# Rechtsfolgen von Normenkontrollen

## Entwicklungen in Praxis und Lehre seit dem Fall Hegetschweiler vor zwei Jahrzehnten

von Dr. iur. ***Bernhard Rütsche,*** Fürsprecher, Bern

**Inhaltsübersicht**

*I. Einleitung* . . . . . 273

*II. Begründung der Rechtsfolgen von Normenkontrollen* . . . . . 275
1. Abkehr von der kassatorischen Natur der Verfassungsbeschwerde . . . . . 275
2. Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Begründungsmassstab . . . . . 277
3. Entgegenstehende Interessen . . . . . 278

*III. Aufhebung und Nichtanwendung von Gesetzen* . . . . . 281
1. Normnegierende und normgestaltende Funktion . . . . . 281
2. Eignung zur Herstellung des verfassungsmässigen Zustands . . . . . 284
3. Teilweise Aufhebung oder Nichtanwendung als mildere Rechtsfolgen . . . . . 285
4. Zumutbarkeit der Aufhebung oder Nichtanwendung . . . . . 286

*IV. Richterliche Ersatzregelung* . . . . . 288
1. Bedeutung in Praxis und Lehre . . . . . 288
2. Provisorischer Charakter richterlicher Ersatzregelung . . . . . 290
3. Eignung richterlicher Ersatzregelung . . . . . 291
4. Rückweisung an die Vorinstanz als milderes Mittel . . . . . 293
5. Zumutbarkeit richterlicher Ersatzregelung . . . . . 293

*V. Feststellung einer Verfassungsverletzung des Gesetzgebers* . . . . . 297
1. Die Feststellung als selbständige Rechtsfolge . . . . . 297
2. Subsidiarität der Feststellung . . . . . 298

*VI. Anweisungen zur Neuregelung* . . . . . 298
1. Appellentscheid . . . . . 298
2. Leitplanken . . . . . 299
3. Anpassungsfrist . . . . . 300

*VII. Übersicht und Entwicklungsmöglichkeiten.* . . . . . 302

## I. Einleitung

Am 13. April 1984 fällte das Bundesgericht ein Urteil, das sich zum ersten Mal mit einer für die Verfassungsgerichtsbarkeit grundlegenden Problematik vertiefter auseinander setzte[1]. Das Urteil stellte in Frage, was seit Jahrzehnten selbstverständlich war: dass verfassungswidrige Gesetze aufgehoben oder nicht angewendet werden. Spätestens von diesem Zeitpunkt an wurden die Rechtsfolgen

[1] BGE 110 Ia 7.



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

von Normenkontrollen für die schweizerische Gerichtspraxis ein Thema[2]. Und mit ihm erlangte das Verhältnis von Verfassungsrichter und Gesetzgeber neue Brisanz.

Das Urteil, bekannt geworden unter dem Namen des beschwerdeführenden Ehepaars ***Hegetschweiler***, kam zum paradoxen Ergebnis, dass die Verfassungswidrigkeit des angefochtenen Gesetzes anerkannt und die staatsrechtliche Beschwerde trotzdem abgewiesen wurde. Zur Diskussion stand die teilweise Aufhebung des revidierten Zürcher Steuergesetzes, das Ehepaare im Vergleich zu Konkubinatspaaren in gewissen Fällen höher besteuerte und damit gegen die Rechtsgleichheit verstiess. Das Bundesgericht erkannte, dass sich die Rechtsgleichheit nicht durch eine Kassation der verfassungswidrigen Bestimmungen, sondern nur durch eine positive Normkorrektur erreichen liess. Eine Normkorrektur durch die Richter selber wurde aber verworfen, weil die Rechtsgleichheit nicht besonders schwer verletzt war und der Zürcher Gesetzgeber bereits Bestrebungen zur Einführung einer verfassungskonformen Ehepaarbesteuerung unternommen hatte. Es blieb die Feststellung in den Erwägungen, «dass die geltende Regelung des Kantons Zürich der Verfassung noch nicht voll entspricht»[3].

Bundesgericht und kantonale Gerichte haben sich seit dem Fall ***Hegetschweiler*** bewusster mit den Rechtsfolgen von Normenkontrollurteilen befasst und eine Reihe von Entscheidkriterien entwickelt. Aufschlussreich sind, neben der Praxis zur rechtsgleichen Besteuerung von Ehe- und Konkubinatspaaren, namentlich Entscheide zur Gleichbehandlung der Geschlechter auf den Gebieten der Besoldung[4], der Sozialversicherung[5], der Feuerwehrersatzabgabe[6] und der Familienzulagen[7], zum Recht auf ein unabhängiges Gericht gemäss Art. 5 Ziff. 4 und Art. 6 Ziff. 1 EMRK[8] sowie zur Wahl- und Abstimmungsfreiheit[9]. Auch in der Literatur

[2] Angebahnt hatte sich die Diskussion schon in früheren Entscheiden, insbesondere in BGE 109 Ib 81 E. 4e S. 88 f. ***Wenk***. In der Lehre erschien die erste monographische Untersuchung bereits 1980: ***Barbara E. Strehle***, Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Normenkontrollentscheidungen, Zürich 1980.

[3] BGE 110 Ia 7 E. 6 S. 26 ***Hegetschweiler***.

[4] Etwa BGE 124 II 436 E. 11 S. 456 ff. ***Altermatt***: Frage, wie eine Lohndiskriminierung von Kindergärtnerinnen zu beseitigen sei.

[5] Etwa BGE 117 V 318 E. 5 und 6 S. 323 ff. ***Staatliche Pensionskasse des Kantons Solothurn***: Frage, ob das Bundesgericht befugt sei, die rechtsungleiche Rentenalterregelung einer kantonalen Pensionskasse zu sanktionieren.

[6] Etwa BGE 123 I 56 E. 3 S. 60 ff. ***X.***: Frage, ob die Nichtanwendung einer rechtsungleichen Feuerwehrersatzabgabe zulässig sei.

[7] Etwa BGE 129 I 265 E. 5 S. 274 ff. ***X.***: Frage, ob das Bundesgericht zur Vermeidung von sachwidrigen Doppelausschlüssen oder Doppelbezügen, die sich im interkantonalen Verhältnis ergeben können, selber verbindliche Kollisionsregeln aufstellen kann und soll.

[8] Etwa BGE 118 Ia 331 E. 3 S. 333 ff. ***Ehegatten S.***: Frage, ob das Bundesgericht gegen die im Kanton Bern fehlende richterliche Überprüfung von Plänen, die das Enteignungsrecht erteilen, einschreiten darf.

[9] Etwa BGE 129 I 185 E. 8 S. 204 ff. ***X. und Y.***: Frage, welche Rechtsfolgen die Verfassungswidrigkeit der Stadtzürcher Wahlkreiseinteilung nach sich ziehen soll.



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

hat sich mittlerweile eine Reihe von Aufsätzen und Monographien mit der Frage beschäftigt, wie verfassungswidrige Gesetze zu sanktionieren sind[10].

Die in Praxis und Lehre geführte Diskussion ist reich an Vorschlägen, welche Rechtsfolgen Normenkontrollen nach sich ziehen können und wie sie zu begründen sind. Sie hat aber noch nicht zu einem anerkannten Gesamtkonzept gefunden. Der vorliegende Beitrag versucht eine Synthese der Modelle, die zur Sanktionierung verfassungswidriger Gesetze entwickelt worden sind[11]. Von entscheidender Bedeutung ist dabei die Abkehr von der kassatorischen Natur der Verfassungsbeschwerde und die Öffnung der Verfassungsgerichtsbarkeit hin zu alternativen Rechtsfolgen. Solche sind unverzichtbar in Fällen, in denen wie im Entscheid ***Hegetschweiler*** die Verfassungsmässigkeit nicht mittels Aufhebung oder Nichtanwendung des angefochtenen Gesetzes hergestellt werden kann. In Betracht fallen richterliche Ersatzregelungen, Feststellungsurteile sowie Anweisungen an den Gesetzgeber in Form von Appellentscheiden, Leitplanken oder Anpassungsfristen[12]. Dieses breite Instrumentatrium ermöglicht dem Richter, Verfassungsverletzungen des Gesetzgebers angemessen zu sanktionieren.

## II. Begründung der Rechtsfolgen von Normenkontrollen

### 1. Abkehr von der kassatorischen Natur der Verfassungsbeschwerde

Bevor die Rechtsfolgen von Normenkontrollen im Einzelnen besprochen werden, ist zu untersuchen, nach welchen Massstäben sie zu begründen sind. Weder Verfassung noch Verfahrensgesetze oder andere Erlasse bestimmen, welche Rechtsfolgen der Richter anzuordnen hat, wenn der Gesetzgeber gegen die Verfassung bzw. die Grundrechte verstossen hat. Somit sehen sich Gerichte vor die anspruchsvolle Aufgabe gestellt, die Kriterien zur Begründung der Rechtsfolgen von Nor-

[10] Namentlich ***Andreas Auer***, Les caprices de la nature cassatoire du recours de droit public, in: Festschrift Ulrich Häfelin, Zürich 1989, S. 33–51; ***derselbe***, L'effet des décisions d'inconstitutionnalité du Tribunal fédéral, AJP 1992 559–566; ***Arthur Haefliger***, Die Rechtsfolgen der Gutheissung einer staatsrechtlichen Beschwerde, in: Mélanges Otto K. Kaufmann, Bern 1989, S. 357–366; ***Beatrice Weber-Dürler***, Grenzen des Rechtsschutzes bei der Gleichberechtigung, in: Festschrift Margrith Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt a.M. 1993, S. 337–354; ***Jacoba Teygeler***, Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Normenkontrollentscheidungen, Basel 1993; ***Philippe Gerber***, La nature cassatoire du recours de droit public, Mythe et réalité, Basel/Frankfurt a.M. 1997; ***Madeleine Camprubi***, Kassation und positive Anordnungen bei der staatsrechtlichen Beschwerde, Zürich 1999.

[11] Zum Nachfolgenden eingehender ***Bernhard Rütsche***, Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen, Basel/Genf/München 2002, insbesondere S. 165–330.

[12] Als weitere Rechtsfolge von Normenkontrollen kommt die Sistierung von Gesetzen in Frage. Vor allem das deutsche Bundesverfassungsgericht greift regelmässig auf diesen Sanktionstypus zurück. In der schweizerischen Lehre und Praxis hat sich die Sistierung von Gesetzen bisher jedoch nicht durchgesetzt; dazu ***Rütsche*** (Anm. 11), S. 251 ff.



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

menkontrollen selber zu schöpfen. Um den damit verbundenen Unsicherheiten Herr zu werden, stellte das Bundesgericht bereits kurz nach Beginn seiner Judikatur den für Normen- als auch Einzelaktkontrollen geltenden ***Grundsatz der kassatorischen Natur der staatsrechtlichen Beschwerde*** auf[13].

Die kassatorische Natur von Verfassungsbeschwerden gegen Erlasse ist nicht Selbstzweck, sondern beruht auf einem spezifischen Verständnis von ***Gewaltenteilung zwischen Gesetzgeber und Verfassungsrichter***[14]. Dieses Gewaltenteilungsverständnis hat ***Hans Kelsen*** in einem Aufsatz von 1929 zur Staatsgerichtsbarkeit prägnant umschrieben[15]. Danach ist die Kassation von Gesetzen überwiegend Rechtsanwendung und damit Sache des Richters, während die Schaffung neuer Regeln einen Akt freier Schöpfung darstellt und folglich in die Domäne der Legislative gehört. Das Verfassungsgericht ist nur «negativer Gesetzgeber», während das Parlament, allenfalls in Verbindung mit der Regierung, kraft Verfassung als «positiver Gesetzgeber» wirkt.

Dieser an sich einleuchtende Zusammenhang zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Kassation hat sich indessen in der Praxis nicht bestätigt. Bundesgericht und kantonale Gerichte haben seit jeher auch ***andere Folgen von Verfassungsverletzungen*** festgelegt, insbesondere Gesetze korrigiert[16], Verfassungsverletzungen des Gesetzgebers festgestellt[17] und dem Gesetzgeber Anweisungen gegeben[18]. Zwar finden sich nicht-kassatorische Rechtsfolgen von Normenkontrollen vorwiegend in den Urteilserwägungen und nicht in der Entscheidformel. Dadurch kann die kassatorische Natur der Verfassungsbeschwerde allenfalls formal gewahrt werden, in der Sache selbst ist jedoch die goldene Regel der Rechtsfolgebestimmung[19] durchbrochen. An ihre Stelle tritt eine Auswahl möglicher Rechtsfolgen, die nach einem einheitlichen Begründungskonzept verlangen.

[13] Explizit in BGE 30 I 59 E. 1 S. 64 f. ***Fröbel***. Sodann bereits BGE I 398 E. 3 S. 405 f. ***Delune***; BGE V 407 E. 1 S. 411 ***Bossard***.

[14] Auf anderen Gründen beruht demgegenüber die kassatorische Natur der staatsrechtlichen Beschwerde bei Einzelaktkontrollen: Die Beschränkung auf kassatorische Urteile dient in diesen Fällen dazu, einerseits die Autonomie der Kantone und Gemeinden in der Rechtsanwendung zu wahren, anderseits das Bundesgericht vor aufwändigen Sachverhaltserhebungen zu entlasten; zum Kassationsgrund der Schonung der kantonalen Autonomie ***Haefliger*** (Anm. 10), S. 357; ***Walter Kälin***, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl., Bern 1994, S. 397; ***Camprubi*** (Anm. 10), S. 150 ff., 294; zur Kassation aus praktischen Gründen bereits ***Zaccaria Giacometti***, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichts, Zürich 1933, S. 238; sodann ***Camprubi*** (Anm. 10), S. 352 ff.

[15] ***Hans Kelsen***, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 1929 30–88 S. 55 f. Bezugnahme auf diese Stelle durch ***Giacometti*** (Anm. 14), S. 4.

[16] Dazu die Beispiele hinten IV.1.

[17] Dazu die Beispiele hinten V.1.

[18] Dazu die Beispiele hinten VI.

[19] So ***Auer*** (Anm. 10, 1992), Rz. 6: «règle d'or».



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

## 2. Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Begründungsmassstab

Das Bundesgericht hält zwar nach wie vor an der kassatorischen Natur der staatsrechtlichen Beschwerde fest, versteht diese aber als Prinzip, das Ausnahmen zulässt[20]. Seit Ende der sechziger Jahre führt das Gericht Ausnahmen von der Kassation zurück auf die ***Notwendigkeit, den verfassungsmässigen Zustand wiederherzustellen***[21]. Diese Formel sucht die Grundlage nicht-kassatorischer Urteile nicht im Prozessrecht, sondern im (materiellen) Verfassungsrecht: Die verletzte Verfassungsnorm gibt das Ziel vor, das mit der Rechtsfolge zu erreichen ist. Auch kassatorische Urteile müssen an diesem Ziel ausgerichtet sein. Die Aufhebung verfassungswidriger Rechtsakte kann nichts anderes bezwecken, als den verfassungskonformen Zustand herzustellen[22].

Ziel von Verfassungsurteilen ist es also, die konstatierte Verfassungs- bzw. Grundrechtsverletzung zu beseitigen und die Verfassungskonformität herzustellen oder zu restituieren. Restitution setzt voraus, dass die Verfassungsverletzung noch reversibel ist. Dies ist prinzipiell der Fall, wenn verfassungswidrige Gesetze zu sanktionieren sind. Gesetze sind normative Anordnungen, die an sich rückgängig gemacht oder korrigiert werden können. Die Rechtsfolgen von Normenkontrollen haben damit ***restitutiven Charakter***[23]. Dies im Unterschied zu Urteilen, die irreversible Realakte, etwa persönlichkeitswidrige Zwangsbehandlungen oder Rechtsverzögerungen in Strafverfahren, sanktionieren. In solchen Fällen kommen nur noch kompensatorische oder präventive Rechtsfolgen wie finanzielle Entschädigung, Strafen oder Disziplinarmassnahmen in Frage.

Die Rechtsfolge muss gemäss der zitierten Formel des Bundesgerichts ***geeignet und notwendig*** sein, um den verfassungsmässigen Zustand zu restituieren. Neben der Eignung und der Notwendigkeit haben Bundesgericht und kantonale Gerichte schon wiederholt die ***Zumutbarkeit*** von Normschöpfungen geprüft. So etwa das Zürcher Verwaltungsgericht in einem Entscheid von 1990, in dem das richterliche Einschreiten gegen eine rechtsungleiche Feuerwehrersatzabgabe im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle zur Diskussion stand: «Steht eine als verfassungswidrig erkannte Gesetzesbestimmung in Frage, (...) muss das Interesse des Beschwerdeführers an der Aufhebung der verfassungswidrigen Verfügung

[20] Neuerdings etwa BGE 129 I 129 E. 1.2.1 S. 131 f. ***X***. mit weiteren Hinweisen.

[21] Explizit in BGE 95 I 233 E. 6b S. 242 ***X***. («Pour rétablir une situation conforme à la constitution»); sodann bereits BGE 91 I 409 E. 1 S. 411 f. ***Kolter*** (Beendigung des Verfassungsstreits), in Bezugnahme auf ***Giacometti*** (Anm. 14), S. 201 und 245 f. In Normenkontrollentscheiden diente die Formel der Wiederherstellung des verfassungsmässigen Zustands nur in wenigen Entscheiden ausdrücklich zur Begründung nicht-kassatorischer Rechtsfolgen: Bger. vom 31.1 1992, in: ASA 61 544 E. 3c S. 550 ***K.***; BGE 124 I 127 E. 6a S. 137 ***Scherr***; BGE 124 II 436 E. 11d S. 458 ***Altermatt***; Bger. vom 21.3.2000, in: ZBl 102/2001 80 E. 5b/bb S. 90.

[22] Der Begriff «Herstellung» wird demjenigen der «Wiederherstellung» vorgezogen, weil unter Umständen gar nie ein verfassungskonformer Zustand bestand, den es wiederherzustellen gelte.

[23] Bei abstrakten Normenkontrollen kommt eine starke präventive Komponente hinzu, indem das Urteil der Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes und damit Verfassungsverletzungen in Einzelfällen zuvorkommt.



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

gegenüber jenem des kantonalen Gesetzgebers, Gelegenheit zur Herstellung einer verfassungskonformen Rechtslage zu erhalten, abgewogen werden.»[24]

Mit den Kriterien der Eignung, Notwendigkeit und Zumutbarkeit haben damit alle drei Teilaspekte des ***Verhältnismässigkeitsprinzips*** in die Rechtsfolgebestimmung Eingang gefunden[25]. Das in Art. 5 Abs. 2 BV allgemein verankerte Verhältnismässigkeitsprinzip bietet sich als Massstab für die Begründung der Rechtsfolgen von Normenkontrollen an[26]. Mit Hilfe des Verhältnismässigkeitsprinzips kann der Verfassungsrichter die verschiedenen Prinzipien und Interessen, die sich in Normenkontrollurteilen gegenüberstehen, optimal berücksichtigen. Die Rechtsfolgefindung lässt sich in ein einheitliches und im Staats- und Verwaltungsrecht erprobtes Begründungsmuster einbinden. Insbesondere erscheint die Folge der Kassation nicht mehr als Grundsatz, der keiner Rechtfertigung bedarf, sondern als eine Folge, die wie die anderen der Verhältnismässigkeitsprüfung standhalten muss.

### 3. Entgegenstehende Interessen

Das Verhältnismässigkeitsprinzip gibt als formaler Massstab vor, in welchem Bezug bestimmte Mittel – vorliegend die Rechtsfolgen von Normenkontrollen – zu verfolgten Zwecken – vorliegend die Herstellung der Verfassungskonformität – stehen müssen. Für eine substanzielle Begründung der Rechtsfolgen von Normenkontrollen sind die involvierten Interessenspositionen präzise festzulegen.

Auf der einen Seite steht das von der angerufenen Verfassungsnorm geschützte ***Interesse des Beschwerdeführers*** an der Herstellung des verfassungsmässigen Zustands. Dieses Interesse verlangt einen möglichst wirksamen Rechtsschutz durch den Verfassungsrichter. Es ist von erhöhtem Gewicht, wenn eine schwere Grundrechtsverletzung vorliegt. Je stärker der Gesetzgeber Grundrechtspositionen verletzt, desto dringender gebietet die Verfassung die richterliche Beseitigung der Verletzung. Die Bundesverfassung will den Grundrechten bei schwerer Betroffenheit erhöhten Schutz gewähren, was in Art. 36 Abs. 1 Satz 2 (formellgesetzliche Grundlage bei schweren Eingriffen) und Abs. 4 (Unantastbarkeit des Kerngehalts) zum Ausdruck kommt. Die Schwere der Grundrechtsverletzung hat als Kriterium der Rechtsfolgebestimmung auch in der Judikatur des Bundesgerichts[27] und vor allem kantonaler Gerichte[28] Bedeutung erlangt.

[24] Verwaltungsgericht ZH vom 28.2.1990, in: ZBl 91/1990 275 E. 5 S. 280.

[25] In Entscheiden zur Wahl- und Abstimmungsfreiheit hat das Bundesgericht ausdrücklich das Verhältnismässigkeitsprinzip als Kriterium der Rechtsfolgebestimmung herangezogen: BGE 119 Ia 154 E. 9 S. 165 f. ***Bieri*** mit Hinweisen; neuerdings BGE 129 I 185 E. 8.3 S. 204 ***X. und Y.***

[26] In der Lehre fordert ***Camprubi***, bei der Festlegung der Folgen gutgeheissener staatsrechtlicher Beschwerden zum Zweck der Schonung kantonaler Autonomie und gesetzgeberischer Kompetenzen das Verhältnismässigkeitsprinzip per analogiam – nicht gegenüber dem Bürger, sondern gegenüber dem kantonalen Gesetzgeber – anzuwenden; ***Camprubi*** (Anm. 10), S. 297 ff., 318.

[27] BGE 110 Ia 7 E. 6 S. 26 ***Hegetschweiler***; Bger. vom 10.10.1986, in: ZBl 88/1987 306 E. 5 S. 313 f. ***Daniel B.***; BGE 116 V 198 E. II. 3a S. 214 ***K.***; Bger. vom 13.11.1997, in: StR 1998 420 E. 3c/bb S. 425 ***P.***



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

Dem verfassungsrechtlich geschützten Interesse des Beschwerdeführers stehen auf der anderen Seite folgende Positionen gegenüber:
– institutionelle Interessen des Gesetzgebers;
– administrative Vollzugsinteressen;
– öffentliche Interessen und Interessen Dritter.

Zunächst ist das Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip betroffen, wenn Gerichte verfassungswidrige Gesetze sanktionieren. Der Richter tangiert ***institutionelle Interessen des Gesetzgebers***, wenn er Erlasse aufhebt («negative Gesetzgebung») oder korrigiert («positive Gesetzgebung»). Je weniger sich der Richter dabei an vorgegebenen Rechtsnormen orientieren kann, desto eher begibt er sich in den Kompetenzbereich der Legislative, die kraft ihrer freien politischen Stellung originär Recht erzeugen kann. Die Möglichkeit, sich an vorgegebenen Normen auszurichten, ist abhängig vom richterlichen Gestaltungsspielraum und von der Vorhersehbarkeit der tatsächlichen Folgen des Verfassungsurteils, kurz: von der Komplexität der zu regelnden Materie. Das Bundesgericht hat das Komplexitätskriterium und seine beiden Teilaspekte besonders deutlich im Urteil ***Staatliche Pensionskasse des Kantons Solothurn*** von 1991 verwendet. Dieses Urteil untersagte der kantonalen Vorinstanz, mittels Normberichtigung ein geschlechtergleiches Rentenalter einzuführen, und zwar mit folgender Begründung: «Dies erfordert eine sofortige Klärung komplexer Verhältnisse, die weit über den streitigen Leistungsanspruch hinausgeht und im Rahmen fallbezogener richterlicher Beurteilung nicht zu erbringen ist. Derart grundlegende, vorwiegend an Zweckmässigkeitsüberlegungen auszurichtende und bezüglich ihrer Tragweite nur schwer erfassbare Umgestaltungen können daher nicht dem Richter obliegen.»[29]

Die Rechtsfolgen von Normenkontrollen, insbesondere verfassungsrichterliche Normschöpfungen, können sodann ***administrative Vollzugsinteressen*** betreffen. Der Verfassungsrichter kann als Justizorgan weder über administrative Infrastrukturen verfügen noch solche schaffen, ihm fehlen die Möglichkeiten zur planenden Tätigkeit und umfassende Kenntnisse des Verwaltungsbetriebs. Er ist für die Umsetzung eigener Normschöpfungen auf die Verwaltungsbehörden und

[28] Verwaltungsgericht GE vom 17.12.1986, in: RDAF 1987 130 E. 5b S. 141 f.; Verwaltungsgericht BE vom 16.9.1994, in: BVR 1995 538 E. 6a S. 547; Verwaltungsgericht ZH vom 20.8.1996, in: ZBl 98/1997 88 E. 3b S. 93; Verwaltungsrekurskommission SG vom 3.10.1990, in: SGGVP 1990 Nr. 2 E. 3c/aa S. 11; Obergericht SH vom 25.10.1991, in: ABSH 1991 154 E. 5a S. 158; Verwaltungsgericht BL vom 29.4.1998, in: BLVGE 1998 38 E. 4c S. 44; Steuerrekursgericht AG vom 11.8.1993, in: AGVE 1993 485 E. 4b S. 487; Verwaltungsgericht GR vom 19.3.1996, in: PVG 1996 Nr. 1 E. 6 S. 19.

[29] BGE 117 V 318 E. 6b S. 327 f. Sodann BGE 109 Ib 81 E. 4e S. 88 f. ***Wenk***; Bger. vom 10.11.1985, in: ASA 55 663 E. 3b S. 666 ***X.***; BGE 112 Ia 311 E. 2c S. 314 ***X.***; Bger. vom 15.7.1987, in: ASA 58 74 E. 4a S. 75 f. ***X.***; BGE 116 V 198 E. II.3a S. 212 und 3b S. 216 ***K.***; Bger. vom 31.1.1992, in: ASA 61 544 E. 3c S. 550 f. ***K.***; BGE 123 I 56 E. 3c S. 61 f. ***X.***; Bger. vom 13.11.1997, in: StR 1998 420 E. 3c/bb S. 425 ***P.***; BGE 124 II 436 E. 11c S. 457 ***Altermatt***; BGE 127 I 115 E. 8 S. 126 ***époux W.***



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

andere Akteure angewiesen[30]. Bei der Festlegung der Rechtsfolgen ist damit deren Praktikabilität abzuschätzen und möglichen Vollzugsschwierigkeiten, insbesondere den Auswirkungen auf die administrative Infrastruktur, Rechnung zu tragen. Illustrativ ist die Rechtsprechung zum Anspruch von Inhaftierten auf Bewegungsfreiheit. Im Entscheid ***Minelli*** von 1973 verzichtete das oberste Gericht wegen absehbaren Vollzugsproblemen noch darauf, kantonale Gefängnisverwaltungen zur Organisation von mindestens einem halbstündigen Spaziergang pro Tag zu verpflichten[31]. Nachdem die Gefängnisverwaltungen genügend Zeit zur organisatorischen Umstellung hatten, stand dann aber der Anerkennung eines Anspruchs auf täglichen Spaziergang nichts mehr entgegen[32].

Die Anordnung von Rechtsfolgen zur Beseitigung von Verfassungsverletzungen des Gesetzgebers kann neben institutionellen Positionen ***öffentliche Interessen oder Interessen Dritter***, welche ihrerseits allenfalls grundrechtlich geschützt sind, berühren. Dies kann einmal der Fall sein, wenn die Umgestaltung eines Gesetzes oder eine Neuregelung durch den Verfassungsrichter dem Staat Kosten verursacht, sei dies durch die Begründung oder Ausweitung öffentlicher Leistungen zugunsten des klagenden Grundrechtsträgers[33], sei dies durch die Streichung oder Kürzung einer verfassungswidrigen öffentlichen Abgabe[34]. Öffentliche Interessen sind weiter tangiert, wenn infolge der Aufhebung oder Nichtanwendung eines Gesetzes ein Regelungsdefizit («vide juridique») entsteht, was vorwiegend im Bereich des staatlichen Abgabe- und Leistungsrechts denkbar ist[35]. Vom Verfassungsrichter zu berücksichtigen sind ferner Ungleichbehandlungen[36] und andere Nachteile von Dritten[37] als Folge einer Normkorrektur.

[30] ***Regina Kiener***, Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Bern 2001, S. 243.

[31] BGE 99 Ia 262 E. V8d S. 281.

[32] BGE 122 I 222 E. 4b S. 230 ***Cumali***: «Mehr als 20 Jahre nach Verabschiedung der Mindestgrundsätze für die Behandlung der Gefangenen lässt es sich nicht mehr vertreten, ausländerrechtlichen Administrativhäftlingen den minimalen Anspruch auf Spaziergang zu verweigern.»

[33] Etwa BGE 119 V 277 E. 4b S. 282 ***Caisse de pensions de l'Etat de Vaud***: Verzicht auf eine rückwirkende Ausweitung der Witwerrente einer kantonalen Pensionskasse auf das Niveau der Witwenrente, unter anderem auf Grund beträchtlicher finanzieller Auswirkungen.

[34] Etwa Verwaltungsgericht BE vom 16.9.1994, in: BVR 1995 538 E. 6b S. 548: Verzicht auf die Nichtanwendung der rechtsungleichen Feuerwehrersatzabgabe, unter anderem auf Grund der absehbaren Belastung der Gemeindehaushalte.

[35] Etwa Bger. 2P.142/2000 vom 29.6.2001, E. 6b ***X.***: Verzicht auf die Nichtanwendung der verfassungswidrigen Walliser Familienzulagen, weil dies ein schwerwiegendes Regelungsdefizit nach sich gezogen hätte.

[36] Etwa BGE 124 I 193 E. 5a S. 201 ***Scherr***: Verzicht auf die Aufhebung der rechtsungleichen Regelung betreffend Eigenmietwerte, weil dies zu einer ungleichen Besteuerung der Eigentümer von Mehrfamilienhäusern im Vergleich zu derjenigen von Einfamilienhäusern und Stockwerkeigentum geführt hätte.

[37] Etwa Bger. vom 12.2.1998, in: BVR 1998 385 E. 3 S. 389 ff. ***X.***: Richterliche Ausdehnung einer für die Mündigen nachteiligen Stipendienbemessung auf die Unmündigen als zumutbar erachtet, und zwar im Hinblick auf das «Ziel des sparsamen Umgangs mit den Staatsfinanzen».



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

In der verfassungsrechtlichen Judikatur und Literatur sind zusätzliche Prinzipien und Interessen genannt worden, welche bei der Begründung der Rechtsfolgen von Normenkontrollen eine Rolle spielen. Zu erwähnen ist vor allem die Rücksichtnahme auf die ***kantonale Rechtsetzungsautonomie*** durch das Bundesgericht[38]. Das Bundesgericht sagt von sich, dass es sich bei der abstrakten Normenkontrolle «mit Rücksicht auf die verfassungsmässige Kompetenzordnung im föderalistischen Bundesstaat allgemein eine gewisse Zurückhaltung auferlegt»[39]. Diese Zurückhaltung ist jedoch problematisch, soweit sie die Rechtsfolgebestimmung betrifft. Die Aufhebung oder Berichtigung eines kantonalen Gesetzes tangiert über das Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip hinaus nicht zusätzlich die körperschaftliche Autonomie der Kantone und Gemeinden[40]. Die Bundesverfassung bietet keinerlei Ansatz dafür, dass die Grundrechte gegenüber dem kantonalen oder kommunalen Gesetzgeber ein geringeres Schutzniveau haben als gegenüber dem Bundesgesetzgeber[41]. Es darf im Bundesstaat keine zweiklassige Grundrechtspraxis geben.

## III. Aufhebung und Nichtanwendung von Gesetzen

### 1. Normnegierende und normgestaltende Funktion

Die Aufhebung von Gesetzen sowie deren Nichtanwendung sind die ***klassischen Rechtsfolgen*** in der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber der Legislative. Im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle erachtet sich das Bundesgericht praktisch seit Beginn seiner staatsrechtlichen Rechtsprechung zur Aufhebung eines verfassungswidrigen kantonalen Erlasses befugt[42]. Im Fall der konkreten Normenkontrolle begnügt sich das oberste Gericht in ähnlich langer Praxis mit der Nichtanwendung der verfassungswidrigen Norm im Einzelfall, ohne die Norm aufzuheben[43].

[38] Kritisch zu weiteren Kriterien und Interessen ***Rütsche*** (Anm. 11), S. 196 ff.

[39] BGE 125 I 71 E. 1c S. 76 ***Sektion Bern des Schweizer Berufsverbandes der Krankenschwestern und Krankenpfleger***.

[40] Ebenso ***Kälin*** (Anm. 14), S. 397; ***Matthias Leuthold***, Die Prüfungsdichte des Bundesgerichts im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte, Bern 1992, S. 236 ff.; ***Camprubi*** (Anm. 10), S. 29, anders aber S. 293 ff.

[41] Im Gegenteil führt das Anwendungsgebot gemäss Art. 190 BV (bis zum Inkrafttreten der Justizreform noch Art. 191 BV) dazu, dass die Grundrechte gegenüber dem Bundesgesetzgeber institutionell weniger geschützt sind als gegenüber dem kantonalen und kommunalen Gesetzgeber.

[42] BGE III 96 Dispositiv S. 107 ***Ville de Genève*** («est déclaré nul et de nul effet»). Von der Befugnis, Gesetze «aufzuheben», spricht das Bundesgericht dann in BGE V 318 E. 1 S. 319 ***Unterwalden ob dem Wald***.

[43] Bereits in BGE VI 477 E. 1 und 2 S. 480 ***Jäggi***. Verwirrlich neuerdings die Formulierung in BGE 126 V 70 E. 4c/cc S. 74 ***IV-Stelle Schwyz***, wo das Bundesgericht davon spricht, dass eine grundrechtswidrige Verordnung «keinen Bestand mehr haben kann».



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

Grundsätzlich enthält eine Normaufhebung oder Nichtanwendung lediglich die negative Aussage, dass das fragliche Gesetz selber oder dessen Entstehung verfassungswidrig ist. Der Richter, der ein Gesetz kassiert oder nicht anwendet, betreibt damit in der Regel ***Normnegation*** oder «negative Gesetzgebung». In bestimmten, keineswegs seltenen Konstellationen wird jedoch durch eine Aufhebung oder Nichtanwendung geltendes Recht nicht nur negiert, sondern zusätzlich umgestaltet. Die Aufhebung oder Nichtanwendung der angefochtenen Gesetzesbestimmungen ist in diesen Fällen eine Variante von mehreren, den verfassungskonformen Zustand herzustellen. Der Richter nimmt verfassungsindifferente, also rechtspolitische Wertungen vor und betreibt folglich ***Normgestaltung*** oder «positive Gesetzgebung». Solche normgestaltenden Aufhebungen und Nichtanwendungen kommen in folgenden drei Konstellationen vor:

– Aufhebung oder Nichtanwendung gesetzlicher Ausnahmetatbestände;
– Aufhebung oder Nichtanwendung rechtsungleicher Gesetze;
– Aufhebung oder Nichtanwendung beschränkt verfassungswidriger Gesetze.

Ein Fall verfassungsrichterlicher Normgestaltung ist erstens die ***Aufhebung oder Nichtanwendung gesetzlicher Ausnahmetatbestände***. Dies veranschaulicht ein Urteil ***K.*** des Eidgenössischen Versicherungsgerichts von 1990. Zur Beurteilung stand ein kantonalrechtlicher Anspruch auf Witwerrente, der im Gegensatz zum äquivalenten Anspruch auf Witwenrente zwei einschränkenden Voraussetzungen unterstand und folglich gegen das Gebot der Gleichbehandlung verstiess. Das Versicherungsgericht versagte den beiden verfassungswidrigen Ausnahmetatbeständen die Anwendung und schuf damit im Ergebnis eine einheitliche kantonalrechtliche Rente für Witwen und Witwer auf dem Niveau der bisherigen Witwenrente[44]. Damit wurde eine ganz bestimmte Regelung aus verschiedenen denkbaren verfassungskonformen Regelungsmodellen ausgewählt[45].

Die zweite Konstellation ist die richterliche Normschöpfung in Form der ***Aufhebung oder Nichtanwendung rechtsungleicher Gesetze***. Der rechtsgleiche Zustand lässt sich unter Umständen durch die integrale Aufhebung oder Nichtanwendung einer benachteiligenden oder bevorzugenden Bestimmung herstellen. Als Beispiel dient ein Urteil von 1997, in dem das Bundesgericht die auf Männer beschränkte Feuerwehrersatzabgabe als rechtsungleich erkannte und dieser in der Folge die Anwendung versagte[46]. Die Richter trafen damit eine Auswahl. Genauso gut hätte sich die Verfassungswidrigkeit durch Ausdehnung der Abgabepflicht auf die Frauen, allenfalls verbunden mit einer generellen Senkung der Abgabenhöhe,

[44] BGE 116 V 198 E. II 3b S. 215 f.

[45] Zu den verschiedenen Regelungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit der Verwirklichung einer rechtsgleichen Witwerrente ***Beatrice Weber-Dürler***, Auf dem Weg zur Gleichberechtigung von Mann und Frau – Erste Erfahrungen mit Art. 4 Abs. 2 BV, ZSR 1985 I 1–24 S. 21 f.

[46] BGE 123 I 56 E. 3c S. 61 f. ***X.***



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

beseitigen lassen[47]. Bei der Behebung von Rechtsungleichheiten in der Rechtsetzung besteht typischerweise Gestaltungsspielraum[48].

Drittens wird der Richter normgestaltend tätig, wenn er sog. ***«beschränkt verfassungswidrige Gesetze» aufhebt oder nicht anwendet***. Es handelt sich um Gesetzesbestimmungen, die der Richter nicht insgesamt, sondern nur hinsichtlich gewisser Tatbestände für verfassungswidrig erachtet[49]. In der Regel sind dies Verbote oder Gebote, die zu pauschal gefasst sind. Ein Anwendungsfall findet sich im Basler Urteil zu Methoden der künstlichen Fortpflanzungsmedizin von 1993. Das Bundesgericht befand, dass das angefochtene Verbot der Insemination mit Spendersamen gegen die persönliche Freiheit verstosse, soweit es Ehepaare, nicht aber soweit es Konkubinatspaare betreffe, da bei Letzteren die rechtliche Vaterschaft nicht sichergestellt sei[50]. Das Bundesgericht hob das Verbot integral auf. Anstelle einer integralen Aufhebung wäre auch möglich gewesen, eine für Ehepaare geltende Ausnahmeregelung festzulegen[51]. Dem Gericht kam Gestaltungsspielraum zu zwischen der integralen Aufhebung und der Einführung einer Ausnahmeregel. Dieser Gestaltungsspielraum ist stets gegeben, wenn beschränkt verfassungswidrige Gesetze zu sanktionieren sind[52].

Die skizzierten drei Konstellationen stellen den von ***Kelsen*** beschriebenen Konnex zwischen Normkassation und «negativer Gesetzgebung», die ohne schöpferisches Element auskommt, in Frage. Die Existenz von normgestaltenden Aufhebungen und Nichtanwendungen beweist – neben der Existenz von richterlichen Ersatzregelungen[53] – dass sich ***die Verfassungspraxis in Wirklichkeit gar nie auf «negative Gesetzgebung» beschränkt hat***. «Positive Gesetzgebung» gehört mithin nicht weniger als «negative Gesetzgebung» zum Geschäft der Verfassungsgerichtsbarkeit. Selbstverständlich sind ihr dabei funktionelle Grenzen gesetzt. Diese Grenzen können aber ohne unannehmbare Schmälerung des Grundrechtsschutzes nicht in einem Verzicht auf richterliche Normgestaltung bestehen; vielmehr

[47] Zur Möglichkeit der Ausdehnung auf die Frauen Verwaltungsgericht ZH vom 31.5.1988, in: ZBl 89/1988 495 E. 6e S. 506; Verwaltungsrekurskommission SG vom 3.10.1990, in: SGGVP 1990 Nr. 2 E. 3c/bb S. 11; Obergericht SH vom 25.10.1991, in: ABSH 1991 154 E. 5b S. 159 f.

[48] So auch ***Gertrude Lübbe-Wolff***, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, Baden-Baden 1988, S. 244 ff.; ***Haefliger*** (Anm. 10), S. 363; ***Weber-Dürler*** (Anm. 10), S. 351.

[49] Die beschränkte Verfassungswidrigkeit ist deutlich zu unterscheiden von der teilweisen Verfassungswidrigkeit. Bei der teilweisen Verfassungswidrigkeit hat der Gesetzgeber selber – und nicht der Verfassungsrichter – die gesetzliche Regelung in Teilbereiche ausdifferenziert, von welchen einer oder mehrere verfassungswidrig sind.

[50] BGE 119 Ia 460 E. 6e/bb S. 482 f. ***L.***

[51] ***Gerber*** (Anm. 10), S. 150 ff. spricht in solchen Fällen von «annulation par description», ***Camprubi*** (Anm. 10), S. 145 f. von «materieller Kassation». In Wirklichkeit handelt es sich um positive Ersatzregelungen, da der Richter eine neue Regel einführt, die im negierten Gesetz noch nicht enthalten ist. Dazu auch hinten IV.3. in fine.

[52] Anderer Ansicht ***Gerber*** (Anm. 10), S. 150 ff., der zwecks Schonung des Gesetzgebers für eine «annulation par description» plädiert; ***Camprubi*** (Anm. 10), S. 325 ff., die im Gegensatz dazu zwecks Erhaltung der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers eine integrale Aufhebung vorzieht.

[53] Dazu hinten IV.1.



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

müssen sie auf Grund der im Anwendungsfall entgegenstehenden Interessen bestimmt werden[54].

### 2. Eignung zur Herstellung des verfassungsmässigen Zustands

Die Verfassungsgerichtsbarkeit geht davon aus, dass Aufhebungen und Nichtanwendungen grundsätzlich die geeigneten Mittel sind, um Verfassungsverletzungen des Gesetzgebers zu sanktionieren. Das Prinzip der kassatorischen Natur der Verfassungsbeschwerde ist Ausdruck dieses Verständnisses – kann nicht kassiert werden, muss die Beschwerde abgewiesen werden, wie dies im Urteil ***Hegetschweiler*** der Fall war. Vor diesem Hintergrund ist weniger von Interesse, wann Aufhebungen und Nichtanwendungen zur Herstellung der Verfassungsmässigkeit geeignet sind, sondern vielmehr, wann sie dazu ***ungeeignet*** sind.

Generell lässt sich sagen, dass Aufhebungen und Nichtanwendungen ungeeignet sind, um grundrechtliche Leistungsansprüche oder Schutzpflichten – kurz: ***grundrechtliche Handlungsansprüche gegenüber dem Gesetzgeber*** – durchzusetzen. Im Einzelnen fehlt die Eignung dann, wenn

- eine gesetzliche Grundlage zur Verwirklichung des verletzten Grundrechts fehlt oder
- die gesetzliche Grundlage zur Verwirklichung des verletzten Grundrechts ungenügend ist.

Das ***grundrechtswidrige Fehlen gesetzlicher Grundlagen*** ist in der Praxis im Zusammenhang mit der Durchsetzung des interkantonalen Doppelbesteuerungsverbots aufgetreten, ein Bereich, den der Bundesgesetzgeber bis heute überhaupt nicht geregelt hat[55]. Was die neuere Judikatur betrifft, mangelte es etwa an gesetzlichen Grundlagen zur Verwirklichung des gleichen Wahlrechts[56], zur Gewährleistung der persönlichen Freiheit bei Zwangsmedikationen[57] sowie zum Schutz vor Diskriminierung auf öffentlichem Boden[58]. Sodann fehlten wie-

[54] Dazu hinten III.4.

[55] Übersicht über diese Praxis bei ***Hans Huber***, Das interkantonale Doppelbesteuerungsrecht als Richterrecht, in: Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Ausgewählte Aufsätze 1950–1970, Bern 1971, 519–540; ***Teygeler*** (Anm. 10), S. 4 ff.

[56] Bger. 1P.406/2004 vom 27.10.2004, E. 5.5 ***Grüne Aargau u.a.***: Fehlende Regelungen im Kanton Aargau, um natürliche Quoren von mehr als 10% in einem Wahlkreis zu verhindern.

[57] BGE 126 I 112 E. 3c S. 117 ***S.***: Fehlende gesetzliche Grundlage im Kanton Bern für medizinische Zwangsbehandlung im fürsorgerischen Freiheitsentzug zum Selbstschutz, Schutz von Anstaltsinsassen und Personal.

[58] Verwaltungsgericht ZH vom 13.4.2000, in: ZBl 102/2001 103 E. 4 S. 104 ff.: Fehlende gesetzliche Grundlage für inhaltliche Auflagen in einer Demonstrationsbewilligung zum Schutz der potenziell diskriminierten Gruppe der Homosexuellen.



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

derholt gesetzliche Grundlagen für das Recht auf eine unabhängige richterliche Instanz gemäss Art. 5 Ziff. 4 und Art. 6 Ziff. 1 EMRK[59].

Zur Restitution des verfassungskonformen Zustandes ungeeignet sind Aufhebungen und Nichtanwendungen weiter dann, wenn der Gesetzgeber eine Materie zwar regelt, diese Regelung aber das ***grundrechtlich verlangte Anspruchs- oder Schutzniveau nicht erreicht***. Der Gesetzgeber gewährt dem Grundrechtsträger einen gewissen Vorteil, nur ist dieser Vorteil noch ungenügend, weil er inhaltlich zu wenig weit geht oder weil dessen Gewährung nicht zwingend ist, sondern dem Ermessen der Behörden überlassen bleibt (sog. «Untermassverbot»[60]). Zur Verwirklichung des grundrechtlichen Handlungsanspruchs hat der Verfassungsrichter die fragliche Norm auf das geforderte Mass heraufzusetzen, anstatt sie als Ganzes aufzuheben oder nicht anzuwenden. Praxisbeispiele finden sich im Entscheid ***Minelli*** von 1976: Das Bundesgericht konnte den gesetzlichen Anspruch von Gefangenen auf einen Spaziergang nicht kassieren, sondern setzte ihn auf das grundrechtlich geforderte Mass herauf[61]. Im selben Entscheid war es dem Gericht verwehrt, die gesetzliche Regelung, wonach der Gefangenenwart die Mitnahme persönlicher Gegenstände gestatten kann, aufzuheben; stattdessen wandelte das Gericht die Kann-Vorschrift in eine zwingende Vorschrift um[62].

### 3. Teilweise Aufhebung oder Nichtanwendung als mildere Rechtsfolgen

In den meisten Fällen ist ein Erlass nicht insgesamt, sondern nur ***in Teilen grundrechtswidrig***. Das Verhältnismässigkeitsprinzip gebietet in solchen Situationen, zur Schonung des Gesetzgebers das mildere Mittel der teilweisen Aufhebung oder Nichtanwendung zu wählen. Der Grundrechtsschutz wird dadurch in keiner Hinsicht beschränkt, da teilweise Aufhebungen oder Nichtanwendungen in gleicher Weise restitutiv wirken wie die gesamthafte Annullierung von Gesetzen. Je nachdem ist die Aufhebung oder Nichtanwendung auf mehrere zusammenhängende Bestimmungen, auf eine einzelne Rechtsnorm oder gar Teile einer Norm zu beschränken.

Der teilweisen Aufhebung oder Nichtanwendung verfassungswidriger Erlasse sind gewisse Grenzen gesetzt[63]. Das Bundesgericht lässt Teilaufhebungen solange zu, als der Erlass auch ohne die verfassungswidrigen Teile seinen Sinn und Zweck

[59] Etwa BGE 123 II 193 E. 4b S. 201 ***D.***: Fehlende gesetzliche Grundlage, um mittels Beschwerde gegen ausländerrechtliche Freiheitsentziehungen im Flughafenverfahren an ein unabhängiges Gericht zu gelangen.

[60] Der Begriff stammt aus dem deutschen Verfassungsrecht. Das Bundesverfassungsgericht gebrauchte ihn erstmals in BVerfGE 88, 203 – Schwangerschaftsabbruch II.

[61] BGE 102 Ia 279 E. 7c S. 292.

[62] BGE 102 Ia 279 E. 3b S. 287 f.

[63] Zum Sonderfall der Teilungültigerklärung von zustande gekommenen Volksinitiativen ***Rütsche*** (Anm. 11), S. 227 ff.



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

behält und praktisch anwendbar ist[64]. Diese Voraussetzung ist unerlässlich: Die teilweise Aufhebung eines Gesetzes vermag den Gesetzgeber nur dann wirklich zu schonen, wenn sie die Anwendbarkeit des Gesetzes nicht beeinträchtigt. Die Anwendbarkeit ist dann beeinträchtigt, wenn der annullierte Gesetzesteil gemessen an den Zwecken sowie an der Systematik des gesamten Gesetzes mit anderen Teilen verknüpft ist (sog. «***objektive Verknüpfung***»).

Darüber hinaus muss gemäss den zitierten Urteilen davon ausgegangen werden können, der Gesetzgeber hätte den Erlass, wenn er von der partiellen Aufhebung Kenntnis gehabt hätte, auch ohne die verfassungswidrigen Teile angenommen (hypothetischer Wille des Gesetzgebers). Auf dieses Kriterium sollte indessen verzichtet werden. Entweder geht aus den Materialien deutlich hervor, dass der historische Gesetzgeber den Erlass oder einzelne Bestimmungen nicht ohne den verfassungswidrigen Teil bestehen lassen wollte («***subjektive Verknüpfung***»). In diesem Fall sind alle Teile, welche die Legislative miteinander verknüpft hat, aufzuheben. Oder es ist bei fehlender objektiver Verknüpfung davon auszugehen, dass der verfassungswidrige Teil eines Erlasses eine eigenständige gesetzgeberische Entscheidung darstellt, welche als solche aufgehoben werden kann; sonst hätte der Gesetzgeber diesen Teil nicht in eigenen Bestimmungen oder Rechtsbegriffen normiert[65].

### 4. Zumutbarkeit der Aufhebung oder Nichtanwendung

Innerstaatliche Gerichte sind grundsätzlich zur Aufhebung oder Nichtanwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes befugt. Dies im Unterschied zu internationalen Gerichten wie dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, der sich aus institutionellen Gründen auf die Feststellung der Konventionswidrigkeit beschränken muss[66]. Auch der Aufhebung oder Nichtanwendung von Gesetzen durch innerstaatliche Gerichte können aber in besonderen Fällen Grenzen gesetzt sein. Eine solche Grenze zieht das schweizerische Verfassungsrecht mit Art. 190 BV[67], wonach Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend sind. Eine andere Grenze ergibt sich dann, wenn sich eine Aufhebung oder Nichtanwendung an-

[64] BGE 85 I 17 E. 14 S. 31 f. ***Mobilia AG***; 93 I 38 E. 1 S. 43 ***Fédération des syndicats patronaux***; 113 Ia 126 E. 11 S. 146 ***Armengol***; 123 I 112 E. 2b S. 117 ***Himmelberger***.

[65] Etwa BGE 116 Ia 401 Sachverhalt S. 401 ff. und E. 12 S. 419 ***Chambre genevoise immobilière***: Aufhebung der mit der Eigentums- und Wirtschaftsgarantie unvereinbaren Passage «et pour autant que la majoration éventuelle de loyer consécutive aux travaux n'excède pas 10%», die gemäss Teleologie, Systematik und Materialien ein eigenständiger Teil des Gesetzes darstellte.

[66] ***Arthur Haefliger/Frank Schürmann***, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 1999, S. 426; ***Mark E.Villiger***, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Zürich 1999, Rz. 225, 231.

[67] Bis zum Inkrafttreten der Justizreform noch Art. 191 BV.



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

gesichts entgegenstehender Interessen im Anwendungsfall als unzumutbar erweist.

Zuerst ist die Kollision von Aufhebungen und Nichtanwendungen mit den ***institutionellen Interessen des Gesetzgebers*** zu beleuchten. Hat eine Aufhebung oder Nichtanwendung rein negierenden Charakter, so ist sie in jedem Fall mit den gesetzgeberischen Interessen vereinbar. Dies sollte aber auch für normgestaltende Aufhebungen und Nichtanwendungen gelten. Zwar findet der Verfassungsrichter in diesen Fällen[68] typischerweise einen Gestaltungsspielraum vor, indem sich ihm neben der Aufhebung oder Nichtanwendung auch Ersatzregelungen als Rechtsfolgen anbieten. Dieser Gestaltungsspielraum wird indessen regelmässig gering sein, da es nicht um die richterliche Umgestaltung ganzer Regelungssysteme geht, sondern lediglich um die Modifikation einzelner Gesetzesbestimmungen[69].

Neben der Vereinbarkeit mit gesetzgeberischen Interessen ist zu prüfen, ob Aufhebungen und Nichtanwendungen voraussichtlich ***administrative Vollzugsinteressen*** beeinträchtigen. Dies ist wiederum auszuschliessen, wenn eine blosse Normnegation zur Diskussion steht, kann doch eine solche kaum belastende Auswirkungen auf die administrative Infrastruktur haben. Normgestaltende Aufhebungen und Nichtanwendungen können demgegenüber durchaus gewisse Umsetzungsschwierigkeiten bereiten. Man denke etwa an die Kassation einer Bestimmung im Ausnahmekatalog zu einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde[70]. Allerdings werden sich durch solche Urteile bedingte Umsetzungsprobleme meist in engen Grenzen halten, weil keine neuen Infrastrukturen geschaffen werden, sondern lediglich für bestehende Einrichtungen ein beschränkter Mehraufwand resultiert.

Während Aufhebungen und Nichtanwendungen mit den institutionellen Interessen der Legislative und der Administration in der Regel vereinbar sind, greifen sie unter Umständen übermässig in entgegenstehende ***öffentliche Interessen oder Interessen Dritter*** ein. Von Bedeutung sind vor allem Situationen, in denen die Aufhebung oder Nichtanwendung verfassungswidriger Gesetzesbestimmungen ein Regelungsdefizit nach sich zieht und dadurch die Erfüllung öffentlicher Interessen beeinträchtigt. So etwa in Fällen der Zulassung der selbständigen Berufsausübung von nichtärztlichen Psychotherapeuten[71] sowie der Sanktionierung rechtsungleicher Regelungen im Steuerrecht[72], im Sozialversicherungsrecht[73] und

[68] Dazu vorne III.1.

[69] Zum beschränkten Gestaltungsspielraum bei der Umgestaltung einzelner Regelungen (sog. «Regelgestaltung») auch hinten IV.5.

[70] Etwa BGE 125 II 417 E. 4c und 4d S. 424 ff. ***A.***: Nichtanwendung von Art. 98 lit. a und Art. 100 Abs. 1 lit. a OG und damit Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Einziehung von Vermögenswerten aus Gründen der inneren Sicherheit.

[71] Verwaltungsgericht ZH vom 21.8.1991, in: ZBl 93/1992 74 E. 8a und b S. 84 f.

[72] Bger. vom 13.11.1997, in: StR 1998 420 E. 3c/aa S. 425 ***P.***; Bger. vom 3.11.2000, in: Pra 90 Nr. 114 E. 3c S. 674 ***X. und Y.***; Steuer-Rekurskommission ZH vom 13.7.1999, in: StE 2000 B.42.33 Nr. 1 E. 6; Verwaltungsgericht BE vom 25.6.1999, in: BVR 1999 556 E. 3d und e S. 561.

[73] BGE 117 V 318 E. 5b S. 325 ***Staatliche Pensionskasse des Kantons Solothurn***; Bger. 2P.142/2000 vom 29.6.2001, E. 6b ***X.***



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

betreffend Dienstaltergeschenke[74]. Die Zumutbarkeit einer Aufhebung oder Nichtanwendung ergibt sich in diesen Fällen auf Grund einer Abwägung der Schwere der Verfassungsverletzung mit den betroffenen Interessen der Allgemeinheit und Dritter.

## IV. Richterliche Ersatzregelung

### 1. Bedeutung in Praxis und Lehre

Das Instrument der richterlichen Ersatzregelung ist von entscheidender Bedeutung im Blick auf Fälle vom Typus ***Hegetschweiler***, in denen die Verfassungsmässigkeit nicht mittels Aufhebung oder Nichtanwendung hergestellt werden kann. In solchen Situationen kommen Ersatzregelungen als gleichwertige Alternative in Frage, um die Verfassungsverletzung des Gesetzgebers zu beseitigen. Ersatzregelung heisst verfassungsrichterliche Formulierung neuer bzw. Umformulierung bestehender gesetzlicher Regeln oder Begriffe. Um den verfassungskonformen Zustand herzustellen, müssen Ersatzregeln ***als gesetzliche Grundlage dienen können*** und damit den Bestimmtheitsgrad von Rechtssätzen aufweisen. Bei der Kreation verfassungskonformer Normen oder Begriffe besteht in der Regel Gestaltungsspielraum. Ersatznormierung bedeutet damit Normgestaltung oder «positive Gesetzgebung» im Sinn von ***Kelsen***.

Das Bundesgericht ist sich seiner Rolle als «positiver Gesetzgeber» wenig bewusst und fasst die Rechtsfolgebestimmung immer noch weitgehend als rein negierende Tätigkeit auf. Jüngster Ausdruck dieser Haltung ist das Urteil ***Ayse***, in dem das Bundesgericht apodiktisch festhielt, es könne «verfassungswidrige Bestimmungen nur aufheben, nicht aber ersetzen oder abändern»[75]. In der Staatsrechtslehre befindet sich das Instrument der Ersatznormierung noch in den Anfängen wissenschaftlicher Entwicklung. Angesprochen und zum Teil diskutiert werden richterliche Ersatzregeln vorwiegend in Dissertationen zur Normenkontrolle und zu den Folgen der staatsrechtlichen Beschwerde[76]. Ansonsten stellt sich eine Reihe von Autoren wie das Bundesgericht explizit auf den Standpunkt, dass der

[74] Verwaltungsgericht ZH vom 20.8.1996, in: ZBl 98/1997 88 E. 3b S. 93.

[75] BGE 125 I 104 E. 1b S. 107, zitiert in mehreren neueren Urteilen, etwa in BGE 126 II 377 E. 8c S. 395 ***F.A. und A.A.***; Bger. 1P.564/2003 vom 8.3.2004, E. 1 ***X***.

[76] ***Fridolin Schiesser***, Die akzessorische Prüfung – Ein Beitrag zur Lehre vom akzessorischen Prüfungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Zürich 1984, S. 38 («Ersatznormen»); ***Monika Fehlmann-Leutwyler***, Die prinzipale Normenkontrolle nach aargauischem Recht, Aarau 1988, S. 223 ff. («materielle Ersatzlösung»); ***Michael Merker***, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG) vom 9. Juli 1968, Zürich 1997, S. 743 («Übergangsregelung»); ***Camprubi*** (Anm. 10), S. 345 ff. («Ersatzregelungen»).



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

Verfassungsrichter verfassungswidrige Gesetze nicht ersetzen oder abändern kann[77].

Entgegen solchen Einschätzungen hat das Bundesgericht in Wirklichkeit zur Beseitigung von Verfassungsverletzungen eine unüberschaubare Vielzahl von Ersatzregeln geschaffen. Diese reichhaltige Praxis geht bis in die Anfänge der bundesgerichtlichen Judikatur zurück. In den ersten Jahrzehnten seiner Rechtsprechung schöpfte das oberste Gericht am ausgeprägtesten in den Fällen zum Verbot der interkantonalen Doppelbesteuerung Ersatzrecht, indem es zur Abgrenzung kantonaler Steuerhoheiten ein ganzes System von Regeln errichtete. Im Entscheid ***Dampfschiffgesellschaft des Vierwaldstättersees*** von 1915 hielt das Bundesgericht explizit fest, dass seine Rechtsprechung zum Doppelbesteuerungsverbot «die noch ausstehende Bundesgesetzgebung vertritt»[78]. Ebenfalls früh begann das Bundesgericht, das Grundrecht auf gleiche und gerechte Behandlung in Verfahren mittels Schaffung eigener Regeln zu verwirklichen. Zu nennen sind das Urteil ***von Courten***, in dem das oberste Gericht in Form einer Ausnahmeregel von der generellen Kostenvorschusspflicht erstmals den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege umsetzte[79], sowie die Praxis zum Akteneinsichtsrecht, das Schritt für Schritt in Gestalt bestimmter Normen durchgesetzt wurde[80].

Seit gut einem Jahrzehnt verwenden das Bundesgericht und kantonale Gerichte das Instrument der Ersatznormierung häufig in Urteilen zum Recht auf ein unabhängiges Gericht gemäss Art. 5 Ziff. 4 und Art. 6 Ziff. 1 EMRK, indem sie zur Behebung von Grundrechtsverletzungen eigene Zuständigkeitsregeln aufstellen[81]. Hervorzuheben ist weiter die seit dem Entscheid ***Hegetschweiler*** von 1984 einsetzende bundesgerichtliche und kantonale Praxis zur Frage, ob der Richter Steuererlasse, die Ehe- und Konkubinatspaare rechtsungleich belasten, mittels Ersatzrecht umgestalten darf[82]. Ebenfalls in die achtziger Jahre zurück reicht eine dritte markante Rechtsprechungslinie zum Problem richterlicher Ersatzregelung, nämlich jene zur Gleichbehandlung der Geschlechter vor allem auf den Gebieten

[77] ***Strehle*** (Anm. 2), S. 49, 129; ***Weber-Dürler*** (Anm. 45), S. 21; ***Haefliger*** (Anm. 10), S. 361; ***Auer*** (Anm. 10, 1992), Rz. 7; ***Teygeler*** (Anm. 10), S. 87; ***Gerber*** (Anm. 10), S. 308 f.; ***Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier***, Droit constitutionnel suisse, Bern 2000, L'Etat (Bd. I), 2076.

[78] BGE 41 I 423 E. 1 S. 432.

[79] BGE XIII 251 E. 3 S. 255.

[80] Darstellung der Entwicklung des Akteneinsichtsrechts in der Zivil-, Straf- und Verwaltungsrechtspflege bei ***Jean Darbellay***, Le droit d'être entendu, in: ZSR 1964 II 419-584 S. 509 ff. und 551 ff.

[81] Etwa BGE 118 Ia 331 E. 3b S. 334 ff. ***Ehegatten S.***: Ersatzregel, dass im Kanton Bern zur Überprüfung von Plänen, die das Enteignungsrecht erteilen, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig ist.

[82] Etwa BGE vom 1.1.1991, in: ASA 60 279 Regeste und E. 3b S. 284 ***X.***: Ersatzregel, dass eine unterschiedliche Steuerbelastung von zehn Prozent und mehr rechtsungleich ist und die über diese Toleranzmarge hinausgehende Differenz zurückerstattet werden muss.



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

der Besoldung[83], der Sozialversicherung[84] und der Feuerwehrersatzabgabe[85]. Ferner schuf das Bundesgericht zum Schutz der Persönlichkeit von Inhaftierten zahlreiche Regeln, um fehlende gesetzliche Garantien oder zu wenig weit gehende Schutzbestimmungen kantonaler Gefängnisreglemente zu ersetzen[86]. In der Judikatur zur richterlichen Normenkontrolle besteht damit eine ***Diskrepanz zwischen dogmatischen Aussagen und der Rechtsprechungswirklichkeit***.

## 2. Provisorischer Charakter richterlicher Ersatzregelung

Bundesgericht und kantonale Gerichte haben wiederholt betont, dass richterliche Ersatznormierung im Rahmen der grundrechtlichen Mindestanforderungen provisorisch oder subsidiär ist[87]. Der provisorische Charakter richterlicher Normkorrekturen ist vereinzelt auch von der Lehre unterstrichen worden[88]. Er zeigt sich in zweierlei Hinsicht:

Erstens kann der zuständige Gesetzgeber jederzeit anstelle der Richterregeln eigene verfassungskonforme Normen erlassen; das ***Primat der Gesetzgebungsorgane*** bleibt gewahrt, richterliches Ersatzrecht ist insoweit subsidiär. Zweitens versteht sich, dass richterliche Ersatznormierung auf Verfassungsverletzungen hin wie alles Richterrecht nicht auf Ewigkeit fixiert sein muss. Verändern sich die Verhältnisse auf tatsächlicher oder ideeller Ebene und sind die Voraussetzungen einer ***Praxisänderung*** erfüllt, so kann der Richter zur Verwirklichung eines effektiven Grundrechtsschutzes durchaus eine neue Regel aufstellen[89].

[83] Etwa BGE 103 Ia 517 E. 7 S. 529 f. ***Loup***: Ersatzregel, dass Primarlehrerinnen im Kanton Neuchâtel wie Primarlehrer in den Lohnklassen 13a-12a-11a einzustufen sind.

[84] Etwa 117 V 318 E. 6 S. 325 ff. ***Staatliche Pensionskasse des Kantons Solothurn***: Diskussion, ob der Verfassungsrichter zur Herstellung der Rechtsgleichheit ersatzweise das Rücktrittsalter für einen Altersrentenanspruch festlegen dürfe.

[85] Etwa Verwaltungsgericht ZH vom 31.5.1988, in: ZBl 89/1988 495 E. 6e/aa S. 506: Diskussion, ob der Verfassungsrichter ersatzweise die Feuerwehrdienst- und Ersatzabgabepflicht auf Frauen ausdehnen dürfe.

[86] Etwa BGE 113 Ia 325 Regeste und E. 6 S. 331 ***dame T.***: «Untersuchungshäftlinge müssen grundsätzlich aufs ganze Jahr verteilt wenigstens sechs, in speziellen Fällen vier, Nahrungsmittelpakete empfangen dürfen».

[87] BGE 99 Ia 630 E. 8 637 ***Wicki***; BGE 116 V 198 E. II.3b S. 216 ***K.***; BGE 117 V 318 E. 6a S. 326 ***Staatliche Pensionskasse des Kantons Solothurn***; BGE 118 Ia 331 E. 3b S. 335 ***Ehegatten S.***; BGE 123 II 193 E. 4c S. 202 ***D.***; BGE 124 II 436 E. 11c S. 458 ***Altermatt***; Bger. vom 3.11.2000, in: Pra 90 Nr. 114 E. 3c S. 674 ***X und Y***. Aus der kantonalen Praxis: Verwaltungsgericht ZH vom 28.2.1990, in: ZBl 91/1990 275 E. 6 S. 284 f.; Verwaltungsgericht BL vom 29.4.1998, in: BLVGE 1998 38 E. 4e S. 45; Verwaltungsgericht BE vom 25.6.1999, in: BVR 1999 556 E. 3f S. 562.

[88] ***Rudolf Hertach***, Das Legalitätsprinzip in der Leistungsverwaltung, Zürich 1984, S. 159; ***Charles-Albert Morand***, L'érosion jurisprudentielle du droit fondamental à l'égalité entre hommes et femmes, in: L'égalité entre hommes et femmes, Lausanne 1988, 73–107, S. 96; ***Weber-Dürler*** (Anm. 10), S. 352; ***Camprubi*** (Anm. 10), S. 347 f.

[89] Etwa BGE 41 I 423 E. 1, 2 S. 431 ff. ***Dampfschiffgesellschaft des Vierwaldstättersees***: Abänderung richterlicher Regeln durch das Bundesgericht im Bereich der Doppelbesteuerungspraxis.



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

Der provisorische Charakter von richterlichen Ersatzregelungen setzt allerdings voraus, dass diese ***keine faktische Präjudizwirkung auf die nachfolgende Gesetzgebung*** ausüben. ***Beatrice Weber-Dürler*** wies im Zusammenhang mit der rechtsgleichen Ausgestaltung des Rentenalters durch den Verfassungsrichter mit Recht darauf hin, dass richterliche Normberichtigungen dem Gesetzgeber intertemporalrechtliche Schwierigkeiten bereiten und ihm dadurch tatsächliche Handlungsmöglichkeiten nehmen können[90]. Präjudizielle Wirkungen auf die nachfolgende Gesetzgebung sind immer dann in Betracht zu ziehen, wenn die Umsetzung des Verfassungsurteils namhafte infrastrukturelle Veränderungen bedingt oder von Gesellschaft und Wirtschaft starke Anpassungsleistungen verlangt. Der Verfassungsrichter sollte auf eine Umgestaltung der Rechtslage verzichten, wenn deren faktische Auswirkungen dem Gesetzgeber inskünftig die Wahl anderer verfassungskonformer Lösungen bedeutend erschweren oder verunmöglichen würden.

Die Erkenntnis, dass richterlicher Ersatznormierung provisorischer Charakter zukommt, ist für das ***Verhältnis zwischen Verfassungsrichter und Gesetzgeber*** von entscheidender Bedeutung. Die Betätigung des Verfassungsrichters als «positiver Gesetzgeber» erscheint im Blick auf die Prinzipien der Demokratie und Gewaltenteilung weit weniger problematisch, wenn man sich der diesbezüglichen Subsidiarität des Verfassungsrichters vergewissert. Der Verfassungsrichter, der zur Korrektur einer Verfassungswidrigkeit eine Norm aufstellt, unternimmt den ersten wirksamen Schritt, um die betreffende Materie zusammen mit der Legislative verfassungskonform auszugestalten. Und wenn die Volksvertretung richterliches Ersatzrecht wie jenes zum Doppelbesteuerungsverbot nicht selber kodifiziert oder abändert, heisst das nichts anderes, als dass sie zu diesem stehen kann.

### 3. Eignung richterlicher Ersatzregelung

Richterliche Ersatzregelung ist dann in Betracht zu ziehen, wenn der verfassungskonforme Zustand nur mittels Normgestaltung oder «positiver Gesetzgebung» hergestellt werden kann. Ersatzregelung ist mit anderen Worten in jenen Konstellationen geeignetes Restitutionsmittel, in denen ***Gestaltungsspielraum*** besteht, d.h. in denen der Richter die verfassungsrechtlichen Vorgaben auf verschiedene Arten erreichen kann. Zwar fallen in diesen Situationen neben Ersatzregeln unter Umständen auch normgestaltende Aufhebungen oder Nichtanwen-

[90] ***Weber-Dürler*** (Anm. 10), S. 352. Sodann stellten kantonale Gerichte wiederholt auf das Kriterium der faktischen Präjudizwirkung ab: Verwaltungsgericht BL vom 12.2.1986, in: ZBl 87/1986 403 E. 8 S. 410; Steuerrekursgericht AG vom 27.6.1986, in: StE 1986 A.21.11 Nr. 14 E. 7; Verwaltungsgericht ZH vom 16.12.1999, in: RB 1999 Nr. 80 E. 2 S. 175. Ferner Minderheitsmeinung Verwaltungsgericht ZH vom 31.5.1988, in: ZBl 89/1988 495 E. 7 S. 509.



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

dungen als restitutive Instrumente in Betracht[91]. Ob der Richter für eine Ersatzregel oder eine Aufhebung bzw. Nichtanwendung optieren soll, lässt sich jedoch nicht generell sagen, sondern hängt von der Prüfung der Zumutbarkeit und Zweckmässigkeit im Anwendungsfall ab.

Gestaltungsspielraum finden Gerichte regelmässig vor, wenn sie ***grundrechtliche Handlungsansprüche*** gegenüber dem Gesetzgeber durchsetzen. Hat die Legislative zur Realisierung von Grundrechten wie dem Recht auf ein unabhängiges Gericht, auf hinreichende persönliche Entfaltungsfreiheit in Gefängnissen oder auf Vermeidung von Doppelbesteuerungen keine oder nur ungenügende Gesetze bereitgestellt, kann der grundrechtskonforme Zustand in der Regel nur mittels Ersatznormen voll hergestellt werden.

Aber auch zur Verwirklichung von Gleichheitsrechten gegenüber dem Gesetzgeber und mitunter sogar von Abwehrrechten bedarf es unter Umständen richterlicher Ersatzregeln. Die ***Beseitigung von Ungleichbehandlungen*** ist zwar in gewissen Situationen mittels Aufhebung oder Nichtanwendung der grundrechtswidrigen Bestimmungen möglich. Häufig würde dies aber zu einem unannehmbaren Regelungsdefizit und folglich zu einer übermässigen Beeinträchtigung öffentlicher Interessen führen. Zu denken ist namentlich an Fälle vom Typ ***Hegetschweiler***, in denen rechtsungleiche Steuererlasse nicht einfach aufgehoben werden können. Die volle Behebung der Rechtsungleichheit ist dann nur mittels Ersatznormierung möglich.

Das klassische Instrument zur ***Abwehr grundrechtswidrigen Tuns*** der Legislative ist die Aufhebung oder Nichtanwendung von Gesetzen. In bestimmten Situationen kann es aber zwecks Wahrung öffentlicher Interessen angezeigt sein, eine grundrechtswidrige Gesetzesbestimmung nicht als ganze zu kassieren, sondern mit einer richterlichen Ausnahmeregel zu ergänzen[92]. Ein derartiges Beispiel findet sich im ersten Bundesgerichtsurteil zur Fortpflanzungsmedizin: Die angefochtene Norm besagte, dass die künstliche Insemination und der Gametentransfer ausserhalb des Kantonsspitals St. Gallen nicht durchgeführt werden dürfen. Das Bundesgericht erachtete diese Verbotsbestimmung als grundrechtswidrig, soweit sie die homologe Insemination mit Keimzellen des Ehemannes betraf. Um die mit dem Verbot verfolgten öffentlichen Interessen (adäquate Auswahl der Samenzellen, Vermeidung genetischer Verwandtschaften, einwandfreie Aufbewahrung der Samenzellen, Kontrolle zur Vermeidung von Verwechslungen) zu schonen, hob das Bundesgericht die Bestimmung nicht insgesamt auf. Vielmehr stellte es die Ausnahmeregel auf, wonach das Verbot für die künstliche Insemination mit Keimzellen des Ehemannes nicht gelte[93].

[91] Zu diesen Fällen vorne III.1.

[92] Zur Sanktionierung solcher beschränkt grundrechtswidriger Gesetzesnormen auch vorne III.1. in fine.

[93] BGE 115 Ia 234 E. 7c S. 257 ff. ***K***. Die angeordnete Rechtsfolge lautete: «Art. 6 GRB ist insofern aufzuheben, als die künstliche Insemination mit Keimzellen des Ehemannes auf das Kantonsspital St. Gallen beschränkt wird.»



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

### 4. Rückweisung an die Vorinstanz als milderes Mittel

Richterliche Beschwerdeinstanzen befinden sich unter Umständen im Ungewissen darüber, welches die Auswirkungen einer zu treffenden Ersatzregelung auf die Allgemeinheit, einzelne Gruppen oder die administrative Infrastruktur sind. Muss der Verfassungsrichter davon ausgehen, dass die ***verwaltungsinterne Vorinstanz*** für die Rechtsfolgebestimmung über besseres Sachwissen verfügt bzw. solches beschaffen kann, sollte er die Streitsache zur Ersatzregelung zurückweisen. Die Rückweisung an die verwaltungsinterne Vorinstanz schont gesetzgeberische und administrative Interessen. In der Praxis ist sie allerdings kaum entwickelt. Immerhin wies das Zürcher Verwaltungsgericht in einem Urteil von 1991 die Streitsache mit inhaltlichen Anweisungen an die besser informierte Gesundheitsdirektion zurück, damit diese mittels ergänzender Normen die selbständige Ausübung der Psychotherapie durch Nichtärzte regle[94].

Des Weiteren ist die Streitsache nach Möglichkeit an die ***kantonale oder kommunale Vorinstanz*** zurückzuweisen, wenn sich zur Behebung der Verfassungsverletzung mehrere Lösungen anbieten. Die Rückweisung schont in diesen Fällen die Gesetzgebungsautonomie des untergeordneten Gemeinwesens. Für Rückweisungen an die kantonale oder kommunale Vorinstanz gibt es in der Judikatur des Bundesgerichts Ansätze. In einigen Entscheiden, in denen kantonale Gesetze für die vorliegende Streitsache keinen Zugang zu einem unabhängigen Gericht im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 oder Art. 5 Ziff. 4 EMRK vorsahen, wies das Bundesgericht den betreffenden Kanton an, eine zuständige Gerichtsinstanz zur Verfügung zu stellen[95]. Ferner hielt wiederum das Zürcher Verwaltungsgericht in einem Urteil aus dem Jahre 1998 fest, dass die Neuordnung einer verfassungswidrigen Klärgebührenverordnung der kommunalen Behörde zu überlassen sei[96].

### 5. Zumutbarkeit richterlicher Ersatzregelung

Bietet sich in einem Normenkontrollentscheid eine richterliche Ersatzregelung als adäquate Rechtsfolge an, stellt sich die Frage nach deren Zumutbarkeit, und zwar insbesondere im Hinblick auf das Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip. Bundesgericht und kantonale Gerichte haben in einzelnen Urteilen festgehal-

[94] Entscheid vom 21.8.1991, in: ZBl 93/1992 74 E. 8b S. 85 f. Die Rückweisung an die verwaltungsinterne Vorinstanz wurde sodann diskutiert in: Verwaltungsgericht ZH vom 16.12. 1999, in: RB 1999 Nr. 80 E. 1 S. 171.

[95] BGE 115 Ia 56 E. 3 S. 64 ***X***. (Kanton Zürich); BGE 116 Ia 60 E. 3b S. 65 f. ***H***. (Kanton Zürich); BGE 120 Ia 19 E. 5 S. 31 ***R.*** (Kanton Zürich); BGE 121 II 219 E. 2c S. 222 f. ***C.*** (Kanton Tessin); BGE 123 I 87 E. 5 S. 96 ***B.*** (Kanton Graubünden); BGE 127 I 115 E. 9 S. 126 f. ***époux W***. (Kanton Genf). Rückweisung an die kantonale Vorinstanz zur provisorischen Neuregelung sodann in BGE 128 II 56 E. 7a S. 65 ***X***. betreffend Verstoss gegen Art. 48 und 50 StHG.

[96] Entscheid vom 29.1.1998, in: RB 1998 Nr. 36 S. 77.



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

ten, dass es nicht Sache des Richters sei, ***zwischen mehreren verfassungskonformen Lösungen auszuwählen***[97]. In der Verfassungslehre sind mehrere Autoren ebenfalls der Ansicht, dass richterliches Eingreifen nur zulässig sei, wenn sich für die Herstellung des verfassungskonformen Zustands eine einzige verfassungskonforme Lösung aufdrängt[98].

Die Ansicht, der Richter dürfe nicht mittels Ersatzregelung gestaltend tätig werden, stösst sich schon an der Rechtsprechungswirklichkeit. Wie gesehen haben Bundesgericht und kantonale Gerichte in zahlreichen Fällen verfassungswidriges Gesetzesrecht umgestaltet sowie Regelungen aufgestellt, um Verfassungsverletzungen zu beseitigen[99]. Auch aus prinzipiellen Gründen kann dieser Ansicht nicht gefolgt werden. Kapitulierten Gerichte immer dann, wenn ein Verfassungsverstoss auf mehr als eine Art behoben werden kann, würde der ***Grundrechtsschutz gegenüber der Legislative massiv geschwächt***. Die Restitution des verfassungskonformen Zustands wäre in vielen Situationen verunmöglicht, wenn der Verfassungsrichter nur noch bei fehlendem Gestaltungsspielraum eingreifen dürfte. Die absolute Unzulässigkeit richterlicher Ersatznormierung liesse sich mit dem Prinzip, dass Grundrechte direkt anwendbares Recht sind, nicht vereinbaren.

Das bedeutet, dass zwischen dem Anliegen eines wirksamen Grundrechtsschutzes und dem Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip im Anwendungsfall ein möglichst schonender Ausgleich gefunden werden muss. Die Schwere der Verfassungsverletzung ist abzuwägen gegen die Komplexität der zu regelnden Materie. Um die mit dieser Zumutbarkeitsprüfung verbundenen Rechtsunsicherheiten einzudämmen, ist sie unter Vorgabe einzelfallunabhängiger Massstäbe soweit möglich vorzustrukturieren. Eine Möglichkeit ist die ***Bildung verschiedener Komplexitätsstufen***. Solche Komplexitätsstufen sind keine dogmatischen Einheiten mit scharfen Grenzen, können aber der Orientierung dienen für Verfassungsrichter und Grundrechtsträger. Von den beiden Komplexitätsaspekten, dem Gestaltungsspielraum und der Vorhersehbarkeit der Realfolgen, lässt sich ersterer in drei Stufen unterteilen:

– Materiengestaltung;
– Systemgestaltung;
– Regelgestaltung.

[97] BGE 109 Ib 81 E. 4e S. 88 f. ***Wenk***; BGE 129 I 265 E. 5.2 S. 276 ***X.***; Verwaltungsgericht BL vom 12.2.1986, in: ZBl 87/1986 403 E. 8 S. 409; Verwaltungsgericht NE vom 17.3.1986, in: StE 1986 A.21.11 Nr. 12 E. 6a; Verwaltungsgericht AG vom 15.3.1988, in: StE 1988 A.21.11 Nr. 23 E. 5b/aa.

[98] ***Jean-François Aubert***, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Fassung von 1967, Neubearbeiteter Nachtrag bis 1990 (Bd. I), Basel/Frankfurt a.M. 1991, Rz. 240; ***Gerber*** (Anm. 10), S. 308; ***Camprubi*** (Anm. 10), S. 325, 334; anders aber S. 335, 345 ff. Ferner ***Jörg Paul Müller***, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht in der Schweiz, Zürich 2001, § 39, Rz. 29, wonach Grundrechte nur dann justiziabel, das heisst vom Richter durchsetzbar sind, wenn sich nicht nur das «Ob», sondern auch das «Wie» direkt aus den Grundrechten ergibt.

[99] Dazu vorne IV.1.



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

Zur ***Materiengestaltung***: Der Gesetzgeber hat für den fraglichen Grundrechtsgehalt überhaupt noch kein Normsystem gewählt, sondern ist vollständig untätig geblieben. Es lässt sich von einem «gesetzesleeren Zustand» sprechen. Die Herstellung des verfassungskonformen Zustands erfordert vom Verfassungsrichter die Gestaltung der betreffenden Materie als solche. Wenn die Komplexität nicht auf Grund besonderer Umstände reduziert ist, dürfte in diesen Fällen angesichts des demokratisch orientierten schweizerischen Verfassungsrechts richterliche Ersatzregelung grundsätzlich unzulässig sein[100]. Ein Beispiel verfassungsrichterlicher Materiengestaltung im gesetzesleeren Raum ist die Praxis zum Doppelbesteuerungsverbot. Richterliche Ersatznormierung war in diesen Fällen möglich, weil das Bundesgericht in gewissem Ausmass auf bestehende Regelungsmodelle zurückgreifen konnte und dadurch die Komplexität reduziert war. Die richterlich geschaffenen Kollisionsnormen entsprangen nicht «aus dem Nichts», sondern konnten sich teilweise an die frühere Praxis der Bundesbehörden sowie an die verfassungsmässige Ordnung des Niederlassungswesens anschliessen[101].

Zur ***Systemgestaltung***: Der Gestaltungsspielraum bei der Rechtsfolgebestimmung ist geringer, wenn sich der verfassungsmässige Zustand mittels Umgestaltung eines vom Gesetzgeber bereits eingerichteten Normsystems herstellen lässt. Der Verfassungsrichter kann an die gesetzgeberische Weichenstellung für ein bestimmtes Normsystem anknüpfen, ohne alternative Systeme in Betracht ziehen zu müssen. In diesen Fällen ist die Zumutbarkeit richterlicher Ersatzregelung nicht von vornherein auszuschliessen. Vielmehr muss das Ausmass der Komplexität im Anwendungsfall genau untersucht und mit der Schwere der Verfassungsverletzung abgewogen werden. Konstellationen, die Systemgestaltung verlangen, sind typisch, wenn wie im Fall ***Hegetschweiler*** Verletzungen der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung zu sanktionieren sind. Die an den Fall ***Hegetschweiler*** anschliessende Praxis zeigt, dass die Zumutbarkeit richterlicher Normgestaltung im Bereich der Ehegattenbesteuerung auf der Kippe stand: Zwar existieren zahlreiche Urteile von Bundesgericht und kantonalen Gerichten, in denen der Verfassungsrichter auf die Umgestaltung der rechtsungleichen Steuernormen verzichtete[102]. Diesen Urteilen stehen jedoch drei Entscheide zur Ehegattenbesteuerung gegenüber, welche in den Erwägungen richterliche Ersatzregeln enthalten[103].

[100] Ebenso im Zusammenhang mit der verfassungsrichterlichen Umsetzung von Volksinitiativen in Form einer allgemeinen Anregung ***Christoph Hiller***, Die Stimmrechtsbeschwerde, Zürich 1990, S. 191.

[101] Dazu ***Huber*** (Anm. 55), S. 527 ff., Zitat auf S. 528.

[102] BGE 112 Ia 311 ***X.***; Bger. vom 10.11.1985, in: ASA 55 663 E. 3b S. 666 ***X.***; Bger. vom 15.7.1987, in: ASA 58 74 E. 4a S. 75 f. ***X.***; BGE 118 Ia 1 E. 4d S. 7 ***F.***; Steuerrekurskommission BE vom 19.2.1985, in: BVR 1985 307; Verwaltungsgericht BS vom 26.7.1985, in: StE 1985 B. 13.1 Nr. 3; Verwaltungsgericht BL vom 12.2.1986, in: ZBl 87/1986 403; Verwaltungsgericht NE vom 17.3.1986, in: StE 1986 A.21.11 Nr. 12; Steuerrekursgericht AG vom 27.6. 1986, in: StE A.21.11 Nr. 14; Verwaltungsgericht GE vom 17.12.1986, in: RDAF 1987 130; Verwaltungsgericht BE vom 14.3.1988, in: BVR 1988 433 sowie in: StE 1988 A. 21.11 Nr. 21; Verwaltungsgericht AG vom 15.3.1988, in: StE 1988 A.21.11 Nr. 23.



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

Zur ***Regelgestaltung***: Am geringsten ist der Gestaltungsspielraum, wenn sich die Grundrechtsverletzung durch die Modifikation einer bestimmten Regel beheben lässt. Richterliche Regelgestaltung fällt namentlich dann in Betracht, wenn der Verfassungsrichter zur Herstellung der Verfassungsmässigkeit eine Gesetzesbestimmung mit einer Ausnahmeregelung ergänzen[104], den sachlichen oder zeitlichen Anwendungsbereich grundrechtskonformer Rechtsinstitute ausdehnen[105] sowie geltende Vorschriften auf das geforderte Mass heraufsetzen kann[106]. Regelmodifikation sollte unter dem Gesichtspunkt des Gestaltungsspielraums stets zulässig sein.

Neben der Abwägung gegen gesetzgeberische Interessen bleibt zu prüfen, ob eine richterliche Ersatzregelung mit gegenläufigen ***administrativen Vollzugsinteressen*** vereinbar ist. Dabei ist abzuschätzen, ob die festzulegende Ersatzregel im Anschluss an das Verfassungsurteil von der Verwaltung umgesetzt werden kann, ohne dass die Erfüllung anderer Verwaltungsaufgaben vereitelt wird. Mangels Umsetzbarkeit ist auf die Ersatzregelung zu verzichten, selbst wenn eine schwere Verfassungsverletzung vorliegt[107]. Schliesslich muss die richterliche Ersatzregelung einer Abwägung mit den involvierten ***öffentlichen Interessen und Interessen Dritter*** standhalten. Insbesondere dürfen Ersatzregeln nicht unzumutbare finanzielle Auswirkungen[108] oder Nachteile für Drittbetroffene nach sich ziehen[109].

[103] Bger. vom 1.1.1991, in: ASA 60 279 Regeste und E. 3b S. 284 ***X.***; Rekurskommission SO vom 24.6.1985, in: ZBl 86/1985 536; Verwaltungsgericht BL vom 29.4.1998, in: BLVGE 1998 38. Ferner Minderheitsmeinung Verwaltungsgericht BS vom 12.2.1986, in: ZBl 87/1986 403 E. 7 S. 407 ff.

[104] Dazu vorne IV.3. in fine.

[105] Etwa BGE 123 II 193 E. 5d/bb S. 207 ***D.***: Richterliche Ausdehnung der Zuständigkeit der Asylrekurskommission auf die Überprüfung der Rechtsmässigkeit der Freiheitsbeschränkung von Ausländern im Flughafenverfahren.

[106] Dazu vorne III.2. in fine.

[107] Etwa BGE 117 V 318 E. 6b S. 327 ***Staatliche Pensionskasse des Kantons Solothurn***: Verzicht auf die Herabsetzung des Rentenalters von Männern auf dasjenige der Frauen u.a. wegen unabsehbarer Umsetzungsschwierigkeiten.

[108] Etwa Steuer-Rekurskommission ZH vom 13.7.1999, in: StE 2000 B.42.33 Nr. 1 E. 6b: Richterliche Ausdehnung von Privilegien bei der Grundstückgewinn- und Handänderungssteuer auf alle Handänderungen unter Ehegatten infolge einer güterrechtlichen Auseinandersetzung; die dadurch den Gemeinden entstehenden Einbussen an Steuergeldern wurden als zumutbar erachtet.

[109] Etwa Verwaltungsgericht ZH vom 16.10.1999, in: RB 1999 Nr. 80 E. 2 S. 175: Verzicht auf die allgemeine Zulassung der ärztlichen Medikamentenabgabe, weil dies einer Vielzahl von Apotheken die wirtschaftliche Existenz entzogen oder diese zumindest erheblich gefährdet hätte.



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

## V. Feststellung einer Verfassungsverletzung des Gesetzgebers

### 1. Die Feststellung als selbständige Rechtsfolge

Wie gesehen kann es dem Verfassungsrichter auf Grund seiner mangelnden demokratischen Legitimation, seiner beschränkten administrativen Mittel oder entgegenstehender öffentlicher Interessen unter Umständen verwehrt sein, verfassungswidrige Gesetzesbestimmungen aufzuheben, nicht anzuwenden oder mittels Ersatzregelung zu sanktionieren. Hinzu kommt die Schranke in Art. 190 BV, die ebenfalls zu einem ***Verzicht auf die volle Herstellung des verfassungsmässigen Zustands*** führen kann. In diesen Fällen müssen sich die Gerichte damit begnügen, den Verfassungsverstoss des Gesetzgebers festzustellen.

Die Feststellung einer Verfassungsverletzung des Gesetzgebers ist in der ***Rechtsprechung*** noch kaum anerkannt als selbständige Rechtsfolge, die im Entscheiddispositiv angeordnet wird und zur Gutheissung der Beschwerde mit entsprechenden Kostenfolgen führt. Zwar konstatierten Bundesgericht und kantonale Gerichte in zahlreichen Entscheidbegründungen, dass Gesetzgebungsorgane Grundrechte verletzen. Solche Feststellungen finden sich vor allem bei der Sanktionierung von Rechtsungleichheiten in Steuer- und Abgabegesetzen[110]. In sämtlichen zitierten Urteilen führte die Feststellung der Grundrechtsverletzung jedoch nicht zur Gutheissung, sondern zur Abweisung der Beschwerde. Begrüssenswert ist deshalb ein neues Urteil von 2002, das die Beschwerde gutheisst und formell feststellt, dass die Zürcher Wahlrechtsordnung gegen die Wahl- und Abstimmungsfreiheit verstösst[111].

Im Unterschied zur Rechtsprechung ist das ***Schrifttum*** aufgeschlossener gegenüber Urteilen, die eine Verfassungsverletzung des Gesetzgebers feststellen und die Beschwerde entsprechend gutheissen. Eine Reihe von Autoren fordert bzw. anerkennt die Feststellung einer Verfassungsverletzung des Gesetzgebers als eigenen Urteilstypus und damit als selbständige Rechtsfolge[112].

[110] BGE 110 Ia 7 E. 6 S. 26 f. ***Hegetschweiler***; BGE 112 Ia 311 E. 2a S. 313 ***X.***; Bger. vom 10.10.1986, in: ZBl 88/1987 303 E. 5 S. 313 ***Daniel B.***; Bger. vom 31.1.1992, in: ASA 61 544 E. 2b S. 548 f. ***K.***; BGE 124 I 193 E. 5c S. 201 f. ***Scherr;*** Bger. vom 13.11.1998, in: StR 1998 420 Sachverhalt S. 421 ***P.*** Aus der kantonalen Praxis: Verwaltungsgericht GE vom 17.12.1986, in: RDAF 130 E. 5c S. 142; Verwaltungsgericht ZH vom 31.5.1988, in: ZBl 89/1988 495 E. 5e S. 502; Verwaltungsgericht BL vom 10.6.1992, in: BLVGE 1992 95 E. 4b S. 100; Verwaltungsgericht BE vom 16.9.1994, in: BVR 1995 538 E. 4d S. 545.

[111] BGE 129 I 185 Entscheid S. 206 ***X. und Y.*** Einen Rückschritt bedeutet demgegenüber der neuere Bger. 1P.406/2004 vom 27.10.2004 ***Grüne Aargau u.a.***, in dem die Beschwerden – trotz Feststellung der Verfassungswidrigkeit in den Erwägungen – abgewiesen wurden.

[112] ***Alfred Kölz***, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1984, in: ZBJV 1986 313–362 S. 327; ***Daniel Thürer***, Das Willkürverbot nach Art. 4 BV, in: ZSR 1987 II 413-533 S. 473; ***Jörg Paul Müller***, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1986, 2. Teil, in: ZBJV 1988 497–520 S. 499; ***derselbe***, Verfassung und Gesetz: Zur Aktualität von Art. 1 Abs. 2 ZGB, in: recht 2000, Sondernummer für Wolfgang Wiegand, 119–128, S. 128; ***Hiller*** (Anm. 100), S. 409 f.; ***Gio-***



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

### 2. Subsidiarität der Feststellung

Die Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes bedeutet zugleich, dass dieses ***weiterhin angewendet werden muss***[113]. Feststellungen nehmen die Gesetzgebungsorgane in die Pflicht, haben aber weder formelle noch informelle Wirkung auf die Rechtsanwendung. Eine Behörde, die eine vom Richter als verfassungswidrig festgestellte Vorschrift anwendet, handelt rechtmässig und wird auf Beschwerde hin nicht korrigiert, solange sich die massgeblichen Umstände nicht ändern.

Angesichts ihrer fehlenden Wirkung auf die Rechtsanwendung erweist sich die Feststellung einer Verfassungsverletzung des Gesetzgebers als unzureichendes Schutzmittel für die betroffenen Grundrechtsträger. Feststellungen sind deshalb strikt als ***subsidiäre Sanktionsform*** zu handhaben und dürfen nur dann in Betracht gezogen werden, wenn die wirksameren Sanktionstypen der Aufhebung, Nichtanwendung und Ersatznormierung unzulässig sind. Nicht subsidiär sind Feststellungsurteile hingegen zu Anweisungen an die Gesetzgebungsorgane in Form von Appellen, Leitplanken oder Anpassungsfristen. Anweisungen lassen sich vielmehr sinnvoll mit Feststellungen kombinieren, um deren Wirkung auf die Legislative zu verstärken.

## VI. Anweisungen zur Neuregelung

### 1. Appellentscheid

Gerichte können, verbunden mit der Feststellung einer Verfassungsverletzung des Gesetzgebers, einen Appell an die zuständigen Gesetzgebungsorgane richten, verfassungskonform zu legiferieren[114]. Der Appell hat ***emphatischen Charakter,*** indem er den Gesetzgeber ausdrücklich beauftragt, zum Schutz der Verfassungsgarantien tätig zu werden. Implizit ist diese Pflicht des Gesetzgebers bereits in der Feststellung der Verfassungsverletzung enthalten, so dass Appellen keine eigene rechtliche Wirkung zukommt. Dennoch können Appellentscheide die Ausdruckskraft eines Verfassungsurteils verstärken und dadurch den Grundrechtsschutz fördern.

***vanni Biaggini***, Verfassung und Richterrecht, Basel 1991, S. 472; ***Weber-Dürler*** (Anm. 10), S. 343; ***Auer/Malinverni/Hottelier*** (Anm. 77), Rz. 2081. Demgegenüber kritisiert ***Gerber*** (Anm. 10), S. 294 Urteile, die Verfassungsverletzungen des Gesetzgebers feststellen, weil der Beschwerdeführer an einer Feststellung abgesehen von einem allfälligen Genugtuungseffekt kein Interesse habe.

[113] So explizit Bger. vom 13.11.1998, in: StR 1998 420 E. 3b/aa S. 423 f. ***P***.

[114] ***Thürer*** (Anm. 112), S. 472 f.; ***Kälin*** (Anm. 14), S. 403; ***René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss***, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Rz. 1904; ***Ulrich Zimmerli/Walter Kälin/Regina Kiener***, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 1997, S. 283.



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

Appelle ***an die Legislative*** finden sich wie Feststellungsurteile vor allem in Urteilen zur Sanktion von rechtsungleichen Steuer- und Abgabegesetzen[115], ferner etwa in den Erwägungen eines Entscheides, wonach gesetzliche Grundlagen für Zwangsmassnahmen im fürsorgerischen Freiheitsentzug fehlten[116]. Alsdann existieren zahlreiche Appellentscheide in der Praxis zum Anspruch auf einen unabhängigen Richter gemäss Art. 6 Ziff. 1 sowie Art. 5 Ziff. 4 EMRK[117]. In mehreren dieser Fälle forderte das Bundesgericht allerdings den betreffenden Kanton als solchen auf, eine konventionskonforme Gerichtsinstanz bereitzustellen, ohne zu sagen, ob dies durch den Gesetzgeber oder die Vorinstanz zu geschehen habe.

Appelle des Verfassungsrichters, zum Schutz der Grundrechte tätig zu werden, können sich auch ***an die Exekutive*** richten. Appelle an die Exekutive fallen dann in Betracht, wenn der Verfassungsrichter aus Rücksicht auf administrative Vollzugsinteressen auf eine Aufhebung, Nichtanwendung oder Ersatzregelung verzichten muss. Der Richter fordert in diesem Fall die Verwaltung auf, die zur Gewährleistung der verletzten Verfassungsgarantien notwendigen Massnahmen zu treffen. Einen solchen Appell machte das Bundesgericht etwa im Urteil ***Landesring der Unabhängigen des Kantons Zürich***, indem es die Zürcher Behörden einlud, «unverzüglich eine neue Volksabstimmung anzusetzen»[118].

## 2. Leitplanken

Kann ein Gericht den verfassungskonformen Zustand wegen zu hoher Komplexität oder aus anderen Gründen nicht selber herstellen, besteht darüber hinaus die Möglichkeit, zusammen mit der Feststellung der Verfassungswidrigkeit in der Urteilsbegründung dem Gesetzgeber Leitplanken vorzugeben[119], das heisst:

[115] BGE 109 Ib 81 E. 2 S. 85 ***Wenk***; BGE 112 Ia 311 E. 2c S. 314 ***X.***; Bger. vom 8.11.1985, in: ZBl 87/1986 482 E. 2c S. 485 f. ***Léon T.***; Bger. vom 10.10.1986, in: ZBl 88/1987 306 E. 3b S. 310 ***Daniel D.***; BGE 118 Ia 1 E. 4d S. 7 ***F.***; BGE 124 I 193 E. 5c S. 202 ***Scherr***; Bger. vom 13.11.1998, in: StR 1998 420 E. 3c/cc S. 425 f. ***P.*** Aus der kantonalen Praxis: Verwaltungsgericht NE vom 17.3. 1986, in: StE 1986 A.21.11 Nr. 12 E. 6a; Verwaltungsgericht BE vom 14.3.1988, in: BVR 1988 433 E. 4a S. 440.

[116] BGE 126 I 112 E. 3c S. 117 ***S.***

[117] BGE 115 Ia 56 E. 3 S. 64 ***X.***; BGE 115 Ia 66 E. 3 S. 72 ***X.***; BGE 116 Ia 60 E. 3b S. 65 f. ***H.***; BGE 120 Ia 19 E. 5 S. 31 ***R.***; BGE 121 II 219 E. 2c S. 222 f. ***C.***; BGE 123 I 87 E. 5 S. 96 ***B.***; BGE 127 I 115 E. 8 S. 126 ***époux W.*** Ferner Bger. 2A.151/2001 vom 9.4.2002, E. 4c ***R.***: Appell an das Bundesamt für Justiz, Regelungen aufzustellen zum Rechtsschutz für Asylbewerber, die sich in Empfangsstellen befinden.

[118] BGE 113 Ia 46 E. 7b S. 62. Ferner appellierte das Bundesgericht wiederholt an die Gefängnisverwaltungen, die erforderlichen baulichen, organisatorischen und personellen Voraussetzungen zu schaffen, um die grundrechtlich geforderte Bewegung der Inhaftierten zu gewährleisten: BGE 99 Ia 262 E. V8d S. 281 ***Minelli***; BGE 102 Ia 279 E. 7c S. 292 ***Minelli***; BGE 106 Ia 277 E. 8c S. 294 ***Groupe Action Prison***; BGE 118 Ia 64 E. 3k S. 82 ***Minelli***; Bger. vom 10.12.1993, in: EuGRZ 1994 E. 3b S. 240 f. ***Minelli***; Bger. vom 23.8.1995, in: EuGRZ 1995 609 E. 3 S. 611 ***Messaoudi***; BGE 122 I 222 E. 2a/bb S. 227 ***Cumali***; BGE 122 II 49 E. 5a S. 53 ***C.***; BGE 122 II 299 E. 3c S. 304 ***X.***; BGE 123 I 221 E. II 1c S. 234 ***Demokratische JuristInnen Schweiz***.

[119] Etwa BGE 110 Ia 7 E. 3d S. 19 f. ***Hegetschweiler***: Bundesgerichtliche Vorgaben zur rechtsgleichen Ausgestaltung der Zürcher Steuergesetzgebung (in keinem Fall Schlechterstellung, notfalls



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

verfassungskonforme Regelungsalternativen aufzuzeigen oder auf Kommissionsberichte und Expertengutachten hinzuweisen[120]. Leitplanken können sich auch an die Vorinstanz richten, falls die Streitsache zur Neuregelung an diese zurückgewiesen wird[121].

Verfassungsrichterliche Leitplanken sind nach der hier vertretenen Systematik deutlich ***von richterlichen Ersatzregelungen zu unterscheiden***. Bei der Vorgabe von Leitplanken legt sich der Richter nicht auf eine bestimmte Ersatzregel fest, sondern zeigt verschiedene Regeln auf oder macht Vorgaben, die nicht den Bestimmtheitsgrad einer anwendbaren Regel aufweisen (etwa Zielvorgaben). Leitplanken tragen lediglich teilweise zur Behebung einer bestehenden Verfassungswidrigkeit bei und vermögen nicht als verfassungskonforme gesetzliche Grundlage für die Rechtsanwendung zu dienen. Indem Leitplanken dem Gesetzgeber oder der Vorinstanz nur Gestaltungsmöglichkeiten aufzeigen, jedoch keine verbindlichen Vorgaben machen, berühren sie das Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip kaum[122]. Damit sind sie im Vergleich zur richterlichen Ersatzregelung zwar ein milderes, jedoch auch weniger geeignetes und folglich subsidiäres Sanktionsinstrument.

### 3. Anpassungsfrist

Als weitere Form einer Anweisung zur Neuregelung kommt das Setzen einer Anpassungsfrist in Frage. Der Verfassungsrichter stellt dabei den Verfassungsverstoss fest und gewährt der Legislative oder der Verwaltung für die Revision der verfassungswidrigen Bestimmungen bzw. für deren Umsetzung eine angemessene Frist. Derartige Anpassungsfristen werden von der Lehre teilweise befürwortet[123] und vom deutschen Bundesverfassungsgericht immer wieder angeordnet[124]. Neuerdings verfügt dabei das Bundesverfassungsgericht die automatische Nichtanwendbarkeit der verfassungswidrigen Regelungen nach Ablauf der gesetzten Frist[125].

aber Besserstellung der Ehepaare gegenüber den Konkubinatspaaren) sowie Angabe möglicher gesetzgeberischer Mittel zur Verwirklichung der Gleichstellung.

[120] ***Strehle*** (Anm. 2), S. 145.

[121] Etwa Verwaltungsgericht ZH vom 21.8.1991, in: ZBl 93/1992 74 E. 8b S. 86: Leitplanken des Verwaltungsgerichts an die Adresse der Vorinstanz (Gesundheitsdirektion), wie der gegen die Wirtschaftsfreiheit verstossende Ausschluss nichtärztlicher Psychotherapeuten von der selbständigen Berufsausübung mittels ergänzender Normen zu beheben sei.

[122] Ebenso ***Strehle*** (Anm. 2), S. 146.

[123] ***Morand*** (Anm. 88), S. 97, anders aber S. 84 f., 101 f.; ***Haefliger*** (Anm. 10), S. 364 ff.; ***Jean-François Aubert***, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Fassung von 1967, Neubearbeiteter Nachtrag bis 1994 (Bd. II), Basel/Frankfurt a.M. 1995, Rz. 1726$^{bis}$; ***Biaggini*** (Anm. 112), S. 468; ***Weber-Dürler*** (Anm. 10), S. 343; ***Camprubi*** (Anm. 10), S. 348. Ablehnend ***Strehle*** (Anm. 2), S. 147 f.; ***Hertach*** (Anm. 88), S. 159.

[124] Etwa BVerfGE 15, 337 (350 ff.) – Höfeordnung; 36, 146 (172) – Eheverbot der Geschlechtsgemeinschaft; 89, 365 (378 ff.) – gesetzliche Krankenversicherung.

[125] BVerfGE vom 3.4.2001 zum Pflege-Versicherungsgesetz, in: EuGRZ 2001 Entscheidungsformeln S. 173, 178.



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

Die Problematik richterlicher Anpassungsfristen ergab sich namentlich in ***Bundesgerichtsentscheiden zum Gebot der Gleichbehandlung der Geschlechter*** gemäss Art. 4 Abs. 2 aBV (heute Art. 8 Abs. 3 BV)[126], nachdem diese Bestimmung 1981 neu in die Verfassung aufgenommen worden war. Im Urteil ***Daniel B.*** von 1986 räumte das Bundesgericht dem kantonalen Gesetzgeber eine Übergangsfrist von mindestens fünf Jahren für die Anpassung des kantonalen Rechts an die neue Verfassungsbestimmung ein, ausser es würde eine besonders schwere Grundrechtsverletzung vorliegen[127]. Die Anpassungsfrist bedeutete einen weitgehenden Verzicht auf wirksamen Grundrechtsschutz während fünf Jahren und wurde vom Bundesgericht begründet mit dem «Interesse des kantonalen Gesetzgebers, Gelegenheit zur Herstellung einer verfassungsmässigen Rechtslage zu erhalten.»[128]

Ein solches ***Anpassungsinteresse des Gesetzgebers*** ist jedoch abzulehnen. Zum einen kann der Gesetzgeber auf Grund des provisorischen Charakters richterlicher Ersatzregeln sowieso jederzeit eine eigene grundrechtskonforme Lösung wählen[129]. Zum anderen stellt das Anpassungsinteresse auf die Vorhersehbarkeit der verfassungsrechtlichen Anforderungen und damit auf das Verschulden des Gesetzgebers ab: Solange der Gesetzgeber mangels Vorhersehbarkeit der Verfassungsvorgaben nicht selber handeln kann, verzichtet der Richter auf die Herstellung des verfassungsmässigen Zustandes; sobald aber ein Versäumnis des Gesetzgebers vorliegt, hat der Richter Grund, die Verfassungswidrigkeit zu sanktionieren. Die Kategorie eines gesetzgeberischen Verschuldens hat jedoch in einer pluralistisch verfassten Demokratie keinen Platz[130]. Es geht aus diesen Gründen nicht an, Anpassungsfristen zugunsten des Gesetzgebers zu setzen, obwohl die Verfassungswidrigkeit mittels Aufhebung, Nichtanwendung oder Ersatznormierung beseitigt werden könnte[131].

Wird die Berechtigung eines gesetzgeberischen Anpassungsinteresses verneint, kommen Anpassungsfristen höchstens dann in Frage, wenn sich eine ***Auf-***

[126] BGE vom 8.11.1985, in: ZBl 87/1986 482 E. 2c S. 485 f. ***Léon T.***; Bger. vom 10.10.1986, in: ZBl 88/1987 306 E. 3b S. 309 f. ***Daniel B.***; BGE 116 V 198 E. II.3a S. 214 f. ***K.***; BGE 117 V 318 E. 4c S. 323 ***Staatliche Pensionskasse des Kantons Solothurn***.

[127] BGE vom 10.10.1986, in: ZBl 88/1987 306 E. 3b S. 309 f. ***Daniel B.***

[128] BGE vom 10.10.1986, in: ZBl 88/1987 306 E. 3b S. 310 ***Daniel B***. ***Morand*** (Anm. 88), S. 101 spricht von einer «balance d'intérêt assez bizarre».

[129] Dazu vorne IV.2.

[130] Das demokratische System lebt gerade davon, dass der Gesetzgeber kein monokratisches Handlungssubjekt ist, dem ein Verschulden attestiert werden könnte. Bereits die formelle Beschlussfassung über Gesetze und Verordnungen ist abhängig von unwägbaren Abstimmungen durch Parlamente, Stimmvolk und Kollegialregierungen. Hinzu kommt, dass Gesetz- und Verordnungsgebung zur Herstellung von Akzeptanz auf Diskurse mit Parteien, Verbänden, Medien und anderen Akteuren angewiesen ist. Es darf gar keine Instanz geben, welche diesen interaktiven Prozess auf bestimmte Ergebnisse hin diktieren und somit absichtlich oder fahrlässig handeln könnte. Erst wenn einzelne Personen oder Gruppen tatsächlich die Macht haben, der Gesellschaft Gesetze aufzuoktroyieren, kann von einem Verschulden des Gesetzgebers die Rede sein.

[131] Ebenso ***Strehle*** (Anm. 2), S. 148; ***Fehlmann-Leutwyler*** (Anm. 76), S. 220.



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

***hebung, Nichtanwendung oder Ersatzregelung als unzulässig*** erweist. In solchen Fällen darf der Verfassungsrichter allerdings auch nach Ablauf einer Anpassungsfrist nicht einschreiten[132]. Dies beweist etwa das Urteil ***Staatliche Pensionskasse des Kantons Solothurn*** zum Gleichbehandlungsgebot der Geschlechter, wo das Bundesgericht trotz Ablauf der gesetzten fünfjährigen Anpassungsfrist wegen der zu hohen Komplexität der betreffenden sozialversicherungsrechtlichen Materie keine Ersatzregeln festlegte[133].

Anpassungsfristen, welche der Verfassungsrichter subsidiär zu einer unzulässigen voll restitutiven Sanktion wählt, sind somit ***gerichtlich nicht durchsetzbar***. Gibt der Richter in diesen Fällen den zuständigen Organen dennoch Fristen vor, besteht eine gewisse Gefahr, dass der Verfassungsrichter an Glaubwürdigkeit verliert, wenn Legislative oder Verwaltung wiederholt innert Frist untätig bleiben. Im schweizerischen direktdemokratischen System, in dem Gesetzgebungsverfahren mit stärkeren Unwägbarkeiten behaftet sind, ist diese Gefahr wohl noch grösser als etwa in Deutschland. Auf der anderen Seite ist zu bedenken, dass auch nicht richterlich sanktionierbares Verfassungsrecht Wirkung auf die staatlichen Organe haben kann. Freilich vermag bereits die Feststellung der Grundrechtswidrigkeit, allenfalls verbunden mit einem Appellentscheid, auf den Gesetzgeber oder die Administration Druck auszuüben, verfassungskonform zu legiferieren oder die notwendigen Infrastrukturen bereitzustellen. Ob darüber hinaus noch Anpassungsfristen nötig sind, ist zumindest fraglich.

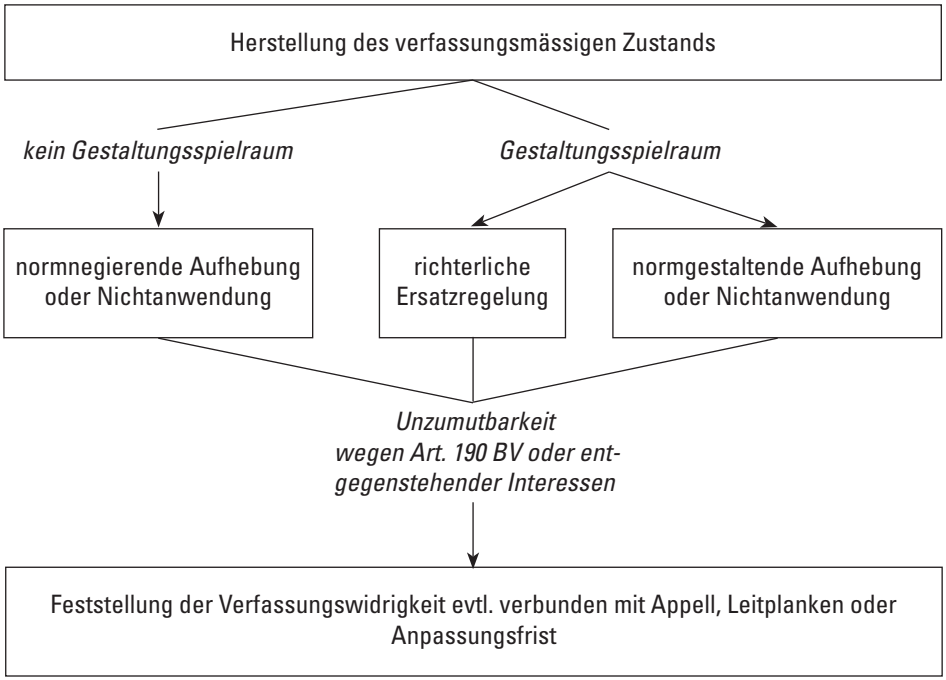
## VII. Übersicht und Entwicklungsmöglichkeiten

Der Fall ***Hegetschweiler*** vor gut 20 Jahren hat gezeigt, dass es zur Beseitigung einer Verfassungsverletzung des Gesetzgebers unter Umständen nicht genügt, ein Gesetz aufzuheben. Seither hat sich in zahlreichen Fällen mit zunehmender Deutlichkeit herausgestellt, dass vor allem Ungleichbehandlungen und Unterlassungen des Gesetzgebers häufig nur mittels provisorischen Ersatzregeln des Verfassungsrichters wirksam sanktioniert werden können. Solche Ersatzregelungen dürfen aber die funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht überschreiten. Sie sind insbesondere nur dann zulässig, wenn die fragliche Materie eine relativ geringe Komplexität aufweist. Ist dem Richter eine Ersatzregelung verwehrt, bleibt ihm die Feststellung der Verfassungswidrigkeit. Die Feststellung kann dabei mit Anweisungen zur Neuregelung, d.h. mit einem Appell, inhaltlichen Leitplanken oder allenfalls einer Anpassungsfrist verbunden werden. Dieses System der Rechtsfolgen von Normenkontrollen lässt sich in folgender ***schematischer Übersicht*** vereinfacht darstellen:

[132] Ebenso ***Hertach*** (Anm. 88), S. 159. Anders ***Haefliger*** (Anm. 10), S. 363 f.
[133] BGE 117 V 318 E. 4c S. 322 f. und E. 6a S. 325 ff.



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005




Die Rechtsfolgen von Normenkontrollen sind in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips zu begründen. Das ***Verfahrensrecht*** sollte die materiellrechtlich begründeten Rechtsfolgen möglichst wirksam umsetzen. Das bedeutet namentlich, dass die Rechtsfolgen grundsätzlich in das Urteilsdispositiv aufzunehmen sind. Die Aufnahme ins Dispositiv führt zur Gutheissung der Beschwerde mit entsprechenden Kostenfolgen. Sodann verleiht sie einer Rechtsfolge unmittelbare Gestaltungswirkung, indem Rechte und Pflichten geschaffen oder vernichtet werden (formelle Änderung der Rechtslage). Ferner verstärkt sie die Transparenz und damit auch die Effektivität des Grundrechtsschutzes. Rechtsfolgen, die einzig aus den Erwägungen hervorgehen, sind für Rechtsuchende, Behörden und Wissenschaft schwieriger zu erkennen.

Im Verfahren der ***abstrakten Normenkontrolle*** sollten daher nicht nur Kassationen, sondern sämtliche Rechtsfolgen, insbesondere auch Ersatzregelungen und Feststellungen, in der Urteilsformel verankert werden. Im Verfahren der ***konkreten Normenkontrolle*** drängt sich demgegenüber eine formelle Aufhebung verfassungswidriger Gesetze nicht auf, ebenso wenig eine Festsetzung richterlicher Ersatzregeln im Dispositiv. Der Verzicht auf die Kassation der verfassungswidrigen Norm, auf die sich der angefochtene Einzelakt stützt, entspricht einer seit den Anfängen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung konstanten und unangefochtenen Praxis. Diese Praxis dient – zumindest rein äusserlich – der Schonung des



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005

Gesetzgebers. ***Alexis de Tocqueville*** bemerkte dies bereits vor über 150 Jahren mit Blick auf die amerikanischen Gerichte: «Da aber der Richter ein Gesetz nur in einer unauffälligen Verhandlung über einen konkreten Rechtsfall angreift, verbirgt er die Bedeutung des Angriffs zum Teil vor den Augen der Öffentlichkeit. Sein Urteil betrifft nur ein Einzelinteresse; das Gesetz ist nur wie durch Zufall verletzt.»[134]

[134] ***Alexis de Tocqueville***, Über die Demokratie in Amerika, Ausgewählt und herausgegeben von J. P. Mayer, Stuttgart 1985, S. 86 (dt. Übersetzung von «De la démocratie en Amérique», 1. Bd. von 1835, I. Teil, 6. Kap.).



© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005