann, wenn eine gerichtliche Normaufhebung gesetzgeberisch nachvollzogen wird. Besonders bedeutsam für die Zukunft wären die Ausführungen zu den vom Gericht angenommenen verfassungskonformen Auslegungen oder die Begründungen zu Appellentscheiden. Daraus können sich gewichtige Impulse für die präventive Rechtskontrolle ergeben.

2.4 Gutachten des Bundesgerichts

Im Bericht des Bundesrates wird mit Blick auf ausländische Verfahren erwogen, das Bundesgericht zur Stärkung der präventiven Rechtskontrolle am Gesetzgebungsprozess in Fällen zu beteiligen, wo sich Zweifel an der Verfassungs- und Völkerrechtskonformität einer Vorlage aufdrängen.³⁶ Die Frage einer gerichtlichen Mitwirkung an der Rechtssetzung stellen, bedeutet vorerst, entsprechende Modelle zu umschreiben. Solche unterscheiden sich u.a. hinsichtlich des Zeitpunkts einer gerichtlichen Beteiligung; denkbar ist eine Mitwirkung im Anschluss an die Botschaft des Bundesrates bzw. an den Bericht der parlamentarischen Kommission, nach Abschluss von Kommissionsberatungen, in Folge der Verabschiedung durch den Erstrat oder nach den Schlussabstimmungen. Eng mit dem Zeitpunkt verknüpft ist die Frage der Verbindlichkeit gerichtlicher Äusserungen. Bedeutsam ist schliesslich, in welcher Weise und durch wen das Gericht zu einer Meinungsäusserung angegangen wird.

Für den vorliegenden Zusammenhang wird ohne Modellvertiefung davon ausgegangen, dass das Bundesgericht im Laufe des Rechtssetzungsverfahrens und nicht erst nach dessen Abschluss tätig wird. Es wird angenommen, dass Bundesgesetzesrecht in Frage steht. Daraus folgt, dass die gerichtliche Mitwirkung mit Blick auf die Fortsetzung des Gesetzgebungsverfahrens und die Veränderbarkeit der Vorlage, Natur und Bedeutung von Gutachten zu Erlassentwürfen annehmen würde.

Die Wünschbarkeit von solchen Gutachten des Bundesgerichts zuhanden des Parlaments lässt sich unter staatspolitischen, demokratierechtlichen, rechtsstaatlichen und gerichtsspezifischen Blickwinkeln diskutieren. An dieser Stelle soll ausschliesslich danach gefragt werden, ob eine gutachterliche Tätigkeit der Funktionalität des Gerichts entspricht und vom Gericht eingelöst werden kann und welcher Gewinn daraus für die präventive Rechtskontrolle resultiert.

Der gerichtliche Erkenntnisprozess gründet auf einer Reihe von prozessrechtlichen Gegebenheiten und Grundsätzen. Im bundesgerichtlichen

Verfahren steht grundsätzlich ein gerichtliches Urteil zur Prüfung an. Sachverhalt und Prozessgegenstand stehen im Wesentlichen fest und bilden den verbindlichen Rahmen und Ausgangspunkt der gerichtlichen Beurteilung. Diese wird anhand von klaren Anträgen der einen und andern Seite vorgenommen. Auch im abstrakten Normkontrollverfahren ist klar zu beantragen, welche Bestimmung in welchem Ausmass aufgehoben werden soll. Das Gericht stützt sich auf ein kontradiktorisches Verfahren. Der Beschwerdeführer untersteht einer Rüge- und Begründungspflicht und die Gegenseite kann sich dazu äussern. Bei der Anfechtung von Erlassen, die für sich genommen keine Begründungen aufweisen, erhält der Beschwerdeführer auf die begründende Stellungnahme der Behörde hin Gelegenheit, seine Beschwerde zu ergänzen. Der Verfahrensablauf wird in Anbetracht des Streitgegenstandes vom Gericht bestimmt. Das schliesslich ergehende Urteil erwächst – mit Ausnahme der Verfahren der abstrakten Normkontrolle³⁷ – in Rechtskraft.

Im Falle gerichtlicher Gutachten zu Erlassentwürfen liegen gänzlich unterschiedliche Rahmenbedingungen vor. In Frage stehen ganze Vorlagen, teils mit grossem Umfang und sich gegenseitig bedingenden Teilen. Die Entwürfe sind offen, noch im Fluss und weder in der allgemeinen Ausrichtung noch in der Einzelregelung in jeder Hinsicht gefestigt. Zudem mögen Optionen und Alternativen zur Diskussion gestellt werden. In diesem Stadium sind die Positionen des Pro und Contra noch nicht abschliessend bezogen, es liegt insoweit keine klare kontradiktorische Ausgangslage vor. Der Natur von Entwürfen entsprechend, wären für eine fruchtbare Begutachtung Austausch und Diskussion mit den vorbereitenden Akteuren erforderlich.

All diese Umstände sind dem gerichtlichen Erkenntnisverfahren fremd, widersprechen dem Rahmen gerichtlicher Entscheidungsfindung. Das Gericht kann keine flächendeckende Prüfung ganzer Vorlagen vornehmen. Die Offenheit des Entwurfes drängt das begutachtende Gericht zu Äusserungen über Wünschbarkeit und Opportunität und erschwert die Konzentration auf rechtliche bzw. verfassungsrechtliche Fragestellungen. Die noch veränderbaren Entwürfe geben keinen klaren «Streitgegenstand» vor und umschreiben den Ausgangspunkt und den Rahmen der Beurteilung lediglich in provisorischer Weise. Den Ergebnissen der Prüfung haftet etwas Vorläufiges an. Sie sind eng an die vorgegebenen Voraussetzungen gebunden und verlieren mit kleinsten Veränderungen an der Vorlage – im Sinne des legendären Federstrichs von Kirchmann – ihre Bedeutung. Die Autorität des Gerichts kann beeinträchtigt werden, wenn das Parlament den Gutachten (wiederholt) nicht folgt und anders entscheidet und legiferiert.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob eine Begutachtung durch das Bundesgericht in einen Rahmen gestellt werden könnte, der dem gerichtlichen

Verfahren näher kommt. Das ist in Ansätzen denkbar durch eine Prozessualisierung der Abläufe. Die Voraussetzungen einer Begutachtung sind genau festzuhalten. Anstelle ganzer Vorlagen werden im Sinne gerichtlicher Anträge präzise Fragen gestellt, die dispositivartig beantwortet werden können. Mit der Fragestellung kann – ähnlich der Rüge- und Begründungspflicht im gerichtlichen Verfahren – eine Verpflichtung zur Begründung der einzelnen Positionen verbunden werden. Zur Verdeutlichung der Ausgangslage ist erforderlich, dem Gericht Zugang zu den verwaltungsinternen Stellungnahmen aus der Ämterkonsultation und dem Mitberichtsverfahren sowie zu den parlamentarischen Beratungen zu verschaffen. Im Bundesgericht kann für derartige Begutachtungen eine spezielle Abteilung mit besonderer Zusammensetzung vorgesehen werden.

Auf diese Weise kann ein Rahmen geschaffen werden, der dem Bundesgericht eine Begutachtung von Erlassentwürfen grundsätzlich ermöglicht. Gleichwohl entspricht die gutachterliche Tätigkeit nicht den Funktionen des für die oberste Rechtsprechung besorgten Bundesgerichts (Art. 188 Abs. 1 BV) und den im angestammten Wirkungsbereich entwickelten Fähigkeiten und Stärken. Sie lässt eine Beschränkung auf rechtliche und verfassungsrechtliche Fragestellungen schwierig erscheinen und macht ein Eingreifen in den Gestaltungsspielraum der Räte faktisch unumgänglich. Den Gutachten verbleibt eine kurzfristige und bedingte Bedeutung. Anstelle eines klaren Dispositivs ergeht eine Meinungsäußerung, die der Diskussion und der Interpretation ausgesetzt ist. Insoweit erscheint eine gutachterliche Tätigkeit des Bundesgerichts fragwürdig.

So stellt sich schliesslich die Frage nach dem Gewinn für die präventive Rechtskontrolle. Sie lässt sich nicht leicht beantworten. Der mögliche Gewinn dürfte von zahlreichen Umständen abhängen. Dazu gehören etwa die dem Gericht unterbreiteten Fragestellungen, die Vorgehensweise des Gerichts, die Entwicklung einer – zurückhaltenden oder dynamischen – Praxis, die Konstellationen der unterbreiteten Erlassentwürfe sowie das Verhalten der Räte. Ungewiss ist, ob die angesprochene Prozessualisierung des Konsultationsverfahrens den Anliegen der präventiven Rechtskontrolle gerecht wird. Mit Blick auf die heutige Rechtsprechung ist anzunehmen, dass das Bundesgericht bei gutachterlicher Tätigkeit in allgemeiner Weise Zurückhaltung üben würde. Das kann sich darin äussern, dass das Gutachten den unterbreiteten Entwurf verfassungskonform auslegt und verfassungskonforme Anwendungen aufzeigt. Solche Äusserungen dienen der präventiven Rechtskontrolle nicht in direkter Weise, mögen im Rahmen eines konkreten Gesetzgebungsprojektes gleichwohl aufschlussreich erscheinen und für die Rechtssetzung von Bedeutung sein. Gesamthaft gesehen mag der Gewinn bundesgerichtlicher Begutachtung von Erlassentwürfen geringer ausfallen als auf den ersten Blick angenommen werden könnte.

3 Rechtsprechung und präventive Rechtskontrolle – Vergleich und Folgerungen

Der Beitrag des Bundesgerichts zur präventiven Rechtskontrolle – gleichermassen möglich wie beschränkt – soll zum Schluss in abstrakter Weise durch Vergleich und Gegenüberstellung von Rechtsprechung und Rechtssetzung erörtert werden. Daran schliessen Folgerungen zum Verhältnis von Rechtsprechung und präventiver Rechtskontrolle an.

Eine Gegenüberstellung von Rechtsprechung und präventiver Rechtskontrolle zeigt, dass sich die beiden Bereiche durch unterschiedliche Optik und Ausrichtung voneinander abheben. Die präventive Rechtskontrolle und die Rechtssetzung als Ganzes können als dynamischer Prozess betrachtet werden. Es beteiligen sich daran eine Vielzahl von Akteuren mit verschiedenartigstem Interessenhintergrund. Das Verfahren ist gekennzeichnet durch Geben und Nehmen, durch Veränderungen von Zielen, Voraussetzungen und Regelungen, durch Feilschen um politische Lösungen, Wünschbarkeiten und Kompromisse. Insbesondere ist das Verfahren kreativ und zukunftsweisend auf Schaffung neuen und Veränderung bisherigen Rechts ausgerichtet. Demgegenüber nimmt sich die Rechtsprechung zurückhaltend aus. Im Vordergrund stehen der Rechtsschutz, die unterschiedlichen Anliegen der Parteien in den jeweiligen Konstellationen. Entgegen einer weit verbreiteten Auffassung richtet sich der Blickwinkel auch im Verfahren der inzidenten Normkontrolle nicht auf die in Frage stehende Norm, sondern auf den Rechtsschutz in der zugrunde liegenden Situation. Das gerichtliche Verfahren weist statischen Charakter auf, ist vergangenheitsbezogen auf den festgestellten Sachverhalt und den vorgegebenen Prozessgegenstand ausgerichtet und wird von den Regeln des Prozessrechts beherrscht. In Bezug auf die angewendeten Normen nimmt das Gericht eine bewahrende Haltung ein. Im Verfahren der vorfrageweisen Normkontrolle wird die beanstandete Norm verfassungskonform oder überhaupt nicht angewendet, indes als solche stehen gelassen und nicht aufgehoben. Gleichermassen sucht das Gericht bei der abstrakten Normkontrolle nach verfassungskonformen Lösungen und hebt eine Norm nur auf, wenn sie sich jeglicher verfassungskonformer Auslegung entzieht. An dieser Grundbetrachtung ändert der Umstand nichts, dass das Gericht mit Blick in die Zukunft in wesentlichem Ausmass an der Rechtsfortbildung teilhat.

Die unterschiedliche Optik und Ausrichtung von Rechtsprechung und präventiver Rechtskontrolle ist nicht als kategorielle Trennung zu verstehen, sondern als Hinweis auf die charakteristischen Kerngeschäfte der beiden Bereiche, die hierfür entwickelten Verfahren und die darin herausgebildeten Fähigkeiten und Stärken. Dies legt es nahe, die beiden Formen nach dem Motto «Schuster bleib bei deinen Leisten» nicht zu vermischen. Parlamente sind für Rechtsprechungsaufgaben wenig geeignet, Gerichte vermögen nur beschränkt einen direkten Beitrag

für die präventive Rechtskontrolle zu leisten. Dies bedeutet nicht, dass die beiden Bereiche nicht in mannigfacher Beziehung zueinander stehen. Aus dem Gesetzgebungsprozess gehen die für die Gerichte massgeblichen Erlasse hervor. Die Justiz wendet diese Erlasse an und prüft allenfalls in gegebener Konstellation, wie die Normen im Lichte übergeordneten Rechts zu handhaben sind. Die Rechtsprechung gibt den Erlassen Konturen, erfasst sie in ihren Zusammenhängen, weist auf ihre Grenzen hin und bildet das Recht fort. Damit stellt die Rechtsprechung die wohl wichtigste Quelle für die präventive Rechtskontrolle im Rahmen des Rechtssetzungsprozesses dar. Die Bedeutung dieser Quelle erfährt eine gewisse Beschränkung durch das begrenzte Material. Der Rechtsprechung kann nicht mehr Information entnommen werden, als diese gestützt auf eingegangene Beschwerden tatsächlich verarbeitet. Zudem gibt es gewichtige Bereiche, die zu behandeln das Bundesgericht gar nicht in die Lage kommt. Umgekehrt würde die Bedeutung der Rechtsprechung als Fundus für die präventive Rechtskontrolle durch Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene zunehmen. Der zusätzliche Gewinn darf allerdings nicht überschätzt werden.

Ausserhalb des justizmässigen Handelns sind aufgrund des Vergleichs von Rechtsprechung und Rechtssetzung gegenüber Gutachten des Bundesgerichts zu Erlassentwürfen gesamthaft gesehen Vorbehalte anzubringen. Aus heutiger Optik dürften bundesgerichtliche Gutachten nicht den für die präventive Rechtskontrolle erhofften Gewinn erbringen. Ähnliche Überlegungen gelten für das Vernehmlassungsverfahren. Immerhin ist dieses formloser und weniger publik und könnte bei entsprechender Ausgestaltung und Fragestellung möglicherweise in vermehrter Masse in den Dienst der präventiven Rechtskontrolle gestellt werden. Schliesslich kann die Rubrik «Hinweise an den Gesetzgeber» im Geschäftsbericht des Bundesgerichts der Rechtssetzung trotz des punktuellen Charakters wichtige und wertvolle Impulse vermitteln. Sie ist von Seiten des Bundesgerichts zielgerichtet zu handhaben und von der Verwaltung aufmerksam zu beachten.

Würde dem Bundesgericht die Erstellung von Gutachten zu Entwürfen von Bundesgesetzen übertragen, so erhielten die Rechtsprechung und die ganze Institution eine vermehrt politische Komponente. In gewisser Masse mag das schon bei der Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen angenommen werden. Ein «Mehr an Politik» – was immer das im Einzelnen auch heissen mag – ist dem Bundesgericht zuzutrauen. Schon heute weisen manche Urteile eine sogenannte politische Komponente auf.³⁸ Ein «Mehr an Politik» ruft indes nach institutionellen Sicherungen. Die periodische Wiederwahl der Bundesrichterninnen und Bundesrichter beruht auf einem heiklen Gleichgewicht zwischen der parlamentarischen Wahl- und Aufsichtskompetenz (Art. 3 und 5 BGG) und der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 191c BV, Art. 2 BGG). Als

ein Bundesrichter in einer singulären Situation nicht auf Anhiob wiedergewählt worden ist, wurde ihm – fälschlicherweise – die Mitwirkung an bestimmten Urteilen vorgehalten. Solchen Gefährdungen der richterlichen Unabhängigkeit anlässlich von Wiederwahlen ist zu begegnen. Denkbar ist, dass für neue Aufgaben eine spezielle Kammer geschaffen wird, die Bundesrichterinnen und Bundesrichter auf eine bestimmte Dauer ohne Möglichkeit der Wiederwahl ernannt würden oder eine Nichtwiederwahl einer spezifischen Begründungspflicht unterstellt würde.

Zusammenfassend ergibt sich, dass dem Bundesgericht neue Aufgaben in neuen Handlungsformen übertragen werden können. Solche sind vor dem Hintergrund der praktischen Anwendung entsprechend ihrer Ausgestaltung sorgfältig auf ihren Gewinn im Allgemeinen und ihren Ertrag für die präventive Rechtskontrolle im Speziellen hin zu prüfen. Sie bewirken Veränderungen im Gleichgewicht der Gewaltenteilung, sind in den Kontext der bundesstaatlichen Institutionen zu stellen und rufen nach institutionellen Rahmenbedingungen wie die Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit.

Gerold Steinmann, Dr. iur., Gerichtsschreiber und wissenschaftlicher Berater am Bundesgericht in Lausanne, Lausanne, E-Mail: gerold.steinmann@bger.admin.ch

Anmerkungen

- 1 Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010, Stärkung der präventiven Rechtskontrolle (BBl 2010 2187) S. 2202.
- 2 Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010, Stärkung der präventiven Rechtskontrolle (BBl 2010 2187) S. 2226 Ziff. 3; Beitrag von Yves Doutriaux in diesem Heft, S. 325–341.
- 3 Vgl. Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010, Stärkung der präventiven Rechtskontrolle (BBl 2010 2187), S. 2198 Fn. 6.
- 4 Vgl. Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, (BBl 2010 2263), insbes. S. 2335, Ziff. 9.6.2. u. 9.6.3.
- 5 Bundesgesetz vom 19. März 2010 über die Organisation der Strafbehörden des Bundes vom 19. März 2010 (SR 173.71, AS 2010 3267).
- 6 Vgl. die parlamentarischen Initiativen Studer (05.445) und Müller-Hemmi (07.476) und deren Beratung.
- 7 Vgl. Art. 11 der Verordnung vom 17. August 2005 über das Vernehmlassungsverfahren, SR 172.061.1.
- 8 Vgl. Art. 2 und 4 des Bundesgesetzes vom 18. März 2005 über das Vernehmlassungsverfahren, SR 172.061.
- 9 Vgl. BGE 136 IV 4 E. 7 S. 15; 103 Ia 53.
- 10 Vgl. die Änderung von Art. 222 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0, AS 2010 1881) durch den Anhang zum Bundesgesetz vom 19. März 2010 über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (SR 173.71, AS 2010 3267).
- 11 Vgl. BGE 109 Ia 273 E. 2b S. 277; 136 I 49 E. 3.2. S. 55; 136 I 87 E. 3.3 S. 93.
- 12 Vgl. zum Ganzen BGE 131 II 13 E. 6.1 S. 25; 131 II 735 E. 4.1 S. 740.
- 13 Die Zurückhaltung wird bereich- und problemspezifisch unterschiedlich gehandhabt; vgl. BGE 136 I 121 E. 4.2 S. 125.
- 14 BGE 131 II 13; 103 IV 192.
- 15 BGE 131 II 13 E. 10.1 S. 43.

- 16 Vgl. BGE 107 Ib 243.
- 17 Soweit kantonales Organisationsrecht entsprechende Abgrenzungskriterien zwischen Gesetzes- und Verordnungsrecht kennt, kann auch die staatsrechtliche Rechtsprechung gegenüber den Kantonen für die präventive Rechtskontrolle auf Bundesebene von Bedeutung sein. Vgl. BGE 134 I 322 E. 2 (nicht publiziert); 133 II 331 E. 7 S. 345; Urteil 1C_217/2008 vom 3. Dezember 2008 E. 2, *Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht* (ZBl) 111/2010 S. 162.
- 18 Vgl. BGE 129 I 265 E. 2.3 S. 267.
- 19 Urteil IP.362/206 vom 23. November 2006, *Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht* (ZBl) 2007 S. 407.
- 20 BGE 112 Ia 290 und EuGRZ 1986 S. 670; 114 Ia 50.
- 21 Vgl. die parlamentarischen Initiativen Studer (05.445) und Müller-Hemmi (07.476).
- 22 Im vorliegenden Zusammenhang wird auf das komplexe Verhältnis von EMRK/Völkerrecht und Bundesgesetzen nicht näher eingegangen. Es wird nachfolgend nicht differenziert, ob die EMRK oder die BV eine Bundesgesetzesnorm als problematisch erscheinen lässt. Vgl. zum Vorrang der EMRK BGE 125 II 417 E. 4 S. 420. Siehe ferner Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBl 2010 2263.
- 23 Vgl. allgemein BGE 136 I 49 E. 3.1 S. 55; 129 II 249 E. 5.4 S. 263; 123 II 9 E. 2 S. 11; 117 Ib 367 E. 2f S. 373. S. auch Seiler, 2010, S. 351 u. 400 ff.
- 24 Vgl. BGE 134 I 105 E. 6 S. 110; 134 II 249 E. 2 S. 251.
- 25 Vgl. BGE 125 III 209; 136 III 168; 131 II 710 und 131 II 679.
- 26 Im Falle BGE 136 III 168 hätte auf eine Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Namensregelung in Anbetracht der ratio decidendi tatsächlich verzichtet werden können. Vgl. BGE 136 I 65 E. 3.2 S. 70.
- 27 Vgl. BGE 135 II 138 E. 2.2.3 S. 141; 135 IV 162 E. 3.6 S. 168; 135 V 29 E. 4.3 S. 32.
- 28 EGMR-Urteil Emonet und Mitbeteiligte gegen Schweiz vom 13. Dezember 2007, Nr. 39051/03 (*recht* 2008, S. 99).
- 29 EGMR-Urteil Burghartz gegen Schweiz vom 22. Februar 1994, Nr. 49/1992/394/472, Serie A Band 280-B (VPB, 1994 Nr. 121; RUDH 1994, S. 27).
- 30 In diesem Sinne Art. 178 der Reformvorlage C, Reform der Justiz, Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 534 und 640.
- 31 Vgl. im Zusammenhang mit der Gegenstandslosigkeit von Beschwerden die oft wiederholte Formulierung, wonach das Bundesgericht konkrete und nicht bloss theoretische Fragen entscheidet; BGE 125 I 394 E. 4a S. 397.
- 32 Vgl. BGE 133 I 77 E. 2 S. 79; 135 II E. 2 S. 248.
- 33 Vgl. BGE 136 I 87 E. 4 S. 94; 109 Ia 273 E. 12 S. 298; Urteil 1C_140/2008 vom 17. März 2009 E. 7 und 8, *Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht* (ZBl), 2010 S. 42
- 34 Vgl. BGE 136 I 87 E. 8 S. 111.
- 35 Vgl. BGE 110 Ia 7; 131 I 74; Urteil 1C_541/2009 vom 7. Juli 2010 (zur amtlichen Publikation bestimmt).
- 36 Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010, Stärkung der präventiven Rechtskontrolle (BBl 2010 2187), S. 2248 Ziff. 4.6 in Bezug auf gerichtliche Instanzen im Allgemeinen und S. 2249 in Bezug auf das Bundesgericht im Speziellen. Vgl. auch den Beitrag von Yves Doutriaux in diesem Heft, S. 325–341.
- 37 Vgl. BGE 119 Ia 460 E. 4d S. 473.
- 38 Vgl. zur Frage der sog. Dividendenbesteuerung BGE 136 I 49 und 136 I 65, zum Polizeirecht BGE 136 I 87.

Literatur

- Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010, Stärkung der präventiven Rechtskontrolle (BBl 2010 2187).
- Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (BBl 2010 2263).
- Doutriaux, Yves, 2010, L'examen par le Conseil d'Etat des projets de loi avant leur adoption par le Conseil des ministres, in diesem Heft, S. 325–341.
- Häfelin, Ulrich/Haller, Walter/Keller, Helen, 2008, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich.
- Kaufmann, Mathias/Walti, Stephanie, 2010, Neues Zürcher Polizeigesetz auf dem Prüfstand, *Sicherheit & Recht*, Nr. 2, S. 136–140.
- Meyer, Lorenz, 2009, Gegen eine zusätzliche Staatsgewalt, *NZZ* 26. November 2009.
- Seiler, Hansjörg, 2010, Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Verfassungsrecht, Richterrecht und Politik, *Zeitschrift für schweizerisches Recht* (ZSR), 129/2010 II, S. 351/400 ff.
- Tschentscher, Axel, u.a., 2009, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2008 und 2009, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* (ZBJV), 145/2009, S. 719 ff.