

Walter Kälin  
Professor an der Universität Bern

# Verfassungs- gerichtsbarkeit in der Demokratie

Funktionen der staatsrechtlichen  
Beschwerde



Verlag Stämpfli & Cie AG Bern  
1987

# INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis . . . . . 12

Abkürzungsverzeichnis . . . . . 20

## **EINLEITUNG**

> **I. FRAGESTELLUNG** . . . . . **21**

**II. WANDELBARKEIT VERFASSUNGSGERICHTLICHER  
FUNKTIONEN** . . . . . **23**

1. Multifunktionalität der Verfassungsgerichtsbarkeit . . . . . 23

2. Zum Funktionswandel der staatsrechtlichen Beschwerde . . . . . 24

**III. EBENEN EINER JURISTISCHEN FUNKTIONSANALYSE** . . . . . **28**

1. Drei Ebenen . . . . . 28

2. Die Wirkungsebene . . . . . 29

3. Die Zielebene . . . . . 30

4. Die Argumentationsebene . . . . . 31

5. Abgrenzung zur funktionell-rechtlichen Betrachtungsweise . . . . . 32

**IV. ZUM AUFBAU DER ARBEIT** . . . . . **33**

## **ERSTES KAPITEL**

**VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT UND  
INDIVIDUALRECHTSSCHUTZ** . . . . . **35**

**I. SCHUTZ DES EINZELNEN - SCHUTZ DER VERFASSUNG** . . . . . **35**

1. Individualrechtsschutz . . . . . 35

a) Verfahrensmässige Absicherung individueller Ansprüche . . . . . 35

b) Besonderheiten gerichtlichen Schutzes der Grundrechte . . . . . 36

2. Doppelfunktion der Verfassungsgerichtsbarkeit . . . . . 37

a) Schutz privater und öffentlicher Interessen . . . . . 37

b) Strukturelle Gründe der Doppelfunktion gerichtlicher Entscheide .. 38

c) Verfassungsgerichtsbarkeit als Instrument zur Wahrung öffentlicher  
Interessen . . . . . 39

3. Das Bundesgericht als Hüter der Verfassung . . . . . 39

4. Legitimierung staatlicher Hoheitsakte . . . . .	41
5. Auswirkungen auf das Grundrechts Verständnis . . . . .	43

**II. INSTRUMENTE UND METHODEN DES INDIVIDUAL-RECHTSSCHUTZES. . . . . 44**

1. Grundrechtskonkretisierung . . . . .	44
2. Kognition und Güterabwägung . . . . .	45
a) Kognition . . . . .	45
b) Güterabwägung . . . . .	46
aa) Die Praxis des Bundesgerichts. . . . .	46
bb) Güterabwägung als Methode?. . . . .	47
cc) Güterabwägung und die Doppelfunktion der Verfassungsgerichtsbarkeit . . . . .	49
dd) Güterabwägung und Grundrechtsverständnis. . . . .	49
ee) Verfassungsrechtliche Einbindung der Güterabwägung . . . . .	51
ff) Schwächen der bundesgerichtlichen Praxis. . . . .	52
gg) Hinweis auf die amerikanische Praxis und ihre Relevanz für die Schweiz. . . . .	54
3. Minderheitenschutz. . . . .	56
4. Sicherung der Voraussetzungen sinnvoller Grundrechtsausübung . . . . .	57
5. Schutz durch Verfahren. . . . .	59
a) Verfahrensrechte. . . . .	59
aa) Die Bedeutung von Verfahrensrechten für den Grundrechtsschutz . . . . .	59
bb) Zur Praxis des Bundesgerichtes. . . . .	61
b) Grundrechtsschutz und Verfahrensstrukturen. . . . .	61
aa) Die Theorie des Structural Due Process. . . . .	61
bb) Ansätze in der bundesgerichtlichen Praxis. . . . .	63
cc) Mögliche Weiterentwicklung . . . . .	66
c) Prozessuale Privilegierung von Grundrechten im Verfahren vor Bundesgericht . . . . .	67
6. Drittwirkung und Horizontaleffekte der Grundrechte . . . . .	69
a) Drittwirkung . . . . .	69
b) Horizontaleffekte. . . . .	70
aa) Das Problem . . . . .	70
bb) Die bundesgerichtliche Praxis. . . . .	71
7. Die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde. . . . .	72
a) Die bundesgerichtliche Praxis und ihre Hintergründe. . . . .	72
b) Das Ungenügen der heutigen Praxis. . . . .	74
c) Argumente für eine Ausweitung der Legitimation. . . . .	74
aa) Lückenlose Geltung der Grundrechte. . . . .	74
bb) Legitimationsentscheid als materieller Entscheid. . . . .	75
cc) Praxisänderung . . . . .	76

## ZWEITES KAPITEL

### VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT UND DEMOKRATIE . . . 77

<b>I. DAS GRUNDDILEMMA</b> . . . . .	77
1. Die demokratische Kritik der Verfassungsgerichtsbarkeit . . . . .	77
2. Die Antworten der Lehre . . . . .	79
"->> 3. Problembereiche . . . . .	82
a) Relevanz der Kritik für die staatsrechtliche Beschwerde . . . . .	82
b) Unterschiedliche Problematik der verschiedenen Sachbereiche bundesgerichtlicher Rechtsprechung . . . . .	85
4. Weiteres Vorgehen . . . . .	86

### II. VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT UND DER VORRANG DER VERFASSUNG . . . . . 87

-o> 1. Normhierarchie . . . . .	87
a) Die klassische Begründung . . . . .	87
b) Die schweizerische Lehre . . . . .	89
c) Kritik . . . . .	89
2. Die Intentionen des ursprünglichen Verfassungsgebers . . . . .	90
a) Ideengeschichtlicher Hintergrund . . . . .	90
b) Das Postulat strikter Verfassungausslegung . . . . .	92
aa) Demokratische Fundierung des Postulats . . . . .	92
bb) Unmöglichkeit strikter Verfassungausslegung . . . . .	93
c) Exkurs: Intentionen des Verfassungsgebers als Schranke richterlicher Rechtsschöpfung . . . . .	96
3. Verfassungsgerichtliche Entscheide als Reflex des gesellschaftlichen Konsenses . . . . .	97
a) Das Konzept . . . . .	97
b) Kritik . . . . .	98
4. Schlussfolgerungen . . . . .	100

### III. VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT UND DIE SICHERSTELLUNG EINES OFFENEN UND FAIREN POLITISCHEN PROZESSES . . . . . 100

1. Die Relevanz von Verfahren im demokratischen Staat der Gegenwart ..	100
a) Demokratie und offene Gesellschaft . . . . .	100
b) Funktionen von Verfahren . . . . .	101
aa) Funktionswandel des Rechts . . . . .	101
bb) Legitimationsfunktion des demokratischen Verfahrens . . . . .	103
2. Anforderungen an das demokratische Verfahren . . . . .	105
3. Verfassungsgerichtsbarkeit als Hüterin des demokratischen Verfahrens .	106
a) Das Konzept . . . . .	106
b) Begründung . . . . .	108
aa) Materielle versus formelle Verfassungsfragen? . . . . .	108

bb) Tradition und Konsens? . . . . .	108
cc) Kontrolle der Machtträger. . . . .	109
c) Illustration: Die Relevanz der ideellen Grundrechte. . . . .	111
aa) Ideelle Grundrechte als Strukturelement der Demokratie. . . . .	111
bb) Ausweitung der Funktion ideeller Grundrechte. . . . .	113
4. Die Relevanz des Schutzes demokratischer Verfahren in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. . . . .	115
a) Politische Rechte. . . . .	115
b) Ideelle Grundrechte. . . . .	118
c) Legalitätsprinzip. . . . .	121
d) Minderheitenschutz. . . . .	122
5. Die Beschränktheit der verfahrensbezogenen Konzeption der Verfassungsgerichtsbarkeit. . . . .	126

**IV. VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT UND DIE VERWIRKLICHUNG GRUNDRECHTLICHER FREIHEIT UND GERECHTIGKEIT. . . . .**

1. Die Leitfunktion der Verfassungsgerichtsbarkeit bei der Realisierung eines freiheitlichen und gerechten Gemeinwesens. . . . .	127
a) Relativismus und Objektivismus im Verfassungsrecht. . . . .	127
b) Das Gericht als Areopag - das Gericht als Prophet. . . . .	129
c) Weiteres Vorgehen. . . . .	131
-5>2. Grundrechtskonkretisierung als bundesgerichtliche Aufgabe. . . . .	132
a) Grundrechtsnormen als Programme und Prinzipien. . . . .	132
b) Grundrechtskonkretisierung. . . . .	135
c) Verfassungswandel. . . . .	137
d) Die verfassungsrechtliche Kompetenz des Bundesgerichtes zur Verfassungskonkretisierung. . . . .	138
3. Zur Notwendigkeit gerichtlicher Grundrechtskonkretisierung. . . . .	138
a) Vorbemerkung. . . . .	138
b) Strukturelle Defizite des politischen Prozesses in der Demokratie. . . . .	139
aa) Mehrheitsprinzip und Selbstbestimmung. . . . .	139
bb) Pluralistische Demokratie. . . . .	141
cc) Gesetzgebung im Sozial- und Planungsstaat. . . . .	143
c) Das Grundrechtsparadox. . . . .	144
d) Verfassungsgericht als Korrektur-Instanz. . . . .	145
e) Entwicklung der Rechtsordnung im Sinne der Grundrechte. . . . .	146
f) Grundrechtsschutz und Lernprozess. . . . .	148
aa) Auf der Ebene des Individuums. . . . .	148
bb) Auf der Ebene des Gesetzgebers. . . . .	149
4. Die Dialektik zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung. . . . .	150
5. Richtpunkte verfassungsgerichtlicher Entscheidung: Hinweise auf die Praxis des Bundesgerichtes. . . . .	152
a) Die Eingebundenheit verfassungsgerichtlichen Entscheidens. . . . .	152
b) Verfassungsrecht. . . . .	153
c) Rechtsschutzinteresse. . . . .	155

d) Konsens. . . . .	155
aa) Die Praxis des Bundesgerichtes. . . . .	155
bb) Beurteilung . . . . .	157
cc) Schlussfolgerung . . . . .	159

**V. VERFASSUNGSGERICHT UND GESETZGEBER: DIE STELLUNG  
DES BUNDESGERICHTS IM GEWALTENGEFUEGE. . . . . 160**

1. Vorbemerkung . . . . .	160
2. Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltentrennung . . . . .	160
a) Verfassungsgerichtliche Tätigkeit als Gerichtsbarkeit . . . . .	160
b) Recht und Politik . . . . .	162
c) Neutrale Methode und generelle richterliche Zurückhaltung?. . . . .	163
3. Kriterien für die Beurteilung der Legitimität richterlichen Aktivismus ..	165
a) Charakter des Grundrechtsproblems. . . . .	165
b) Problemlösungsfähigkeit des Gesetzgebers. . . . .	168
aa) Primat des Gesetzgebers. . . . .	168
bb) Kompensation gesetzgeberischer Untätigkeit . . . . .	169
cc) Instrumente zur Schonung des Gesetzgebers. . . . .	170
c) Regelungsichte der anwendbaren Verfassungsbestimmung . . . . .	172
d) Begründbarkeit und Akzeptanz . . . . .	173
e) Justiziabilität . . . . .	175
f) Schlussfolgerung . . . . .	176

**DRITTES KAPITEL**

**VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT UND FÖDERALISMUS .. 177**

**I. EINLEITUNG. . . . . 177**

1. Die föderalistische Wurzel der Verfassungsgerichtsbarkeit . . . . .	177
2. Zum weiteren Vorgehen. . . . .	178

**II. FÖDERALISMUSSPEZIFISCHE FUNKTIONEN DER STAATS-  
RECHTLICHEN BESCHWERDE. . . . . 179**

1. Bundesstaatliche Integration. . . . .	179
2. Vereinheitlichung des kantonalen Rechts und Regionalisierung des Bundesrechts. . . . .	180
a) Rechtsvereinheitlichung . . . . .	180
b) Regionalisierung . . . . .	182
3. Kompetenzzuweisung in Grundrechtsbereichen. . . . .	182
a) Im Verhältnis Bund-Kantone. . . . .	182
b) Im zwischenkantonalen und innerkantonalen Verhältnis. . . . .	184
4. Minderheitenschutz . . . . .	185

<b>III. GRUNDPROBLEME DER VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT IM BUNDESSTAAT</b> .....	187
1. Die Spannung zwischen dem Schutz kantonaler Autonomie und dem Schutz individueller Rechte .....	187
a) Das Problem .....	187
b) Die Praxis des Supreme Court .....	187
c) Die Praxis des Bundesgerichtes .....	190
2. Die Spannung zwischen zentrifugalen und zentripetalen Kräften im Bundesstaat .....	193
a) Das Spannungsfeld .....	193
b) Verfassungsgerichtsbarkeit und die zentrifugalen Kräfte im Bundes- staat .....	193
c) Verfassungsgerichtsbarkeit und die zentripetalen Kräfte im Bundes- staat .....	195
<b>IV. RÜCKSICHTNAHME AUF DIE KANTONE</b> .....	198
1. Föderalistisch motivierte Zurückhaltung in der Praxis des Bundesge- richtes .....	198
2. Beurteilung .....	199
 <b>EPILOG</b> .....	 201