

# Richterliches Prüfungsrecht und politischer Mehrheitswille

Erfahrungen der Vereinigten Staaten —  
Folgerungen für die Schweiz

Von Dr. iur. Dietrich Schindler, Zürich

---

## I. Einleitung

In der Schweiz ist die Ansicht weitverbreitet, eine Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Bundesgesetzgebung durch den Richter wäre mit den Anschauungen und Einrichtungen unserer Demokratie nicht vereinbar. Diese Auffassung hat wesentlich dazu beigetragen, daß alle Versuche, das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Bundesgesetzen und Bundesbeschlüssen einzuführen, mißlungen sind. William Rappard glaubte sogar sagen zu können: «Es versteht sich, daß das Schweizervolk, das kein anderes Gesetz als das seiner eigenen Souveränität kennt und kennen will, niemals eine gerichtliche Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung annehmen würde, wie sie in gewissen fremden Staaten besteht.»<sup>1</sup> Das richterliche Prüfungsrecht wird als eine Bevormundung der Volksvertretung und des Volkes selbst betrachtet. Im bundesrätlichen Bericht über das Volksbegehren für die Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit von 1937 heißt es u. a.: «Durch das richterliche Prüfungsrecht wird der Gesetzgeber in seiner ureigenen Funktion dem Gerichtshof untergeordnet, da dieser über die Gültigkeit der Gesetze entscheidet. Das Verhältnis

---

<sup>1</sup> Rappard, Die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft 1848—1948, Zürich 1948, 426.

zwischen den drei Gewalten wird grundlegend geändert und Art. 71 der Bundesverfassung wird ausgehöhlt. Über die Bundesversammlung wird der Gerichtshof als negativer Gesetzgeber gestellt.»<sup>2</sup> Anlässlich der Diskussion über die Verfassungsgerichtsbarkeit am schweizerischen Juristentag 1950 wurden ähnliche Bedenken geäußert. Ein Diskussionsvotant sagte: «Solange nicht unzweifelhaft erwiesen ist, daß Regierung und Verwaltung nicht gewillt und außerstande sind, Verfassung und Recht im Gesetzgebungsverfahren zu respektieren, solange ist ihnen die Kompetenz, selbst für die Beachtung von Verfassung und Gesetz zu sorgen, ungeschmälert zuzuerkennen. Darum wählen wir die besten Männer in die Regierung und an die leitenden Stellen der Verwaltung. Wo finden wir die noch besseren für ein Verfassungsgericht, das sie kontrolliert?»<sup>3</sup> Es wurde auch darauf aufmerksam gemacht, daß die Verfassungswidrigerklärung wichtiger Bundesgesetze durch den Richter zu leidenschaftlichen Reaktionen seitens des Parlamentes und Volkes führen könnte.<sup>4</sup>

Der Glaube, das richterliche Prüfungsrecht wäre ein Fremdkörper in unserer Demokratie, könnte unangetastet bleiben, wenn in unserem Lande nicht ein ausgesprochenes Bedürfnis nach einem wirksamen Schutz der Verfassungsmäßigkeit der Bundesgesetzgebung bestände. Die am schweizerischen Juristentag 1950 versammelten Juristen erklärten in einer Resolution, sie betrachteten es als dringlich, «durch Einsetzung eines unabhängigen Organes die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Erlasse der Bundesversammlung und des Bundesrates, auf jeden Fall im Stadium ihrer Ausarbeitung, zu verstärken». Außerdem

---

<sup>2</sup> Bundesblatt 1937 III 26.

<sup>3</sup> Bundesvizekanzler Weber, ZSR 69 (1950) 420 a.

<sup>4</sup> André Panchaud, Les garanties de la constitutionnalité et de la légalité en droit fédéral, ZSR 69 (1950) 43 a. Vgl. dazu im übrigen Hans Nef, Sinn und Schutz verfassungsmäßiger Gesetzgebung und rechtmäßiger Verwaltung im Bunde, ZSR 69 (1950) 212 a ff.

gaben sie der Meinung Ausdruck, «daß die Achtung vor der Verfassung nicht irgendeiner formalen Forderung entspricht, sondern um des Schutzes der in der Verfassung verkörperten Grundwerte willen notwendig ist, nämlich des Föderalismus, der demokratischen Rechte und der individuellen Freiheiten<sup>5</sup>». Trotz diesem eindeutigen Wunsch nach Maßnahmen zum Schutz der Verfassung war es jedoch nicht möglich, an jenem Juristentag eine klare Meinung über die Art dieser Maßnahmen zu erreichen. Jede Variante einer Prüfungsinstanz stieß auf schwerwiegende Bedenken. Die Befürchtung, daß die neuen Einrichtungen mehr Nachteile als Vorteile haben könnten, schien die Oberhand zu behalten. Wenn in der vorgenommenen Probeabstimmung der Vorschlag, eine lediglich konsultative Kommission mit der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetzesentwürfe zu betrauen, eine Mehrheit erreichte gegenüber dem Vorschlag, eine voll ausgebaute Verfassungsgerichtsbarkeit zu schaffen, so ist dieses Ergebnis wohl eher dem bestehenden Unbehagen über die vorgeschlagenen Institutionen als einer wirklichen Überzeugung, daß das Ziel damit erreicht würde, zuzuschreiben<sup>6</sup>.

Die Diskrepanz, die zwischen dem Wunsch nach neuen Maßnahmen zum Schutz der Verfassung und dem Glauben, das richterliche Prüfungsrecht widerspreche unserer Demokratie, besteht, rechtfertigt es, einige neue Aspekte des Verhältnisses zwischen richterlichem Prüfungsrecht und Demokratie zu beleuchten. Rechtstheoretische Erörterungen der Antinomie von richterlichem Prüfungsrecht und Demokratie liegen bereits in mustergültiger Form vor<sup>7</sup>. Im vorlie-

<sup>5</sup> ZSR 69 (1950) 443 a.

<sup>6</sup> Die Abstimmung wurde auch lediglich vorgenommen, um festzustellen, welcher der beiden Vorschläge bevorzugt wurde. ZSR 69 (1950) 442 a.

<sup>7</sup> Vgl. besonders Werner Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich 1945, 175 ff. Nef, a.a.O. 227a ff. R. H. Großmann, Die staats- und rechtsideologischen Grundlagen der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz, Zürich 1948, 92 ff.

genden Aufsatz sollen praktische Erwägungen im Vordergrund stehen. Es wird versucht, einige Erfahrungen der Vereinigten Staaten für die Schweiz nutzbar zu machen.

Es ist selbstverständlich, daß das, was für Amerika gilt, nicht ohne weiteres auch für die Schweiz anwendbar ist. Indessen bieten die Vereinigten Staaten wertvolle Anhaltspunkte. Freilich ist schon auf fundamentale Verschiedenheiten schweizerischer und amerikanischer Anschauungen und Verhältnisse hingewiesen worden. So wurde gesagt, in der Schweiz bestehe eine «foi démocratique», während in den Vereinigten Staaten eine «peur de la démocratie» herrsche<sup>8</sup>. Es ist nicht zu bestreiten, daß dieser Unterschied wesentlich dafür bestimmend war, daß in den Vereinigten Staaten das richterliche Prüfungsrecht anerkannt wurde, in der Schweiz aber auf Ablehnung stieß. Heute besteht dieser Unterschied jedoch in bedeutend geringerem Maße. Man ist sogar versucht zu sagen, es sei eine Umkehrung eingetreten. Der Glaube an die Demokratie ist zu einem der charakteristischen Merkmale Amerikas geworden<sup>9</sup>, während in der Schweiz mehr und mehr die Grenzen und die Problematik der Demokratie erkannt werden<sup>10</sup>. Schon im letzten Jahrhundert machten de Tocqueville mit seinen Schilderungen der «tyrannie de la majorité» und Bryce mit seinen Ausführungen über den «fatalism of the multitude» auf den radikal demokratischen Zug der amerikanischen Politik aufmerksam. Besonders eindrücklich hiefür ist auch, daß in den ersten Jahrzehnten dieses Jahrhunderts mehrere Gliedstaaten der Vereinigten Staaten das Recht der Abberufung der Richter durch das Volk (recall of judges) und sogar das Recht des Widerrufs bestimmter Gerichtsentscheidungen (recall of decisions) einführten.

<sup>8</sup> William E. Rappard, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales par le juge aux Etats-Unis et en Suisse*, ZSR 53 (1934) 112a. Nef, a.a.O. 232a.

<sup>9</sup> Vgl. bes. Carl J. Friedrich, *The New Image of the Common Man*, Boston 1950.

<sup>10</sup> Vgl. bes. Werner Kägi, *An den Grenzen der direkten Demokratie?* Jahrbuch «Die Schweiz» 1951.

Auch in der amerikanischen Literatur sind viele Äußerungen zu finden, die das richterliche Prüfungsrecht aus demokratischen Gründen ablehnen. Ein amerikanischer Jurist schrieb kürzlich, durch die amerikanische Literatur über das richterliche Prüfungsrecht gehe ein Zug des Unbehagens, ja des Schuldbewußtseins, denn viele Autoren seien vom Gefühl geplagt, das richterliche Prüfungsrecht sei undemokratisch<sup>11</sup>. So ist trotz aller Verschiedenheit der Verhältnisse und Anschauungen in der Schweiz und in den Vereinigten Staaten die Problematik des richterlichen Prüfungsrechtes in beiden Ländern weitgehend dieselbe.

Das Verhältnis zwischen richterlichem Prüfungsrecht und politischem Mehrheitswillen<sup>12</sup> wird im folgenden unter zwei Gesichtspunkten betrachtet. Erstens soll untersucht werden, welches die Reaktion der Legislative und der öffentlichen Meinung auf die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen ist. Zweitens wird zu prüfen sein, in welcher Weise der politische Mehrheitswille durch das bloße Bestehen des richterlichen Prüfungsrechtes beeinflußt wird. Die beiden Fragen werden zuerst für die Vereinigten Staaten und nachher für die Schweiz beantwortet.

## II. Erfahrungen der Vereinigten Staaten

### 1. Die Reaktion des Kongresses und der öffentlichen Meinung auf die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen

Es wird gemeinhin angenommen, durch die Nichtigerklärung eines Gesetzes werde ein Stück Mehrheitswille umgestoßen. Diese Ansicht stellt jedoch eine Verallgemeinerung dar. Eine Betrachtung der amerikanischen Praxis zeigt, daß nur etwa die Hälfte aller verfassungswidrig er-

<sup>11</sup> Eugene V. Rostow, *The Democratic Character of Judicial Review*, Harvard Law Review 66 (1952) 193.

<sup>12</sup> Politischer Mehrheitswille bedeutet im folgenden der Wille der Mehrheit der Volksvertretung oder des Volkes.

klärten Gesetze oder Gesetzesbestimmungen einem klaren Mehrheitswillen des Kongresses entsprang.

Seit dem Bestehen der Vereinigten Staaten hat der Supreme Court insgesamt 74 Gesetze des Kongresses ganz oder teilweise verfassungswidrig erklärt<sup>13</sup>. In ungefähr der Hälfte aller Fälle wurden nur nebensächliche Einzelbestimmungen von Gesetzen betroffen, denen die Mehrheit des Kongresses sowohl bei der Beratung wie auch bei der Verfassungswidrigerklärung indifferent gegenüberstand. Durchgeht man die Liste dieser Gesetzesbestimmungen, so fällt deren Bedeutungslosigkeit in die Augen. Man findet darunter insbesondere Steuervorschriften und Strafbestimmungen mit engem Anwendungsbereich. Im jüngsten vorgekommenen Fall wurde z. B. eine Gesetzesbestimmung nichtig erklärt, die die Behinderung der Inspektion von Drogerie- und ähnlichen Geschäften durch Bundesbeamte unter Strafe stellte<sup>14</sup>. In einigen Fällen wurden nicht Gesetzesbestimmungen als solche, sondern nur deren Anwendung auf bestimmte Situationen verfassungswidrig erklärt. Alle diese nebensächlichen Bestimmungen hatten ein so geringes All-

<sup>13</sup> Eine chronologische Liste dieser Gesetze oder Gesetzesbestimmungen findet sich in «The Constitution of the United States of America, Analysis and Interpretation», United States Government Printing Office, Washington 1953, 1239 ff. Die 74 Gesetze oder Gesetzesbestimmungen wurden in insgesamt 78 Entscheidungen des Supreme Court verfassungswidrig erklärt (in vier Fällen wurden verschiedene Bestimmungen desselben Gesetzes vom Supreme Court in verschiedenen Verfahren behandelt). Vgl. auch Warren, Congress, the Constitution, and the Supreme Court (1925) 273 ff. Eine Würdigung der Konsequenzen der Entscheidungen gibt Henry W. Edgerton, The Incidence of Judicial Control over Congress, Cornell Law Quarterly 22 (1936/37) 299 ff. Vgl. auch das neue Buch «Supreme Court and Supreme Law», herausgegeben von Edmond Cahn (Indiana University Press, Bloomington 1954), mit u. a. folgenden Beiträgen: Paul A. Freund, Review and Federalism; John P. Frank, Review and Basic Liberties; Willard Hurst, Review and the Distribution of National Powers; Charles P. Curtis, Review and Majority Rule.

<sup>14</sup> United States v. Cardiff, 344 U.S. 174 (1952) (U.S. = United States Reports).

gemeininteresse, daß eine eindeutige Mehrheitsauffassung darüber schlechthin unmöglich war. Sie konnten denn auch ohne weiteres fallengelassen oder der Gerichtsentscheidung entsprechend abgeändert werden.

Ein weiteres rundes Viertel der Fälle betraf Gesetze oder Gesetzesbestimmungen, die zwar auf einem klaren Mehrheitswillen beruhten, denen aber von der Mehrheit doch keine entscheidende Bedeutung beigemessen wurde. Ihre Verfassungswidrigerklärung vermochte deshalb auch keine erheblichen Reaktionen auszulösen. So wurden z.B. ein Erlaß, der die Befugnis des Präsidenten, höhere Beamte zu entlassen, von der Zustimmung des Senats abhängig machte, und ein Erlaß, der die Auszahlung der Besoldung an drei namentlich genannte, als subversiv verrufene Beamte verbot, verfassungswidrig erklärt<sup>15</sup>. Wenn der Kongreß und die Öffentlichkeit das Dahinfallen dieser Gesetze ohne weiteres hingenommen haben, so wohl in der Erkenntnis, daß es auf diese Gesetze letzten Endes nicht ankomme. Man kann in diesem Zusammenhang daran erinnern, daß bei der Differenzbereinigung zwischen den beiden Häusern der Parlamente oft zwei sich klar entgegengesetzte Willen einander gegenüberstehen, dabei aber fast ausnahmslos einer der beiden nachgibt.

Nur im restlichen Viertel der Fälle, d. h. in etwa 18 Entscheidungen, hat der Supreme Court Gesetze verfassungswidrig erklärt, die von der Mehrheit als wesentlich betrachtet wurden. Nur in diesen Fällen kam es zu einem eigentlichen Konflikt zwischen richterlicher Entscheidung und Mehrheitswille. Die Mehrheit fügte sich zwar den Entscheidungen, doch war die Sache damit nicht erledigt. Vielmehr wurden Wege gesucht, um die gewünschten Maßnahmen doch noch zu erreichen. Etwa sechs der verfassungswidrig erklärten Gesetze dieser Art konnten unter Berücksichtigung der Beanstandungen des Gerichtes in neuer Form und mit beschränkterem Anwendungsbereich neu erlassen wer-

<sup>15</sup> Myers v. United States, 272 U.S. 52 (1926). United States v. Lovett, 328 U.S. 303 (1946).

den. So wurden ein Gesetz über Handelsmarken (1870/76), ein Gesetz über die Haftung der Eisenbahnen gegenüber ihren Angestellten (1906/08) sowie vier wirtschafts- oder sozialpolitische Gesetze des New Deal, die verfassungswidrig erklärt worden waren, neu ausgearbeitet. In den übrigen etwa zwölf Fällen verneinte der Supreme Court die Kompetenz der Union in so weitem Umfang, daß eine Regelung der Materie in neuen Gesetzen nicht möglich war. Da die so vereitelten Maßnahmen jedoch einem intensiven politischen Wunsch entsprangen, führte ihre Nichtigerklärung zu Versuchen, die Entscheidung des Supreme Court zu überwinden. Teils wurden Anstrengungen unternommen, die Verfassung zu ändern, teils wurde gehofft, eine Änderung der Rechtsprechung des Supreme Court herbeizuführen.

Die Versuche, durch Verfassungsänderung die Grundlage für verfassungswidrig erklärte Gesetze zu schaffen, hatten selten Erfolg. In den meisten Fällen gelang es nicht, die erforderliche Mehrheit von zwei Dritteln beider Häuser des Kongresses und drei Vierteln der Gliedstaaten zu erreichen. Nur in zwei Fällen konnten Entscheidungen des Supreme Court durch Verfassungsänderung überwunden werden. Der berühmte Dred Scott-Fall von 1857, in dem der Supreme Court die Kompetenz des Kongresses, die Sklaverei in den Territorien der Vereinigten Staaten zu verbieten, verneinte, war nicht nur ein wichtiges Glied in der Kette von Ereignissen, die zum Sezessionskrieg führten, sondern veranlaßte auch die Annahme des 13. und 14. Amendments zur Verfassung, durch die die Sklaverei ausdrücklich abgeschafft wurde. Eine Entscheidung des Jahres 1895, die das Einkommenssteuergesetz von 1894 zu Fall brachte, führte zur Annahme des 16. Amendments im Jahre 1913, durch welches der Kongreß die unbeschränkte Kompetenz zur Erhebung von Einkommenssteuern erhielt.

Die übrigen Entscheidungen, die einem eindeutigen Mehrheitswillen zuwiderliefen, sich jedoch nicht durch eine Verfassungsänderung überwinden ließen, wurden nach kür-



zerer oder längerer Frist vom Supreme Court selbst durch eine neue Auslegung der Verfassung umgestoßen. Eine solche Änderung der Rechtsprechung war möglich dank der sehr weitmaschigen Fassung einiger zentraler Bestimmungen der amerikanischen Bundesverfassung, wie besonders der «commerce clause» und der «due process clause», die ihren Sinngehalt nur aus den vorherrschenden Auffassungen gewinnen können. Es ist natürlich, daß solche Änderungen der Rechtsprechung meistens durch einen Personenwechsel im Gericht ausgelöst wurden. Im Jahre 1870 wurde die Kompetenz des Kongresses, Banknoten zum gesetzlichen Zahlungsmittel zu erklären, vom Supreme Court mit einem Stimmenverhältnis von 4:3 verneint<sup>16</sup>. Der Entscheid lief einem eindeutigen Mehrheitswillen zuwider. Kurz darauf waren zwei Richterstellen neu zu besetzen. Ein Jahr später wurde dasselbe Gesetz nochmals vor den Supreme Court gebracht und diesmal mit einem Stimmenverhältnis 5:4 gutgeheißen<sup>17</sup>. Dieser Vorfall hat dem Ansehen des Supreme Court begreiflicherweise geschadet und wurde auch von Personen, die den zweiten Entscheid für grundsätzlich richtig hielten, als Fehler betrachtet<sup>18</sup>. Es ist auch der einzige Fall, in dem der Supreme Court über ein und dieselbe Maßnahme in so kurzer Frist zwei sich entgegengesetzte Entscheide fällte. Eine längere Reihe wirtschafts- und sozialpolitischer Gesetze, so ein Arbeiterschutzgesetz (1908), Gesetze über Kinder- und Frauenarbeit (1918, 1922, 1923) sowie mehrere Gesetze des New Deal zur Überwindung der Wirtschaftskrise der dreißiger Jahre wurden vom Supreme Court verfassungswidrig erklärt — mehrere davon mit 5:4-Mehrheiten —, bis es im Jahre 1937 zu einer tiefgreifenden Änderung der Rechtsprechung kam. Diese Änderung wurde zwar zunächst von einem einzelnen Richter vollzogen, der seine bisherige Auffassung nicht mehr für

---

<sup>16</sup> Hepburn v. Griswold, 8 Wall. 603.

<sup>17</sup> Knox v. Lee, 12 Wall. 457.

<sup>18</sup> Vgl. Robert H. Jackson, *The Struggle for Judicial Supremacy*, New York 1941, 41 ff.

richtig betrachtete und damit das 5:4-Verhältnis umkehrte; sie stand jedoch unter der Drohung des Gerichtsreorganisationsplanes des Präsidenten Roosevelt, welcher die verfassungsmäßige Kompetenz des Kongresses, neue Richterstellen zu schaffen, dazu benützen wollte, den über 70jährigen Richtern neue Richter zur Seite zu setzen. Roosevelts Plan wurde zwar abgelehnt, da er als Anschlag auf die Unabhängigkeit der Justiz betrachtet wurde, doch brachte er zum Bewußtsein, daß der Supreme Court nicht die Macht hat, einen eindeutigen Mehrheitswillen auf die Dauer zurückzuhalten. Die Änderung der Rechtsprechung im Jahre 1937 öffnete mit einem Schlag das Tor für fast alle gewünschten Wirtschafts- und Sozialmaßnahmen.

Abgesehen von den genannten Fällen der Änderung der Rechtsprechung könnten noch ein paar weitere aufgezählt werden, die jedoch von geringerer Bedeutung sind<sup>19</sup>.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß überall dort, wo die Entscheidungen des Supreme Court einem klaren Mehrheitswillen zuwiderliefen, der Mehrheitswille letztlich der stärkere war<sup>20</sup>. In zwei Fällen haben Verfassungsänderungen und in etwa 12 Fällen Änderungen der Rechtsprechung dem Mehrheitswillen zum Durchbruch verholfen. Aus dieser

<sup>19</sup> Es muß bemerkt werden, daß auch bei diesem Praxiswechsel nicht von der Regel der bindenden Kraft der Präjudizien abgewichen wurde. Vielmehr wurden die zu beseitigenden Entscheidungen als ein fehlerhaftes Abgehen von bewährteren Entscheidungen betrachtet. So heißt es etwa in der Entscheidung *United States v. Darby* (312 U.S. 100, 1941), durch welche die Entscheidung *Hammer v. Dagenhart* (247 U.S. 251, 1918) umgestoßen wurde: "The conclusion is inescapable that *Hammer v. Dagenhart* was a departure from the principles which have prevailed in the interpretation of the commerce clause both before and since the decision and that such vitality, as a precedent, as it then had has long since been exhausted. It should be and now is overruled."

<sup>20</sup> Dies gilt selbstverständlich nur für das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Bundeserlassen, nicht dasjenige gegenüber Erlassen der Gliedstaaten. Die Mehrheit eines einzelnen Gliedstaates ist natürlich nicht mächtig genug, um auf Bundesboden etwas ausrichten zu können.

Tatsache ist der Schluß gezogen worden, das richterliche Prüfungsrecht sei überhaupt nutzlos. Denn wenn der Mehrheitswille sich über kurz oder lang durchsetze, so sei die richterliche Prüfung ein unnötiger Hemmschuh der Gesetzgebung. Der bekannte Historiker Henry Steele Commager, ein Gegner des richterlichen Prüfungsrechts, erklärt: «Hätte es nie einen Fall richterlicher Nichtigerklärung von Gesetzen des Kongresses gegeben, so wäre unser verfassungsrechtliches System im wesentlichen dasselbe, das es heute ist<sup>21</sup>.» Dieser Schluß geht allerdings zu weit. Wenn es auch richtig ist, daß diejenigen Entscheidungen des Supreme Court, die im Laufe der Zeit weder durch Verfassungsänderung noch durch Praxisänderung beseitigt wurden, nur unwesentliche Teile der Gesetzgebung betrafen und somit am verfassungsrechtlichen System nichts wesentliches zu ändern vermochten, so darf doch die Bedeutung des richterlichen Prüfungsrechts nicht einzig an diesen Fällen gemessen werden. Der Hauptteil der amerikanischen Autoren sieht denn auch den Wert des richterlichen Prüfungsrechts nicht in der repressiven Tätigkeit der Gerichte, sondern im präventiven und erzieherischen Einfluß derselben.

## 2. Die Beeinflussung des Mehrheitswillens durch das bloße Bestehen des richterlichen Prüfungsrechts

Die bloße Existenz des richterlichen Prüfungsrechts bewirkt, daß der Kongreß bei jedem Gesetzesvorschlag vor die unausweichliche Frage gestellt wird, ob der Vorschlag mit der Verfassung und der Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court übereinstimmt. Es wird in diesem Zusammenhang von der Präventivwirkung oder vom Edukations-

---

<sup>21</sup> Commager, *Majority Rule and Minority Rights*, New York 1950, 47. Ähnlich Harold Laski, *The American Democracy*, New York 1948, 111f.

effekt<sup>22</sup> des richterlichen Prüfungsrechts oder auch von antizipierter Reaktion<sup>23</sup> gesprochen. Dieser Einfluß wird in der Regel positiv bewertet. Freilich fehlen auch Stimmen nicht, die in ihm einen Nachteil sehen. Auf diese ist zunächst einzutreten.

Es wird erklärt, das richterliche Prüfungsrecht mache die Legislative unverantwortlich. Es führe dazu, daß das Parlament und das Volk in übertriebener Weise auf den richterlichen Schutz der Verfassung vertrauen und selbst nicht mehr darüber wachen, daß keine verfassungswidrigen Gesetze erlassen werden<sup>24</sup>. Das Parlament werde verleitet, Gesetze nur noch aus Popularitätsrücksichten oder zur Befriedigung bestimmter Interessen zu erlassen, im Bewußtsein, daß es Sache des Richters sei, für die Beachtung der Verfassung zu sorgen. Diese Ansicht findet jedoch in der Praxis des amerikanischen Kongresses keine Bestätigung. Das Bestehen des richterlichen Prüfungsrechts dürfte den Kongreß in Verfassungsfragen eher vorsichtig als nachlässig gemacht haben. Im amerikanischen Kongreß wird die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze eingehender diskutiert als in der schweizerischen Bundesversammlung<sup>25</sup>. Zur Stützung der Ansicht, der Kongreß sei nachlässig geworden, könnte nur ein einziger Vorfall angeführt

---

<sup>22</sup> Vgl. Hans Huber, Die Verfassungsbeschwerde, Karlsruhe 1954, 14. Die Bezeichnung «Edukationseffekt» stammt von Zweigert.

<sup>23</sup> Carl J. Friedrich, Constitutional Government and Democracy (Ausgabe von 1946) 589f.

<sup>24</sup> Vgl. Frederick F. Blachly und Miriam E. Oatman, Some Consequences of Judicial Review, Z.ausl.öf.f.R.u.VR. I 1, S. 506 (1929). James B. Thayer, The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law, Harvard Law Review 7 (1893) 146. Commager, a.a.O. 75. Rostow, a.a.O. 201. Hermann von Mangoldt, Geschriebene Verfassung und Rechtsicherheit in den Vereinigten Staaten von Amerika, Breslau-Neukirch 1934, 142.

<sup>25</sup> Vgl. Tripp/Huber, Der schweizerische und der amerikanische Bundesstaat, Zürich 1942, 40/1.

werden. Präsident Franklin Roosevelt drängte darauf, daß der Kongreß die New-Deal-Maßnahmen erlasse, ohne auf den Supreme Court Rücksicht zu nehmen<sup>26</sup>. Diese Aufforderung hatte jedoch nur die Bedeutung einer Demonstration gegen die damalige Rechtsprechung des Supreme Court, nicht die einer grundsätzlichen Äußerung.

Von anderer Seite wird geltend gemacht, das richterliche Prüfungsrecht bewirke, daß das Parlament in Verfassungsfragen übervorsichtig werde und nur noch auf die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze, nicht mehr auf deren Zweckmäßigkeit achte. Aus Angst vor der Verfassungswidrigkeit würden sinnvolle Bestimmungen aus Gesetzen weggelassen. Die schöpferische Tätigkeit des Gesetzgebers werde gelähmt<sup>27</sup>. Diese Behauptung entkräftet sich wohl von selbst. Wenn das richterliche Prüfungsrecht zu verhindern vermag, daß verfassungswidrige Gesetze entstehen, so hat es seinen Zweck erfüllt. Wenn es aber die Entstehung sinnvoller Gesetze verhindert, so liegt der Fehler nicht am richterlichen Prüfungsrecht, sondern an der Verfassung, die alsdann einer Revision bedarf.

Der Einfluß, den das richterliche Prüfungsrecht auf die Bildung des Mehrheitswillens tatsächlich ausübt, wird nie vollständig erfaßt werden können. Denn es kann nicht gesagt werden, was für Gesetze der Kongreß erlassen hätte, wenn das richterliche Prüfungsrecht nicht vorhanden gewesen wäre. Immerhin können einige Feststellungen gemacht werden. So ist zunächst klar, daß geringfügige Einzelbestimmungen, denen die Mehrheit indifferent gegenübersteht, stets von vorneherein der Rechtsprechung des Supreme Court angepaßt werden. Es ist dies eine vorwiegend gesetzestechnische Angelegenheit, die keine grundsätzlichen Entschlüsse erfordert. Die Frage des präventiven Einflusses des richterlichen Prüfungsrechts auf das Parlament wird aber erst dort kritisch, wo eine von der Mehrheit ein-

---

<sup>26</sup> Hurst, a.a.O. 143.

<sup>27</sup> Vgl. Blachly/Oatman, a.a.O. 506. Frank, a.a.O. 120. Bundesblatt 1937 III 25.

deutig gewünschte Maßnahme auf verfassungsrechtliche Bedenken stößt. Hier erst stellt sich die Frage, ob der Einfluß des richterlichen Prüfungsrechts stärker ist als der Mehrheitswille. Das Resultat der Auseinandersetzung hängt hauptsächlich von zwei Faktoren ab. Maßgebend ist vorerst, ob die Verfassungsmäßigkeit eines vorgeschlagenen Erlasses auf Grund der vorhandenen Präjudizien klar verneint werden muß oder nur zweifelhaft ist. Eine Maßnahme wird desto eher unterlassen, je klarer ihre Verfassungswidrigkeit ist. Von Bedeutung ist sodann, ob ein vorgeschlagener Erlaß von der Mehrheit intensiv gewünscht oder als nicht wesentlich betrachtet wird. Im letzteren Fall ist die Wahrscheinlichkeit größer, daß auf ihn verzichtet wird. Es hat sich gezeigt, daß es schwierig ist, den Kongreß von der Verfassungswidrigkeit einer Maßnahme zu überzeugen, besonders wenn eine Maßnahme von der Mehrheit klar gewünscht wird. Die Fälle, in denen der Kongreß im Stadium der Beratung Maßnahmen aus verfassungsrechtlichen Bedenken fallen ließ, sind selten<sup>28</sup>. Verschiedentlich sind Maßnahmen trotz Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit erlassen worden, insbesondere in den ersten Jahren des New Deal. Einige solcher Erlasse sind vom Supreme Court gutgeheißen worden, andere wurden verfassungswidrig erklärt. Gelegentlich bestimmte der Kongreß in den Gesetzen ausdrücklich, welche Teile des Gesetzes in Kraft bleiben sollten, wenn bestimmte andere Teile verfassungswidrig erklärt würden<sup>29</sup>. Es ergibt sich somit, daß das richterliche Prü-

---

<sup>28</sup> Frank, a.a.O. 126, führt aus, im McCarran Act sei das Verbot der kommunistischen Partei und im Smith Act das Verbot privater militärischer Organisationen wegen des Risikos der Verfassungswidrigerklärung fallengelassen worden.

<sup>29</sup> So enthielt z. B. der Bituminous Coal Conservation Act von 1935 die folgende Klausel: "If any provision of this Act, or the application thereof, to any person or circumstances, is held invalid, the remainder of the Act and the application of such provisions to other persons or circumstances shall not be affected thereby." Im Entscheid *Carter v. Carter Coal*, 298 U.S. 238 (1936), wurde jedoch das ganze Gesetz verfassungswidrig erklärt.

fungsrecht auch durch seine präventive Wirkung einem klaren Mehrheitswillen gegenüber wenig ausrichten kann<sup>30</sup>.

Dieses Ergebnis berechtigt nun aber auch wieder nicht zur Folgerung, das richterliche Prüfungsrecht sei wertlos. Der Hauptwert desselben liegt wohl nicht, wie meistens vermutet wird, in der Aufhebung oder Verhinderung irgendwelcher konkreter Gesetze, sondern in seinem viel allgemeineren Einfluß auf das Rechtsbewußtsein. Wie stark dieser Einfluß ist, kann nicht auf Grund der Zahl der aufgehobenen Gesetze oder an Hand von parlamentarischen Beratungen festgestellt werden, sondern läßt sich nur aus der Einstellung, die ein Volk zu seiner Verfassung hat, vermuten. Mit Recht ist gesagt worden, daß eine Verfassung letztlich nur dann aufrechterhalten werden kann, wenn das Volk selbst dafür besorgt ist. Eine Verfassungsgerichtsbarkeit, hinter der nicht der Wille des Volkes steht, ist letztlich nutzlos. Zu Unrecht ist diese Erkenntnis aber als Argument gegen das richterliche Prüfungsrecht verwendet worden<sup>31</sup>. Tatsächlich führt das richterliche Prüfungsrecht nicht zu einer Lähmung, sondern zu einer Stärkung des Verfassungsbewußtseins des Volkes. Daß in einer massiven, so oft dem Radikalismus verfallenden Demokratie, wie sie die Vereinigten Staaten sind, die Verfassung als beinahe heiliges Dokument betrachtet wird und der Oberste Gerichtshof eine beispiellos hohe Achtung als Beschützer der Grundrechte genießt, ist zu einem beträchtlichen Teil auf das Bestehen des richterlichen Prüfungsrechts zurückzuführen. In neuester Zeit ist wiederholt festgestellt worden, daß der Supreme Court sein hohes Ansehen vor allem seinem Prüfungsrecht über die Bundesgesetzgebung verdankt<sup>32</sup>. Achtung des Ge-

<sup>30</sup> Es muß auch hier betont werden, daß dieser Schluß nur für das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Bundeserlassen, nicht gegenüber gliedstaatlichen Erlassen gilt.

<sup>31</sup> Vgl. Commager, a.a.O. 75ff.; v. Mangoldt, a.a.O. 142; Bundesrat Häberlin, Diskussionsvotum, ZSR 53 (1934) 292 a.

<sup>32</sup> Frank, a.a.O. 115: "The very existence of the power of judicial review is the greatest single source of the Supreme Court's prestige." Hurst, a.a.O. 167: "Plainly, it has been judicial review

rechts und Achtung der Verfassung gehen Hand in Hand. Bestände nicht ein besonderes Kollegium, das über die Verfassungsmäßigkeit zu entscheiden hat, so würde die Verfassung im Rechtsbewußtsein nicht die gleiche Rolle spielen, die sie heute spielt. Die Tatsache, daß die Frage der Verfassungsmäßigkeit in einem besonderen Verfahren entschieden wird, lenkt die Aufmerksamkeit unwillkürlich auf die Verfassung hin. Könnte überdies nicht der Einzelne die Verfassungsmäßigkeit eines Erlasses anfechten, so hätte die Frage der Verfassungsmäßigkeit nicht die konkrete, aktuelle Bedeutung, die für ihr Verständnis notwendig ist.

Neue amerikanische Schriftsteller glauben denn auch, daß der Hauptwert des richterlichen Prüfungsrechts in der Stärkung des Verfassungsbewußtseins liegt. Ein Autor kommt zur Überzeugung, daß die Idee des Konstitutionalismus nirgends eine so fruchtbare Stütze hat wie im richterlichen Prüfungsrecht. Er sieht eine der bedeutendsten Funktionen des richterlichen Prüfungsrechts darin, die Menschen an die Frage der Rechtmäßigkeit der Macht zu erinnern<sup>33</sup>. Ein anderer Autor erklärt: «Die Diskussion von Problemen und die Erklärung von großen Prinzipien durch die Gerichte ist ein lebenswichtiges Element in der Gemeinschaftserfahrung, durch die die amerikanische Politik gemacht wird. Der Supreme Court ist unter anderem eine erzieherische Institution, und die Richter sind unvermeidbar Lehrer in einem lebenswichtigen nationalen Seminar. — Der Gerichtshof hat die Wirkung, die grundlegenden demokratischen Kräfte Amerikas nicht zu hemmen, sondern freizulegen und zu stärken<sup>34</sup>.» Schon Benjamin Cardozo, einer der großen seinerzeitigen Richter des Supreme Court, sagte: «Die hemmende Macht der Justiz zeigt ihren Hauptwert nicht in den wenigen Fällen, in denen die Legislative die Grenzen ihres Ermessens überschritten hat. Eher werden

---

which has given the Court its status in the eyes of students and of a sizeable public.”

<sup>33</sup> Hurst, a.a.O. 167.

<sup>34</sup> Rostow, a.a.O. 208, 210.



wir ihren Hauptwert darin finden, daß sie Ideale, die sonst verschwiegen würden, hörbar macht, ihnen Kontinuität des Lebens und Ausdrucks verleiht und die Wahl lenkt, wo es zu wählen gilt<sup>35</sup>.»

Das richterliche Prüfungsrecht kann in einer Demokratie nicht dazu da sein, den Mehrheitswillen auf die Dauer zurückzuhalten. «Der Wille der Mehrheit muß auf die Dauer irgendwie überwiegen, denn die Annahme seiner Entscheidung ist die einzige Alternative zu einem Appell an die Gewalt<sup>36</sup>.» Die Tatsache, daß in den ersten Jahrzehnten dieses Jahrhunderts in den Vereinigten Staaten eine lange Reihe wirtschafts- und sozialpolitischer Erlasse des Kongresses verfassungswidrig erklärt wurde, weist darauf hin, daß die damalige Verfassung oder Verfassungsrechtsprechung den bestehenden Verhältnissen nicht mehr entsprach und einer Abänderung bedurfte.

Umgekehrt aber würde das Fehlen des richterlichen Prüfungsrechts ein integrierendes Element in der amerikanischen Politik vermissen lassen und würde den radikalen und partikularistischen Tendenzen freieren Lauf lassen. So führt das richterliche Prüfungsrecht, wenn sinnvoll ausgeübt, zu einem gesunden Gleichgewichtsverhältnis zwischen Übernommenem und Neuem, zwischen Dauerhaftem und Wechselndem, zwischen Norm und Wille.

### III. Folgerungen für die Schweiz

#### 1. Die Frage der Reaktion des Parlamentes und Volkes auf die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen

Versucht man, aus den amerikanischen Erfahrungen Folgerungen für die Schweiz zu ziehen, so wird man davon ausgehen dürfen, daß auch in der Schweiz bei weitem nicht

<sup>35</sup> Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (1921) 94. Ihm angeschlossen Carl Brent Swisher, *The Growth of Constitutional Power in the United States*, Chicago 1946, 219.

<sup>36</sup> James Bryce, *Modern Democracies*, London 1921, Band 2, 428/29.

alle Gesetze und Gesetzesbestimmungen auf einem klaren Mehrheitswillen beruhen. Bestände das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Bundesgesetzen und Bundesbeschlüssen, so gäbe es zweifellos, wie in den Vereinigten Staaten, Fälle, in denen unbedeutende, der Mehrheit des Parlamentes und Volkes irrelevant erscheinende Bestimmungen verfassungswidrig erklärt würden. So ist etwa zu denken, daß eine verwaltungsrechtliche Verfahrensvorschrift wegen Verletzung von BV 4 (z.B. Verweigerung des rechtlichen Gehörs) aufgehoben oder daß die Besteuerung bestimmter Personenkategorien oder bestimmter Vorgänge wegen einer Rechtsungleichheit für verfassungswidrig gehalten würde oder daß eine nebensächliche Subvention mangels einer verfassungsmäßigen Grundlage oder weil sie in einen einfachen statt in einen allgemeinverbindlichen Bundesbeschluß gekleidet wurde, verfassungswidrig erklärt würde. Derartige Mängel könnten entweder leicht behoben werden, oder die Bestimmungen oder Erlasse könnten ohne Schaden ganz fallen gelassen werden. Verfassungswidrigkeiten dieser geringfügigen Art werden um so eher auftreten, je umfangreicher und unübersichtlicher die Gesetzgebung ist und je weniger die Parlamentarier auf einzelne Bestimmungen von Gesetzen achten können. Es ist wohl kaum eine Übertreibung, zu sagen, daß nur noch der kleinere Teil der heute erlassenen Gesetze und Parlamentsbeschlüsse auf einem klaren Mehrheitswillen beruht. Wo ein Gesetz oder eine einzelne Bestimmung aber nicht einem klaren Mehrheitswillen entspringt, kann deren richterliche Überprüfung auch nicht als Mißachtung des Mehrheitswillens betrachtet werden. Bei der Verfassung besteht im Gegenteil eine größere Wahrscheinlichkeit, daß sie auf einem klaren Mehrheitswillen beruht, als bei spezialisierten Erlassen oder bloßen Ermächtigungsgesetzen. So kann unter Umständen der Richter durch die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze ein dem wirklichen Mehrheitswillen näherliegendes Resultat erreichen, als die Volksvertretung es durch die Genehmigung vorbereiteter Erlasse zu tun vermag.

Sodann gäbe es wohl auch Fälle, in denen Erlasse verfassungswidrig erklärt würden, die zwar einem klaren Mehrheitswillen des Gesetzgebers entspringen, aber von ihm letztlich doch nicht als wesentlich betrachtet werden. Man könnte zu dieser Gruppe vielleicht die Vorlage von 1952 über die Tabakkontingentierung zählen. Würde ein derartiger Erlaß verfassungswidrig erklärt, so würden kaum Anstrengungen unternommen werden, ihn durch eine Verfassungsrevision nachträglich doch noch zu verwirklichen.

Es ist schließlich denkbar, daß Erlasse von großer Bedeutung verfassungswidrig erklärt würden und eine Ersatzlösung nicht möglich wäre. Vor der Verfassungsrevision von 1947 standen z. B. mehrere wirtschafts- oder sozialpolitische Erlasse in Kraft, die keine oder eine ungenügende verfassungsrechtliche Grundlage hatten oder der Handels- und Gewerbefreiheit widersprachen. Man könnte etwa das Landwirtschaftsgesetz von 1893 oder verschiedene Maßnahmen gegen die Arbeitslosigkeit dazu zählen. Wären solche Erlasse ganz oder teilweise verfassungswidrig erklärt worden, so wäre wahrscheinlich eine Verfassungsänderung in die Wege geleitet worden, welcher der Erfolg kaum versagt gewesen wäre. Das Schweizervolk hat bis heute die Maßnahmen, die durch das Landesinteresse gefordert wurden, darunter besonders solche mit Hilfscharakter, stets gutgeheißen. In der Schweiz müßte jedenfalls nicht, wie in den Vereinigten Staaten, auf eine Änderung der Rechtsprechung gewartet werden.

Man darf nun aber nicht glauben, daß es in der Schweiz überhaupt oft zur Verfassungswidrigerklärung von Bundesgesetzen oder Bundesbeschlüssen käme. In den Vereinigten Staaten wurden seit der Gründung der Union nur 74 Gesetze des Kongresses ganz oder teilweise verfassungswidrig erklärt, wovon nicht einmal zwanzig eine erhebliche Bedeutung hatten. Verschiedene Gründe sprechen dafür, daß in der Schweiz noch wesentlich weniger Bundeserlasse verfassungswidrig erklärt würden als in Amerika. Einmal ist der Umfang der Bundesgesetzgebung in der Schweiz geringer

als in den Vereinigten Staaten. Sodann sind die Kompetenzartikel der schweizerischen Bundesverfassung ausführlicher gefaßt als diejenigen der amerikanischen Verfassung. Das Bundesgericht hätte deshalb einen engeren Ermessensbereich als der amerikanische Supreme Court<sup>37</sup>. Ferner hat das Bundesgericht bei der Auslegung der Rechtsgleichheit und der Freiheitsrechte bereits eine konstante Rechtsprechung entwickelt, die sich von der wechselhafteren amerikanischen Praxis abhebt<sup>38</sup>. Schließlich hat das Bundesgericht sich schon bei der Überprüfung kantonaler Erlasse stets größte Zurückhaltung auferlegt<sup>39</sup>, größere, als der Supreme Court es gegenüber den Gliedstaaten getan hat. So muß man zum Schluß kommen, daß nur sehr selten Bundesgesetze oder Bundesbeschlüsse verfassungswidrig erklärt würden. Es gäbe wahrscheinlich weniger Verfassungswidrig-erklärungen durch das Bundesgericht, als es heute Verwerfungen von Gesetzen in der Referendumsabstimmung gibt. Käme es aber einmal zur Verfassungswidrigerklärung eines wichtigen und von der Mehrheit für notwendig betrachteten Erlasses, so wären die Konsequenzen viel geringfügiger als in den Vereinigten Staaten. Bei der Zustimmung der Mehrheit des Volkes und der Kantone könnte in kürzester Zeit eine Verfassungsrevision durchgeführt werden. Es ist nicht einzusehen, wie das richterliche Prüfungsrecht zu einer Übermacht des Bundesgerichtes führen könnte. Es wird immer wieder übersehen, daß durch das richterliche Prüfungsrecht nicht der Richter, sondern der Verfassungsgesetzgeber das letzte Wort erhält<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> Vgl. Nef, a.a.O. 214a.

<sup>38</sup> Vgl. D. Schindler, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz, ZSR 44 (1925) 54ff. Nef, a.a.O. 214a f.

<sup>39</sup> Vgl. Bundesblatt 1937 III 28. Schindler, a.a.O. 56. Panchaud, a.a.O. 24a. Nef, a.a.O. 216a.

<sup>40</sup> Vgl. die Bemerkungen von alt Bundesrichter Bolla, ZSR 69 (1950) 416a. In der schweizerischen Politik besteht auch die Meinung, die Verfassung sei so etwas wie eine Zwangsjacke. Richtigerweise wäre sie eher mit einem stets gutsitzenden Kleid zu vergleichen.

Aus dem Gesagten darf nicht geschlossen werden, das richterliche Prüfungsrecht würde zu zahlreichen und leichtfertigen Verfassungsrevisionen führen, wodurch die Verfassung ihres grundsätzlichen Charakters noch mehr beraubt würde, als sie es bereits ist. Selbst wenn man annimmt, alle Bundesgesetze oder Bundesbeschlüsse, gegenüber denen heute von irgend einer Seite der Vorwurf der Verfassungswidrigkeit erhoben wird (wie Uhrenstatut, Tabakkontingentierung, Allgemeinverbindlicherklärung), würden verfassungswidrig erklärt, so würde wohl in kaum einem Fall versucht werden, deswegen die Verfassung zu revidieren. Viel eher würden die Gesetze selbst den verfassungsrechtlichen Erfordernissen angepaßt oder ganz fallen gelassen werden.

Wieweit der Richter Notrecht überprüfen dürfte, ist eine Frage, die wohl eine ausdrückliche Regelung erforderlich machen würde. Dürfte das Bundesgericht die Noterlasse überhaupt nicht überprüfen, so wäre das richterliche Prüfungsrecht keineswegs nutzlos, wie oft geglaubt wird. Auch in Notzeiten gibt es ordentliches Recht. Zudem wäre eine klare Scheidung von ordentlichem Recht und außerordentlichem Recht sehr erwünscht<sup>41</sup>. Ein Teil des schlechten Rufes der Notrechtspraxis liegt gerade darin, daß die Trennung von ordentlichem und außerordentlichem Recht nicht klar ersichtlich war. Auch die Frage, ob das Bundesgericht vom Volk ausdrücklich angenommene Erlasse überprüfen dürfte, würde wohl eine Sonderregelung notwendig machen. Eine sinnvolle Lösung wäre aber durchaus zu finden.

## 2. Die Frage der Beeinflussung des Mehrheitswillens durch das bloße Bestehen des richterlichen Prüfungsrechts

Der präventive Einfluß, den das richterliche Prüfungsrecht auf die schweizerische Bundesversammlung ausüben würde, wäre vermutlich nicht stark verschieden von dem-

---

<sup>41</sup> Wie Nationalrat Müller, ZSR 1950, 405 a, bemerkte.

jenigen, den es auf den amerikanischen Kongreß ausübt. Beständen klare gerichtliche Präjudizien, so würden Gesetze und Gesetzesbestimmungen ihnen angepaßt werden, oder es würde nötigenfalls eine Verfassungsrevision durchgeführt. Beständen keine klaren Präjudizien, so würde vermutlich nicht anders verfahren als heutzutage. Verfassungsrechtliche Bedenken würden neben den politischen Erwägungen eine sekundäre Rolle spielen. Es ist indessen anzunehmen, daß die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts klarere und eindeutiger Schlüsse zuließe als die Praxis des amerikanischen Supreme Court, die sich ständig in Weiterentwicklung befindet.

Hätte das richterliche Prüfungsrecht in der Schweiz in den letzten Jahrzehnten existiert, so hätte es möglicherweise bewirkt, daß verschiedene Verfassungsrevisionen früher durchgeführt worden wären, als sie tatsächlich wurden. Für Erlasse, die keine verfassungsrechtliche Grundlage hatten, hätte eine solche geschaffen werden müssen. So wären vielleicht für die seit Ende des letzten Jahrhunderts sich entwickelnden Hilfsmaßnahmen zugunsten der Landwirtschaft, der Industrie, der Arbeitslosen u. a. schon vor der Revision der Wirtschaftsartikel im Jahre 1947 die notwendigen Grundlagen geschaffen worden. Es wäre so verhindert worden, daß die Volksabstimmungen zu einem wesentlichen Teil nur noch der Sanktionierung eines bestehenden Zustandes dienten. In vielen Fällen allerdings wären auch bei Bestehen des richterlichen Prüfungsrechts vorgängige Verfassungsrevisionen (wenigstens solche dauerhafter Art) durch die Krisen- und Kriegszeiten unmöglich gemacht worden.

Das Bestehen des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Bundeserlassen hätte den politischen Behörden sodann zweifellos den häufigen Vorwurf der Verfassungsverletzung erspart. Dieser Vorwurf spielt bei der seit Jahren bestehenden Vertrauenskrise zwischen Volk und Bundesbehörden eine wichtige Rolle. Was für eine Bedeutung ihm vom Volk beigemessen wird, zeigte sich in den beiden Volksinitiati-

ven, die in den Jahren 1939 und 1949 zur Einschränkung der Dringlichkeitskompetenz der Bundesversammlung führten. Wieweit der Vorwurf der Verfassungsverletzung im einzelnen gerechtfertigt ist, ist wohl weniger wichtig als die Tatsache, daß er besteht und das Vertrauensverhältnis vergiftet. Bestände das richterliche Prüfungsrecht, so wäre für einen solchen Vorwurf kein Raum mehr.

Es kann nicht angenommen werden, daß bei Bestehen des richterlichen Prüfungsrechts das Mißtrauen des Volkes sich einfach gegen das Bundesgericht wenden würde, indem dieses politisch gefärbter Rechtsprechung beschuldigt würde. Es leuchtet jedermann ein, daß ein Gericht eine beschränktere Frage zu entscheiden hat als ein Parlament. Für ein schlechtes Gesetz könnte das Gericht nicht verantwortlich gemacht werden. Auch urteilt der Richter natürlicherweise nicht nach denselben Gesichtspunkten wie das Parlament. Während das Parlament bei der Abstimmung über ein Gesetz vor allem dessen sachliche und politische Bedeutung sieht, achtet der Verfassungsrichter mehr auf die verfassungsrechtlichen Konsequenzen seiner Entscheidung. Der Richter ist sich bewußt, daß sein Entscheid ein verfassungsrechtliches Präjudiz ist, das für die spätere Gesetzgebung maßgebend ist. Der amerikanische Supreme Court hat denn auch trotz seiner wechselhaften Rechtsprechung und mancher Angriffe sein hohes Ansehen bewahrt. Das richterliche Prüfungsrecht dürfte somit die Wirkung haben, das Mißtrauen des Volkes gegenüber den politischen Behörden zu mildern.

Das richterliche Prüfungsrecht würde wohl auch zu einer Festigung des Rechtsbewußtseins beitragen. Oft schon ist von der Krise des Rechtsbewußtseins, vom Niedergang des Normativen, vom Schwinden der Legalität, vom Opportunismus in der Gesetzgebung unserer Zeit geschrieben und gesprochen worden<sup>42</sup>. Das Schwergewicht der Gesetzgebung

<sup>42</sup> Vgl. bes. Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich 1945. Hans Huber, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, in Festgabe Z. Giacometti, Zürich 1953.

hat sich vom generellen, für alle gleichen Gesetz auf Sondermaßnahmen verschoben. Die Spezialisierung hat zudem eine Massenproduktion von Gesetzen und Anordnungen verursacht. Mehr und mehr ist der Blick für das Grundlegende, Dauerhafte und Gerechte verloren gegangen. Das richterliche Prüfungsrecht könnte an diesen Erscheinungen freilich nur wenig ändern. Das amerikanische Beispiel zeigt, daß das richterliche Prüfungsrecht weder die Gesetzesinflation noch die Interessenpolitik zu verhindern vermag. Indessen ergibt sich aus dem amerikanischen Beispiel auch, daß das richterliche Prüfungsrecht bewirken kann, daß über der Wirrnis der Gesetze und Anordnungen und des Interessenkampfes der Gedanke der Verfassung als der obersten Grundordnung hochgehalten wird. In diesem Sinne dürfte das richterliche Prüfungsrecht auch in der Schweiz zur Festigung des Rechtsbewußtseins beitragen. Kurz und bündig erklärte Fritz Fleiner: «In der Demokratie ist das letzte Bollwerk für Verfassung und Recht der Richter. Auf das Vertrauen zu ihm gründet sich das Gefühl der Rechtssicherheit<sup>43</sup>.» August Simonius wies kürzlich darauf hin, was für eine Funktion der Richter in der heutigen Situation haben könnte. In seinem Aufsatz über die Bedeutung des Richters im Rechtsbewußtsein der Angelsachsen schrieb er: «Jedenfalls gibt die Tatsache zu denken, daß Verirrungen des Rechtsbewußtseins, wie wir sie gegenwärtig hier beobachten, in England kaum denkbar wären. Kommt das nicht etwa daher, daß dort das Rechtsbewußtsein, indem es sich auf den Richter bezieht, das Recht in seiner ganzen lebendigen Funktion erfaßt, während es sich bei uns weitgehend auf seine an sich leblose äußere Erscheinung im Gesetz zurückgezogen hat?<sup>44</sup>»

Die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte nimmt schon in ihrem heutigen

---

<sup>43</sup> Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, 448. Vgl. auch Schindler, a.a.O. 50.

<sup>44</sup> ZSR 72 (1953) 32.



Umfang eine hervorragende Stellung in der schweizerischen Demokratie ein. Würde sie auch gegenüber der Bundesgesetzgebung eingeführt, so würde ihre Bedeutung für das Rechtsbewußtsein noch erheblich wachsen.

Der Richter kann die Verfassung letztlich nicht allein schützen. Ist dem Volk der Sinn für die in ihr verkörperten Werte abhanden gekommen, so ist auch die Verfassungsgerichtsbarkeit unnütz. Das richterliche Prüfungsrecht aber vermag das Volk an diese Werte zu erinnern und es vor einer leichtfertigen Preisgabe derselben zu schützen.

---