

Veröffentlicht in:

Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Band 135 / 1999 Heft 6, S. 301-347.

Stand von Literatur und Rechtsprechung: 8. Januar 1999.

Der Grundrechtskatalog der nachgeführten Bundesverfassung – ausgewählte Neuerungen

Von Professor Dr. Andreas Kley, Bern*

Inhalt

1. Grundrechte im Rahmen der Verfassungsreform
2. Problem der ungeschriebenen Grundrechte
 - a) Problem
 - b) Abschliessende Kodifikation?
 - c) Voraussetzungen für die Anerkennung ungeschriebener Grundrechte
 - d) Internationale Abkommen zum Schutz der Menschenrechte
 - e) Offene Grundrechtsformulierungen
3. Bedeutung der persönlichen Freiheit
 - a) Sektoraler Grundrechtsschutz
 - b) Persönliche Freiheit als beschränkte subsidiäre Grundrechtsgarantie
 - c) Rechtslage im nicht durch Freiheitsrechte geschützten Bereich
4. Menschenwürde - ein Grundrecht?
 - a) Entstehung und Verbreitung im modernen Verfassungsrecht
 - b) Situation in Deutschland
 - c) Menschenwürde im Nachführungsentwurf
5. Träger der Grundrechte
 - a) Problem
 - b) Personen und Menschen
 - c) Rechtfertigungen für den Personenbegriff bei der Bestimmung der Grundrechtsträger
 - d) Kinder
6. Schranken der Grundrechte
 - a) Schrankenregelung des Art. 36 nBV
 - b) Verantwortungsartikel und Grundpflichten
7. Bewertung

1. Grundrechte im Rahmen der Verfassungsreform

Die zurzeit laufende Revision der Bundesverfassung gliedert sich in drei Etappen, nämlich erstens in den parlamentarischen Nachführungsauftrag in Verbindung mit materiellen Reformen, zweitens in die Bildung von Reformschwerpunkten in den Bereichen Volksrechte und Justiz und drittens soll der Reformprozess für weitere Reformanliegen offen sein. Dazu gehören vor allem eine Staatsleitungs-, Regierungs-, Verwaltungs-, Parlaments- sowie eine Finanzausgleichs- und Föderalismusreform. Die Grundrechte stehen - mit Ausnahme der Rechtsweggarantie, die im Zuge der Justizreform folgen wird - in der ersten Etappe, nämlich im Nachführungsauftrag zur Behandlung an. Dieses Konzept ist kurz vorzustellen.

Nach einer Berichterstattung des Bundesrates hat die Bundesversammlung am 3. Juni 1987 die Totalrevision gemäss Art. 120 BV beschlossen und dem Bundesrat den Auftrag erteilt, eine Totalrevision vorzubereiten und ihr einen Entwurf zu einer neuen Bundesverfassung zu unterbreiten¹. Das Parlament hat aus mangelnder Reformfreude den Auftrag an den Bundesrat beschränkt. Die Revision sollte die schweizerische Verfassungsordnung nicht neu gestalten, "vielmehr solle sie die bestehenden Grundstrukturen wahren und sich in erster Linie darauf verlegen, das geltende Verfassungsrecht aufzuarbeiten und geordnet darzustellen, das Verfassungsrecht also ... nachzuführen"². In diesem Sinne bestimmt Art. 3 des Bundesbeschlusses vom 3. Juni 1987: "Der Entwurf wird das geltende geschriebene und ungeschriebene Verfassungsrecht nachführen, es verständlich darstellen, systematisch ordnen sowie Dichte und Sprache vereinheitlichen". Bundesrat und Parlament sind ihrem selbstgesetzten Ziel mit dem Bundesbeschluss über eine neue Bundesverfassung vom 18. Dezember 1998 nachgekommen. Volk und Stände werden am 18. April 1999 darüber abstimmen.

Es ist freilich fraglich, ob gerade im Bereich der Grundrechte ein blosses Nachschreiben des vor allem vom Bundesgericht und den internationalen Menschenrechtsorganen entwickelten Rechtszustandes möglich ist. Dass selbst das Nachschreiben politisch umstritten sein kann, beweisen die heftigen Auseinandersetzungen um das Streikrecht, das an sich bereits in Menschenrechtsabkommen garantiert ist. In Tat und Wahrheit ist die vorgenommene Reform unvermeidlicherweise mehr als eine Nachführung. Der zitierte Beschluss der eidgenössischen Räte vom 3.6.1987 war ein *verbales Placebo*, um die Ängste vor Neuerungen zu dämpfen. Die Kodifikation **302** / ungeschriebenen Rechts ist kein einfacher Vorgang³. Auch die textliche Neufassung oder Kürzung bestehender Verfassungsnormen erfolgt aufgrund von Wertungen. Diese erlauben Rückschlüsse auf vermeintliche oder effektiv gewollte materielle Änderungen. Wenn der Verfassungstext generell einer Überprüfung und Neuformulierung unterzogen wird⁴, erscheint der Inhalt in einem andern Licht. Es ist ein Trugschluss zu glauben, man könne die heutige Bundesverfassung und die bundesgerichtliche Grundrechtsprechung, die sich in erster Linie auf kantonale Akte bezieht, nur einfach kodifizieren. Eine rein formale, d.h. nicht inhaltliche Nachführung ist nicht möglich. Das zeigt auch ein *historischer und methodischer Seitenblick*. In diesem Sinne war die Totalrevision von 1874 eher eine formale Reform, weil von der Vorgängerverfassung etwa 60 Artikel unverändert übernommen worden sind⁵. Die geänderten Artikel haben vor allem die Bundeskompetenzen betroffen, währenddem die Staatsstruktur, bis auf die Einführung eines ständigen Bundesgerichts weitgehend fortgeschrieben worden ist.

* Referat an der Hauptversammlung des Bernischen Juristenvereins am 14.11.1998 in Lyss.

¹ Bundesbeschluss über die Totalrevision der Bundesverfassung vom 3. Juni 1987, BBl 1987 II 963.

² Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 ff. (im folgenden "Botschaft"), S. 27.

³ Dies war den Räten durchaus bewusst, vgl. Amtl Bull 1998 S 2 (Votum Rhinow). Es ist allerdings irreführend, dann weiterhin von blosser "Nachführung" zu sprechen.

⁴ Rhinow macht zu Recht darauf aufmerksam, dass im Nachführungsentwurf der gesamte Verfassungstext zum erstenmal seit 150 Jahren zur Disposition gestellt werde, vgl. Amtl Bull 1998 S 1.

⁵ Die Text der Verfassungen von 1874 und 1848 sind bei William E. Rappard, Die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft 1848-1948, Zürich 1948, S. 435 ff. parallel nebeneinander abgedruckt.

Im Hinblick auf die traditionelle *Methodenlehre* mit den klassischen Auslegungselementen zeigt sich ebenfalls die Unvermeidlichkeit einer inhaltlichen Diskussion. Ein neuer Wortlaut ermöglicht eine neue oder andere grammatikalische Auslegung, selbst wenn der neue Wortlaut bloss eine überholte Sprache der Gegenwart anpassen will⁶.

Von interpretatorischer Bedeutung ist auch die neue Systematik der Verfassung und des Grundrechtskataloges. Die Grundrechte können erheblich anders ausgelegt werden, weil das Verstehen nun in einem ganz andern Verfassungskontext und in einer völlig geänderten Systematik stattfindet. Die Grundrechte haben ferner neu Überschriften; auch diese können in die wörtliche und systematische Auslegung einfließen. **303 /**

Die blosse "Nachführung" führt zu zwei Schichten von "Materialien". Zum einen will die Nachführung ja bloss den Text aktualisieren; die blosse mise à jour erhält gewissermassen die alten Materialien von 1874 und den seither erfolgten Teilrevisionen aktuell: Man wollte ja materiellrechtlich nichts ändern. Gleichwohl werden punktuelle Neuerungen eingeführt; diesbezüglich werden die Materialien aus der Nachführungsreform von 1996-1998 relevant. Damit bestehen zwei historische Ebenen von Materialien. Der Entwurf⁷ schliesst an die Vergangenheit an, indem er z.B. in den Art. 8 Abs. 3 (Geschlechtergleichheit), 14 (Recht auf Ehe und Familie), 15 (Glaubens- und Gewissensfreiheit), 23 (Vereinigungsfreiheit), 24 (Niederlassungsfreiheit), 26 (Eigentumsgarantie) oder Art. 33 nBV (Petitionsrecht) durchwegs ähnliche Formulierungen gebraucht. Hier dürften die alten historischen Materialien eine bevorzugte Stellung besitzen. Bei den Art. 12 (Existenzsicherung), 18 (Sprachenfreiheit) oder 22 (Versammlungsfreiheit) lehnt der Entwurf sich eng an die Rechtsprechung an. Hier kommen die neuen historischen Materialien eher zum Zuge. Der Entwurf steht im Bereich der Grundrechte zwischen der Tradition und erheblichen textlichen Neuerungen. Es kann nur im Einzelfall geprüft werden, welche Rolle das historische Auslegungselement noch spielen kann, zumal dieses bei der Grundrechtsinterpretation eine untergeordnete Bedeutung hat.

Im folgenden werde ich die möglichen Änderungen im Bereiche der allgemeinen Grundrechtslehren aufzeigen. Diese sind durchaus beachtlich, und es überrascht, dass die blosse Kodifikation ungeschriebenen Rechts derart weitreichende Änderungen herbeiführen kann. Die Änderungen im Bereich der einzelnen Grundrechte werden nur beispielhaft herangezogen. Sie halten sich aus heutiger Sicht deshalb (noch) in Grenzen, weil man keine neuen Grundrechtspositionen einräumen wollte. Selbstverständlich lassen sich mit den einzelnen Auslegungselementen auch hier Argumente finden, dass ein Grundrecht einen erweiterten oder verengten Schutzbereich erhält. **304 /**

⁶ Wie das bei den Art. 11, 54 Abs. 6, 59 Abs. 1, 62 BV der Fall ist.

⁷ Der Verfassungsentwurf von 1996, der mit der Botschaft veröffentlicht worden ist, wird in diesem Vortrag mit VE 96 abgekürzt, BB1 1997 I 589 ff. Die nachgeführte Bundesverfassung, so wie sie vom Parlament definitiv beschlossen worden ist, wird zur Klarstellung mit nBV abgekürzt. Fehlt bei Artikeln eine Erlassangabe, so handelt es sich immer um die vom Parlament beschlossene nBV.

2. Problem der ungeschriebenen Grundrechte

a) *Problem*

Der Bundesrat hielt in der Botschaft fest, dass wegen der Weiterentwicklung der Grundrechte durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts die Kodifikation der ungeschriebenen Verfassungsrechte einen grossen Aufwand erfordert habe. "Allerdings bleibt zu beachten, dass eine abschliessende Kodifizierung der Grundrechte nicht möglich ist; ihr konkreter Inhalt wird auch in Zukunft von der Rechtsprechung laufend weiterentwickelt"⁸. Diese Weiterentwicklung spielt sich ab in der Form der Interpretation von Grundrechten, der Ableitungen von Teilgehalten aus einem bestehenden Grundrecht und in der Anerkennung neuer ungeschriebener Grundrechte. Die Übergänge zwischen diesen einzelnen Phasen der "Weiterentwicklung" sind fliessend. Die Weiterentwicklung wird dann ganz offen als solche deklariert, wenn ein Gericht erklärt, es anerkenne ein neues ungeschriebenes Grundrecht. Beim nachgeführten Grundrechtskatalog der Bundesverfassung bleibt die Frage offen, ob dieser Raum für eine erneute "Ansiedlung" ungeschriebener Grundrechte lässt.

b) *Abschliessende Kodifikation?*

Die Nachführungsrevision wollte gerade die ungeschriebenen Grundrechte kodifizieren. So finden sich denn auch in der Botschaft des Bundesrates manche Äusserungen in dem Sinne, als die vorgeschlagene Norm bereits als ungeschriebenes Grundrecht gelte⁹. Der nachgeführte Grundrechtskatalog gibt erschöpfend Auskunft, über die *derzeit* geltenden Grundrechte. Im Entwurf wurden alle vom Bundesgericht anerkannten Rechte nachgeführt. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung würde durch die Annahme des Verfassungsentwurfes die Sanktion des Verfassungsgebers erfahren. In dieser Situation fragt es sich, ob ein qualifiziertes Schweigen über die nicht aufgenommenen Rechte besteht. Auch war der Ständerat bestrebt, die "Macht" des Bundesgerichtes einzuschränken und die 305 / wesentlichen Grundrechtsfragen selbst zu entscheiden¹⁰. Im Nationalrat ist allerdings von den beiden Berichterstattern festgehalten worden, dass damit die Grundrechte nicht "ein für allemal festgelegt" seien. Es handle sich nicht um eine Kodifikation. Die Entwicklung dürfe nicht stillstehen und die Reform dürfe die Rechtsfortbildung nicht verhindern¹¹. Es ist allerdings ein Minderheitsantrag abgelehnt worden, für nicht normierte Freiheitsrechte eine "Grundrechtserweiterungsklausel" einzufügen¹². Immerhin hatte Bundesrat Koller den Antrag mit folgender Begründung abgelehnt¹³:

⁸ Botschaft, S. 138.

⁹ Vgl. z.B. S. 157 zu Art. 14 VE.

¹⁰ Vgl. z.B. Votum Schmid, Amtl Bull 1998 S 53: "Wir haben uns ... in extenso über die Tatsache beklagt, dass das Bundesgericht völlige Freiheit habe, das zu tun, was ihm beliebt, wenn wir es nicht regeln würden".

¹¹ Vgl. Voten Hubmann und Pelli, Amtl Bull 1998 N 650 f.

¹² Vgl. Votum Gross, Amtl Bull 1998 N 651 f. Der Votant verweist zu Recht auf Art. 5 BV, der die "verfassungsmässigen Rechte" des Volkes vorbehält. Eine entsprechende Klausel enthält auch die Bundesverfassung der USA im Amendment X oder etwa Art. 60 EMRK.

¹³ Amtl Bull 1998 N 655.

"Der Bundesrat hatte nie die Absicht, einen abschliessenden Grundrechtskatalog in der Verfassung zu normieren, wie das beispielsweise in der Europäischen Menschenrechtskonvention der Fall ist. Dem Bundesgericht soll es auch künftig unbenommen bleiben, neue Grundrechte zu schaffen oder den Anwendungsbereich bestehender Grundrechte zu konkretisieren. Das ist ein ganz entscheidender Punkt. In dieser Aussage stimmen wir vollständig überein. Der Bundesrat neigt gar der Auffassung zu, wie sie vor allem vom grossen Staatsrechtler Zaccaria Giacometti¹⁴ entwickelt worden ist, der einmal brillant formuliert hat, der Grundrechtsschutz in unserer Verfassung sei zwar formal lückenhaft, sachlich aber lückenlos. Sachlich lückenlos, weil von der Wertordnung her, die hinter dieser freiheitlichen, demokratischen, rechtsstaatlichen Ordnung liegt, potentiell alle Gefährdungen der Freiheiten geschützt sein sollen. Daran wollen wir nichts ändern."

Es bestehen somit bei der Anerkennung ungeschriebener Grundrechte keine eindeutigen Anhaltspunkte dafür, dass das Parlament gewissermassen ein qualifiziertes Schweigen "beschlossen" hat. Der Grundrechtskatalog der nachgeführten Bundesverfassung stellt keine abschliessende Kodifikation dar. **306 /**

c) Voraussetzungen für die Anerkennung ungeschriebener Grundrechte

Im folgenden ist im Sinne einer Prognose an Hand der vom Bundesgericht entwickelten Rechtsprechung zu untersuchen, ob das Bundesgericht unter der Herrschaft der nachgeführten Bundesverfassung ungeschriebene Grundrechte anerkennen wird. Zieht man die Voraussetzungen des Bundesgerichts zur Anerkennung ungeschriebener Grundrechte heran, so ist es heute schwer ersichtlich, dass der Entwurf eine zu füllende Grundrechtslücke hat. Das Bundesgericht anerkennt nach ständiger Rechtsprechung dann ein neues ungeschriebenes Grundrecht, wenn dieses *erstens* eine Voraussetzung für die Ausübung anderer (in der Verfassung genannter) Freiheitsrechte bildet oder *zweitens* sonst als unentbehrlicher Bestandteil der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes erscheint¹⁵.

Die *erste* Voraussetzung gibt für die Anerkennung weiterer Grundrechte wenig her. Der Nachführungsentwurf anerkennt relativ umfassend die bisherigen und ungeschriebenen Rechte sowie die in der Rechtsprechung entwickelten "Ableitungen" aus Grundrechten. Ausserdem überführt er einen Teil der internationalen Menschenrechtsgarantien ins Verfassungsrecht. Der Grundrechtskatalog fällt damit relativ erschöpfend aus. Die Anerkennung eines neuen Grundrechts, das als Voraussetzung dieses relativ umfassenden Katalogs der verschiedenen Grundrechte dienen könnte, kommt theoretisch kaum in Frage, da das Bedürfnis wegen der Tatsache des nachgeführten und ausgeweiteten Katalogs entsprechend geringer ist. Die *zweite* Voraussetzung des unentbehrlichen notwendigen Bestandteils der demokratischen Ordnung des Bundes verkleinert unter der Herrschaft des neuen Grundrechtskataloges ebenfalls die Chancen der Anerkennung eines zusätzlichen Grundrechts. Denn der nachgeführte und erweiterte Grundrechtskatalog soll den grundrechtlichen Schutz, den die Verfassung bietet, relativ erschöpfend abdecken.

¹⁴ Bemerkung des Autors: Das Votum Koller ist in diesem Punkt zweideutig. Diese These von Zaccaria Giacometti (vgl. unten Abschnitt 3 a) ist vom Bundesgericht ausdrücklich abgelehnt worden. Nach der bisherigen Rechtslage, die mit der Nachführung ja bestätigt worden ist, besteht diese umfassende Freiheitsgewährleistung allerdings nicht. Bundesrat Koller schlägt hier sehr wohl eine Änderung vor.

¹⁵ Vgl. BGE 121 I 370, 115 Ia 268, 104 Ia 96 m.w.H.; Andreas Kley, Kommentierung von BGE 121 I 367, AJP 1996, 756 ff. m.H.

Das Bundesgericht prüft zusätzlich, "ob die in Frage stehende Gewährleistung bereits einer weitverbreiteten Verfassungswirklichkeit in den Kantonen entspreche und von einem *allgemeinen Konsens* getragen sei"¹⁶. Im Hinblick auf die Voraussetzung des allgemeinen Konsenses spielt die Diskussion im Parlament eine Rolle. Soweit Grundrechte mit Mehrheitsbeschluss des Parlaments nicht in den Katalog aufgenommen worden sind, könnte ein konsensausschliessendes, qualifiziertes Schweigen vorliegen.

Bei dieser Konsensprüfung zieht das Bundesgericht folgende Stimmen "konsentierend" in Erwägung: 1) das geschriebene Verfassungsrecht der Kantone, 2) die geübte Praxis, 3) Verfassungsrechtslehre und 4) "andere Quellen". Geht man diese vier Quellen durch, so zeigt sich, dass der Konsens in allen diesen vier Quellen kaum mehr ein neues Grundrecht zulässt.

1) Der Grundrechtskatalog lehnt sich an die neuen Kantonsverfassungen an; diese gehen kaum weiter als der nachgeführte Katalog. Sie vermögen daher kaum mehr Impulse für weitere ungeschriebene Grundrechte zu geben. Die kantonalen Grundrechte haben damit die frühere Schrittmacherfunktion weitgehend eingebüsst. So enthält beispielsweise die Aargauer und die Berner Kantonsverfassung in den §§ 7-24 bzw. Art. 9-29 einen ausgebauten Grundrechtskatalog. Den kantonalen Grundrechten kommt jedoch nach ständiger Praxis des Bundesgerichts nur dann selbständige Bedeutung zu, wenn eine kantonale Verfassungsnorm in bezug auf den Schutz des einzelnen vor staatlichem Zugriff weitergeht als die Grundrechte der Bundesverfassung oder der EMRK. In der Praxis spielen die Grundrechte der Kantonsverfassungen fast keine Rolle. Immerhin können aber die folgenden Grundrechte der Kantone im Vergleich mit der geltenden Bundesverfassung von 1874 eine selbständige Bedeutung haben:

- Demonstrationsfreiheit (Liberté de manifestation publique, Art. 8 lit. g KV JU)
- Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 7 Abs. 2 KV JU)
- Allgemeiner Anspruch auf Rechtsschutz (z.B. § 9 Abs. 1 KV BL)
- Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz in Zivilsachen (§ 7 KV SZ)
- Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz in Verwaltungssachen des kantonalen Rechts (Art. 3 Abs. 4 KV NW) **308 /**
- Beamtenabsetzung nur durch Gerichtsurteil (Art. 71 Abs. 2 KV VD)
- Garantie der Schwurgerichte (jury) für Strafsachen (Art. 73 KV VD)
- Unterrichtsfreiheit (z.B. Art. 3 Abs. 4 KV SG)
- Petitionsrecht mit Beantwortungsgebot (§ 10 KV AG)
- Anspruch auf Stipendien und Studiendarlehen (Art. 10 Abs. 2 KV SG)
- Recht auf Arbeit (Art. 19 KV JU, § 17 KV BL)
- Recht auf Wohnung (Art. 22 KV JU, § 17 KV BL)
- selbständiges Willkürverbot (Art. 8 Abs. 1 KV AR, Art. 11 Abs. 1 KV BE¹⁷).

Bemerkenswert sind die *justitiablen Sozialrechte* der Berner (und der ihr nachgebildeten neuen Appenzell A.Rh.) Verfassung¹⁸:

- Anspruch auf Obdach, die notwendigen Mittel und grundlegende medizinische Versorgung.

¹⁶ BGE 121 I 370; 115 Ia 234 (268), 104 Ia 88 (96).

¹⁷ Das selbständige Willkürverbot ist mit dem krassen Fehlurteil BGE 121 I 267 zunichte gemacht worden, vgl. dazu Walter Kälin, Legitimation zur Willkürbeschwerde und kantonales Verfassungsrecht, in: Recht 1996, S. 76 ff.

¹⁸ Vgl. Art. 29 KV BE bzw. Art. 24 KV AR.

- Anspruch der Kinder auf Schutz, Fürsorge, Betreuung sowie unentgeltliche Schulbildung.
- Anspruch auf Opferhilfe

Von diesen Grundrechten fehlen in der nachgeführten Bundesverfassung die Demonstrationsfreiheit (die im Ergebnis durch die Meinungsäusserungs- und Versammlungsfreiheit genauso gut geschützt wird¹⁹), die Garantie der Jury, die Unterrichtsfreiheit, die allgemeine Handlungsfreiheit²⁰ und die Beantwortungspflicht bei Petitionen.

Die übrigen Grundrechte der Kantonsverfassungen sind im Reformwerk im wesentlichen enthalten. Das gilt zunächst für die speziellen Rechtsweggarantien in Zivil- und Verwaltungssachen; diese werden durch die Rechtsweggarantie des Reformpaketes Justiz aufgefangen²¹. Die Sozialrechte sind im Entwurf ebenfalls als **309** / Grundrechte aufgeführt (Art. 12, Existenzsicherung; Art. 11, 19 Rechte der Kinder) oder als Gesetzgebungsauftrag formuliert (Art. 41, Sozialziele und Art. 124, Opferhilfe). Beim Recht auf Existenzsicherung ist die Wechselwirkung zwischen dem Prozess der formellen Verfassungsgebung sowie der Grundrechtsaktualisierung durch Rechtsprechung besonders interessant. Das Bundesgericht hatte im Urteil, in dem es das Recht auf Existenzsicherung als ungeschriebenes Verfassungsrecht anerkannte²², ausdrücklich auf den Verfassungsentwurf 1995 verwiesen, in dem dieses Recht bereits enthalten war. Die nachgeführte Bundesverfassung hatte mit den Vorentwürfen bereits eine Vorauswirkung, welche damit vom Bundesgericht aufgenommen worden ist. Das vom Bundesgericht anerkannte Grundrecht beeinflusst nun wiederum direkt die Verfassungsgebung²³, indem im Nachführungsentwurf das neue Grundrecht mit dem entsprechenden Urteil "begründet" wird. Die kantonalen Grundrechte, welche die geltende Bundesverfassung nicht garantiert, sind dagegen im Verfassungsentwurf rechtlich oder der Sache nach weitgehend verwirklicht. Nur wenige Grundrechte sind von ihrer Materie her wenig geeignet, in die Bundesverfassung aufgenommen zu werden (Unterrichtsfreiheit, Garantie der Jury). Der Grundrechtskatalog der nachgeführten Bundesverfassung hat die entsprechenden Kataloge der Kantonsverfassung inhaltlich "überrundet".

2) Der Konsens zeigt sich auch in der Gerichts- und Behördenpraxis. Der Verfassungsgeber hat die geübte Verfassungsrechtspraxis in den neuen Verfassungstext überführt, wie etwa das Beispiel der persönlichen Freiheit zeigt. Deren vielgestaltige Aspekte sind in mehreren Artikeln festgehalten worden²⁴. Auch die Praxis der Bundesversammlung, die allerdings im Grundrechtsbereich nicht sehr relevant ist²⁵, wird mit der nachgeführten Verfassung festgeschrie- **310** / ben²⁶.

¹⁹ Vgl. eingehend dazu: Yvo Hangartner / Andreas Kley, Demonstrationsfreiheit und Rechte Dritter, in: ZBl 1995, S. 101 ff.

²⁰ Vgl. unten Abschnitt 3 a).

²¹ Vgl. Art. 25a nBV und dazu Walter Kälin, Die Bedeutung der Rechtsweggarantie für die kantonale Verwaltungsjustiz, in: ZBl. 1999, S. 49 ff.

²² BGE 121 I 367 ff.

²³ Die Botschaft, S. 149 bezieht sich in Anm. 124 ausdrücklich auf dieses Urteil.

²⁴ Vgl. unten Abschnitt 3 b).

²⁵ Die Bundesversammlung ist - dies als historisches Überbleibsel - im äusserst schmalen Sektor des Art. 85 Ziff. 12 BV bzw. Art. 79 VwVG zuständig. Im Kruzifix-Fall (BGE 116 Ia 252 ff. = ZBl 1991, 70 ff.) hat die Bundesversammlung diese Kompetenz in gesetzwidriger Weise dem

Diese Konsensquelle dürfte damit kaum mehr eine eigenständige Bedeutung haben.

3) Schliesslich ist die Staats- und Verwaltungsrechtslehre ebenfalls eine eigenständige Quelle, die auf einen Konsens hinsichtlich der Anerkennung eines ungeschriebenen verfassungsmässigen Rechts schliessen lässt. Das Bundesgericht führte in seiner Praxis jeweils Autoren an, welche die Anerkennung eines ungeschriebenen Rechts ebenfalls befürworten. Allerdings erfolgt der Einsatz dieser Quelle sehr selektiv. Die fast einhellige Lehrmeinung²⁷, dass das Willkürverbot als selbständiges Grundrecht gelten sollte, ist vom Bundesgericht bis heute nicht aufgenommen worden. Das Bundesgericht tritt bis heute nur auf Willkürbeschwerden ein, wenn ein Beschwerdeführer geltend machen kann, ein ihm nach dem massgebenden Recht zustehender Rechtsanspruch sei verletzt worden²⁸. Der Verfassungsentwurf ändert diese Rechtslage mit dem Art. 9, wobei die Botschaft diese Änderung wohl irrtümlich verschweigt²⁹. In den parlamentarischen Beratungen ist auf diese wesentliche und gewollte Änderung der Rechtslage hingewiesen worden³⁰.

4) "Andere Quellen" von Konsens in Grundrechtsfragen sind vor allem die internationalen Verträge zum Schutze der Menschenrechte und ausländische Verfassungen. Für weitere ungeschriebene Grundrechte sind die Verträge aber deshalb unergiebig, weil ihre gewichtigsten Gehalte in den Katalog aufgenommen worden sind. Es bleiben damit die ausländischen Verfassungen; diese sind aber - vergleicht man ihre Grundrechtskataloge mit jenem des nachgeführten Entwurfs - derart unterschiedlich, zum Teil knapper und zum Teil **311** / utopisch-vielversprechend³¹, dass eine Anlehnung an eine dieser Traditionen kaum in Frage kommt. Es gibt jedenfalls keine vollständige Übereinstimmung unter den rechtsstaatlichen Verfassungen, was an Grundrechten in die Verfassungsurkunde aufzunehmen ist.

Eine weitere "andere Quelle" müssten in einem demokratieorientierten Staat wie der Schweiz auch die wesentlichen politischen Kräfte (namentlich die im Parlament vertretenen Parteien und die grossen Verbände) sein. Diese spre

Bundesgericht abgetreten. Sie hat sich vielleicht an Art. 105 BV 1848 erinnert, wo sie ermächtigt war, staatsrechtliche Fälle an das Bundesgericht im Einzelfalle abzutreten.

²⁶ Beispiel ausserhalb der Grundrechte: Die Vorschrift des Art. 86 (einzige ordentliche Session pro Kalenderjahr) ist mit dem Art. 151 Abs. 1 nBV (ordentliche Sessionen) der Praxis der Bundesversammlung angepasst worden.

²⁷ Vgl. G. Müller, N. 58 zu Art. 4 BV Anm. 142, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel/Bern/Zürich 1987 ff. (Loseblatt); Andreas Kley, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Zürich 1995, S. 29 Anm. 54 m.w.H.

²⁸ Vgl. z.B. BGE 117 Ia 93 m.H.; 122 I 373 betreffend Steuererlass.

²⁹ Die Botschaft, S. 144 f. weist diese Änderung der Rechtslage nicht einmal aus. Dort wird behauptet, das Willkürverbot sei ein Grundsatz staatlichen Handelns, dem das Bundesgericht auch die Qualität eines selbständigen verfassungsmässigen Rechts zumisst, auf den sich der einzelne in einem Verfahren direkt berufen könne.

³⁰ Vgl. Votum Inderkum, Amtl Bull 1998 S 39. Im Nationalrat ist dem diskussionslos zugestimmt worden, vgl. Amtl Bull 1998 N 681.

³¹ Vgl. z.B. in der Portugiesischen Verfassung: Recht auf Gesundheit (Art. 64), Recht auf angemessen grosse Wohnung (Art. 65), Recht auf eine gesunde und ökologisch ausgewogene Umwelt (Art. 66), Recht auf Bildung und Kultur (Art. 73) usw., Text: Adolf Kimmel (Hrsg.), Die Verfassungen der EG-Mitgliedstaaten, 4. Aufl., München 1996.

chen allerdings nicht mit einer Stimme und haben soweit ersichtlich keinen Niederschlag im nachgeführten Entwurf gefunden.

Im Ergebnis wird das Bundesgericht bei der Annahme der neuen Verfassung - gestützt auf seine bisherige Praxis zur Anerkennung neuer Grundrechte - kaum mehr eine Chance haben, in den nächsten Jahren ein neues, ungeschriebenes Recht anzuerkennen.

d) Internationale Abkommen zum Schutz der Menschenrechte

Wie bereits erwähnt, hat die Schweiz viele internationale Menschenrechtsschutzverträge ratifiziert. Dazu gehören im wesentlichen auf europäischer Ebene:

- Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) gilt für die Schweiz seit 1974 (SR 0.101). Die Schweiz hat folgende Zusatzprotokolle zur EMRK ebenfalls ratifiziert: 2., 3. (in EMRK integriert), 5. (in EMRK integriert), 6., 7., 8. (in EMRK integriert) und 9.-11. (je in EMRK integriert) Zusatzprotokoll. Die Schweiz hat hingegen das 1. und 4. Zusatzprotokoll zur EMRK nicht ratifiziert.
- Europäisches Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe, abgeschlossen in Strassburg am 26.11.1987, SR 0.106.

Auf universeller Ebene sind für die Schweiz folgende Abkommen rechtsverbindlich:

- Internationaler Pakt (I) über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16.12.1966 (SR 0.103.1). **312 /**
- Internationaler Pakt (II) über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966 (SR 0.103.2) sowie Zweites Fakultativprotokoll vom 15. Dezember 1989 zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte zur Abschaffung der Todesstrafe.
- UNO-Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, abgeschlossen in New York am 10.12.1984, SR 0.105.
- Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989, SR 0.107.

Diese Abkommen sind zwar zum Teil mittels auslegenden Erklärungen bzw. Vorbehalten an die schweizerische Rechtslage "angepasst" worden. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und das Bundesgericht haben einzelne dieser Vorbehalte bzw. Erklärungen zur EMRK für ungültig erklärt³². Der Bundesrat schlägt deshalb im Sinne einer transparenteren Rechtslage den Rückzug dieser Vorbehalte bzw. Erklärungen vor³³. Die Menschenrechtsabkommen enthalten für das schweizerische Recht gleichwohl viele wichtige Garantien, welche durch die Auslegung der zum Teil internationalen Überwachungsorgane³⁴ noch

³² Vgl. im einzelnen Andreas Kley, Art. 6 EMRK als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, Schweizer Studien zum Internationalen Recht, Bd. 85, Zürich 1993, S. 79 ff.

³³ Vgl. den Bericht des Bundesrates zur entsprechenden Vernehmlassung vom 15.6.1998.

³⁴ Solche bestehen bei den beiden Abkommen gegen die Folter, bei der EMRK und bei dem von der Schweiz nicht ratifizierten Fakultativprotokoll Nr. 1 zum Weltpakt II für bürgerliche und politische Rechte. Bei letzterem besteht allerdings auch ein Staatenberichtsverfahren, vgl. dazu Walter Kälin, Menschenrechtsverträge als Gewährleistung einer objektiven Ordnung, in: Aktuelle Probleme des Menschenrechtsschutzes, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Bd. 33, Heidelberg 1994, S. 9 ff., insb. S. 14 Anm. 18.

ausgeweitet werden. Der Bedarf nach der Anerkennung ungeschriebener Grundrechte ist angesichts des weiten Inhalts dieser Abkommen gering. Zudem wird sich das Bundesgericht in einem Bereich, welcher durch einen Vorbehalt oder eine auslegende Erklärung vom internationalen Schutzniveau ausgeklammert ist, hüten, ein ungeschriebenes Grundrecht anzuerkennen. Es handelt sich um ein qualifiziertes Schweigen der vertragschliessenden Gewalt. Will dagegen das Bundesgericht eine internationale Norm nicht anwenden, so benützt es einen juristischen **313** / "Trick": Es erklärt, die betreffende Norm sei nicht self-executing³⁵ und deshalb bedürfe deren Umsetzung entsprechender Massnahmen des Gesetzgebers. Auf diese Weise lässt sich der Grundrechtsstandard des internationalen Rechts zusätzlich an die schweizerischen Verhältnisse adaptieren. Es besteht mit andern Worten eine "menschenrechtliche Manövriermasse" welche es dem Bundesgericht erlaubt, Menschenrechte je nach Situation anzunehmen und im andern Fall nicht gelten zu lassen. Der Spielraum für ungeschriebene Grundrechte wird damit geringer.

Zusätzlich ist zu beachten, dass das Bundesgericht der EMRK kürzlich (in verfahrensrechtlicher Hinsicht) Verfassungsrang zugebilligt hat³⁶: "Die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gilt als Verfassungs- und nicht als Staatsvertragsrecht". Es hat dies mit der früher erfolgten verfahrensrechtlichen Gleichstellung von verfassungsmässigen und EMRK-Rechten bezüglich der Ausschöpfung des Instanzenzuges begründet³⁷. Die EMRK bildet einen "ausgelagerten", aber konnexen Grundrechtskatalog zur Bundesverfassung. Die EMRK mit der stark entwickelten Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte bildet demnach eine weitere Hürde gegen die Anerkennung ungeschriebener Grundrechte. Das Bundesgericht hat allerdings den annähernd inhaltsgleichen Weltpakt II im selben Urteil verfahrensrechtlich als blossen Staatsvertrag behandelt. Diese Ungleichbehandlung beider internationaler Abkommen über den Schutz der Menschenrechte wird überhaupt nicht begründet und ist auch sachlich unverständlich³⁸. Ausserhalb des Verfahrensrechts ist es nach diesem Urteil nicht klar, worin der Unterschied zwischen der EMRK, die Verfassungsrang hat und dem Weltpakt II, der auf der Stufe des Völkerrechts steht, besteht. Auch die EMRK war zunächst ein gewöhnlicher Staatsvertrag, der von der damals allein zuständigen Bundesversammlung genehmigt worden ist. Der Zusammenhang zwischen diesen beiden Abkommen zum (nachgeführten) nationalen Grund-/**314** rechtskatalog ist derart eng, dass beiden faktisch Verfassungsrang zustehen müsste. Der Spielraum für die Anerkennung ungeschriebener Rechte wird entsprechend geringer.

Sodann bestehen zwei bedeutsame Erklärungen, die zwar kein durch Vertragsschluss begründetes "hartes" Recht darstellen, sondern politische Deklarationen sind, welche einen gemeinsamen, internationalen Standard an Grundrechten darstellen. Gewisse Bestimmungen dieser Erklärungen stellen Normen des zwingenden Völkerrechts dar:

- Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10.12.1948.

³⁵ Vgl. z.B. BGE 119 V 171 zu einem ILO-Abkommen und dazu der Kommentar von Andreas Kley, AJP 1993, 1511 ff.; BGE 124 III 90 zu Art. 12 des Kinderrechtsübereinkommens. In BGE 120 Ia 255 wurde Art. 14 Abs. 3 lit. d von Pakt II als unmittelbar anwendbar erklärt.

³⁶ Vgl. BGE 124 III 205.

³⁷ Vgl. BGE 101 Ia 69, 102 Ia 199, 112 Ia 86, was später vom Gesetzgeber auch in Art. 86 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16.12.1943, SR 173.110 festgehalten worden ist.

³⁸ Vgl. Yvo Hangartner, Kommentar zu BGE 124 III 205, AJP 1998, S. 1244 f.

- Charta von Paris für ein neues Europa, vom 19.11.1990³⁹.

Diese Erklärungen enthalten im Bereich des *ius cogens* unmittelbar anwendbares Recht. Im übrigen geben sie als "soft law"⁴⁰ Impulse für die Auslegung der andern Abkommen sowie der nationalen Grundrechte. Insofern mildern auch sie den Bedarf nach ungeschriebenen Grundrechten.

e) Offene Grundrechtsformulierungen

Der Grundrechtskatalog des Nachführungsentwurfs enthält eine Reihe von Rechten, welche bei offenen Problemen die entstehenden "Grundrechtslücken" füllen können:

Das Diskriminierungsverbot des Art. 8 Abs. 2 nBV kann viele Probleme auffangen. Nach der Botschaft "rechtfertigt kein Umstand die unterschiedliche Behandlung einer Personengruppe, wenn er als Beweggrund für die Diskriminierung dieser Gruppe dient". Die Bestimmung zählt beispielhaft einige aktuelle Diskriminierungsgründe auf. Das Wort "namentlich" kennzeichnet diese Aufzählung als nicht abschliessend. Der Rechtsprechung wird damit eine Weiterentwicklung der Liste unzulässiger Diskriminierungsgründe ermöglicht⁴¹. Dazu kommt, dass selbst der Tatbestand der Diskriminierung alles andere als eng oder deutlich ist; in ihm lassen sich viele Fragen der Rechtsungleichheit auffangen.

Art. 9 nBV schützt vor Willkür. In Abkehr zur bisherigen Praxis des Bundesgerichts und ohne entsprechende Angabe in der Bot- **315** / schaft⁴² liegt damit erstmals ein selbständiges Grundrecht vor. Es kann freilich nur soweit angerufen werden, als nicht sektorielle Grundrechte oder die persönliche Freiheit schützen. Es ist also absolut subsidiär. Das Willkürverbot ist inhaltlich derart offen, dass es den Grundrechtskatalog des Entwurfs nahezu vollständig ergänzt. So wäre beispielsweise im erwähnten Urteil, in dem das Bundesgericht das Recht auf Existenzsicherung stipulierte, besser ein selbständiges Willkürverbot anerkannt worden. Das Bundesgericht hat offenbar das Recht der Existenzsicherung dem selbständigen Willkürverbot, vorgezogen, um der zusätzlichen Arbeitsbelastung zu entgehen⁴³. Denn jedes neue verfassungsmässige oder ihm gleichgestellte Recht erweitert automatisch den sachlichen Zuständigkeitsbereich des Bundesgerichts⁴⁴.

Das Parlament hatte einen besonderen Schutzartikel für die Kinder gegen den Willen des Bundesrates beschlossen (11 nBV). Danach haben Kinder und Jugendliche Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung. Diese Bestimmung will nicht einfach die persönliche Freiheit für diese Personengruppe wiederholen, sondern sie enthält eine umfassende Handlungsfreiheit, soweit diese vor allem im Interesse der persönlichen Entwicklung der Kinder und Jugendlichen steht. Dieses neue Recht vermag ebenfalls potentielle Lücken im Grundrechtsschutz abzudecken.

³⁹ Text: BBl 1991 I 1047 oder EuGRZ 1990, S. 517.

⁴⁰ Vgl. Daniel Thürer, "Soft law" - eine neue Form von Völkerrecht?, ZSR 1985 I 429 ff.

⁴¹ Vgl. Botschaft, S. 143.

⁴² Vgl. oben Abschnitt 2. c) unter Ziff. 3).

⁴³ Vgl. BGE 121 I 367 und dazu der Kommentar von Andreas Kley, AJP 1996, 756 ff; BGE 122 I 101 und dazu der Kommentar von Andreas Kley, AJP 1996, 1556 ff.

⁴⁴ Vgl. Kley (Anm. 27), S. 73 ff.

Art. 13 nBV über den Schutz der Privatsphäre, der dem Art. 8 EMRK nachgebildet ist, lässt sich ebenfalls "entgrenzen". Folgt man der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, so hat schon Art. 8 EMRK einen weiten Anwendungsbereich. Er schützt vor übermässigen Eingriffen ins Familienleben etwa durch Entzug der elterlichen Obhut oder durch Ausweisung ins Ausland, vor übermässigen Umweltemissionen, vor Eingriffen in Geschäftsräumlichkeiten⁴⁵. Er verpflichtet den Staat zu ausreichendem strafrechtlichem Schutz der einzelnen gegen Angriffe anderer Privater, schützt die Ehre und den guten Ruf sowie die psychische und physische Integrität usw.⁴⁶. Art. 13 nBV ist im Text weiter gefasst als Art. 8 EMRK, indem auch der Fernmeldeverkehr und der Datenschutz darunter subsumiert werden.

Die Meinungs-, Informations- und Medienfreiheit der Art. 16 und 17⁴⁷ nBV haben eine umfassende Formulierung. Das bisher geltende Recht wird in zwei Artikeln wiedergegeben⁴⁸. Art. 16 und 17 decken zahlreiche Sachverhalte ab und nähern sich nachgerade einem Grundrecht auf Persönlichkeitsentfaltung an. Das zeigt angesichts der Vielfalt der beurteilten Fälle die heutige Rechtsprechung⁴⁹. Art. 16 schützt beliebige Mitteilungen menschlichen Denkens oder Fühlens, wie immer man diese "Informationen" auch bezeichnen mag. Selbstverständlich gehört die Musik jeglicher Art ebenfalls in den Schutzbereich des Art. 16. Die zur Übertragung benutzten Medien werden ebenfalls umfassend verstanden, handle es sich um den Brief, Videos, CD-ROMs oder Disketten, die Massenmedien der schriftlichen oder elektronischen Vervielfältigung, die Telekommunikation oder sämtliche Arten der visuellen Darstellung. Es bleibt allerdings zu beachten, dass der nachgeführte Grundrechtskatalog bestimmte Aspekte der Meinungsäusserungsfreiheit in separaten Artikeln schützt, so für die Wissenschaft (Art. 20) oder die Kunst (Art. 21). Nach dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte sind auch sämtliche Formen der kommerziellen Werbung ein Bestandteil der Meinungsäusserungsfreiheit⁵⁰. Das Bundesgericht hatte dagegen die kommerzielle Werbung der Handels- und Gewerbefreiheit zugeordnet⁵¹. Der Verfassungsentwurf lässt diese Frage offen⁵². Die Werbung sollte richtigerweise neu der Meinungsäusserungsfreiheit zugerechnet werden, da für deren Einschränkung engere Grenzen bestehen als bei der Wirtschaftsfreiheit⁵³.

Die Koalitionsfreiheit des Art. 28 nBV kann sich auf viele neue Themenbereiche erstrecken. Im Zusammenhang mit dem in den Beratungen heftig umstrit

⁴⁵ Vgl. dazu z.B. das Urteil Niemitz gegen Deutschland, Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Série A, vol. 251-B, § 29 = EuGRZ 1993, 66 und dazu die Kommentierung von Yvo Hangartner, AJP 1993, S. 724 f.

⁴⁶ Vgl. einlässlich dazu Luzius Wildhaber / Stephan Breitenmoser, Kommentar zu Art. 8 EMRK, N. 141 ff. In: Internationaler Kommentar zur EMRK (Loseblatt), Köln 1985 ff.

⁴⁷ Vgl. zu den Gründen der Aufteilung Amtl Bull 1998 S 41, 693.

⁴⁸ Vgl. Botschaft, S. 157.

⁴⁹ Vgl. im einzelnen Jürg Lindenmann, Ein Grundrecht auf Persönlichkeitsentfaltung? Gedanken zur Entgrenzung der Meinungsäusserungsfreiheit gemäss Art. 10 EMRK, Bern 1998.

⁵⁰ Vgl. z.B. Urteil Casado Coca vom 24.2.1994, Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Serie A Nr. 285, § 35 = ÖJZ 1994, 637.

⁵¹ Vgl. z.B. BGE 123 I 12, 104 Ia 475; Jörg Paul Müller, Die Grundrechte der Schweizerischen Bundesverfassung, Bern 1991, S. 134.

⁵² Vgl. Botschaft S. 158 zitiert nur das Urteil Casado Coca des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte ohne zur Frage Stellung zu beziehen.

⁵³ Vgl. Jörg Paul Müller, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982, S. 158 ff.

tenen Streikrecht⁵⁴ bleiben vorerst allerdings noch Fragen offen. Beachtlich erscheint mir, dass die Koalitionsfreiheit und die damit verbundenen Aussperrungs- und Streikrechte gemäss ihrem Charakter und Abs. 4 als Institutsgarantien ausgestaltet sind, auch wenn die beiden Räte den entsprechenden Gesetzgebungsauftrag gestrichen haben und nur noch das gesetzliche Streikverbot erwähnen. Der Gesetzgeber besitzt einen erheblichen Gestaltungsspielraum und bestimmt den Rahmen, in welchem das Grundrecht ausgeübt werden kann. Insofern muss die Aussage, wonach die Koalitionsfreiheit eine Art Auffangfunktion für neue Grundrechtsthemen darstellt, im Lichte dieser künftigen Gesetzgebung gesehen werden.

Art. 29 Abs. 1 nBV erwähnt die "gerechte Behandlung", die in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen zu gewähren sei. Die Botschaft erwähnt hier lediglich die bekannten Kategorien der formellen Rechtsverweigerung, der Rechtsverzögerung und des überspitzten Formalismus. Unter der gerechten Behandlung lassen sich aber auch andere Tatbestände, die ausserhalb dieser Kategorien und der Verfahrensgarantien der Abs. 2 und 3 und des Art. 30 stehen, einordnen. So kann etwa die rückwirkende Anwendung einer Praxisänderung oder die Nichtankündigung einer Praxisänderung - sofern man sie nicht als rechtsungleich oder willkürlich wertet - in den Schutzbereich dieser Bestimmung fallen. Es handelt sich um ein eigentliches Gerechtigkeitsgebot.

Der neue Grundrechtskatalog ist derart offen formuliert, dass die Grundrechte auch für neue Probleme offenstehen, die sich noch stellen werden. Aus heutiger Sicht erscheint es in naher und mittlerer Zukunft ausgeschlossen, dass das Bundesgericht ein ungeschriebenes Grundrecht anerkennen wird. Rein theoretisch ist die Anerkennung eines ungeschriebenen Grundrechts nicht ausgeschlossen, allein der Bedarf wird kaum mehr vorhanden sein. **318 /**

Aus methodischer Sicht ist darauf hinzuweisen, dass der Unterschied zwischen "ungeschriebenen Grundrechten" und "Ableitungen" aus bestehenden Grundrechten lediglich ein gradueller oder gar nur terminologischer Art ist. Die Grundrechte entbehren als "Lapidarformeln und Grundsatzbestimmungen" inhaltlicher Eindeutigkeit⁵⁵ und sind deshalb auf eine Konkretisierung durch die Gerichtspraxis angewiesen. Es ist nun nachgerade eine Geschmacksache, ob die Grundrechtsinterpreten ein nicht ausdrücklich festgeschriebenes Recht mit gedanklichen Hilfskonstruktionen an ein geschriebenes Grundrecht anbinden und "ableiten" oder dies unterlassen und das Recht als ungeschriebenes deklarieren. Es ist eine Konzession an den Verfassungspositivismus, wenn das Bundesgericht von Ableitungen aus der Rechtsgleichheit spricht⁵⁶, die im Nachführungsentwurf nun positiviert sind. Insofern bleibt die unvermeidliche Tatsache, dass sich bei den Grundrechten "Ableitungen", "Auslegungen" oder eine "Praxis" ansiedeln. Diese überlagern das Grundrecht so, wie ein Gesetz einen verfassungsmässigen Gesetzgebungsauftrag ausführt.

⁵⁴ Vgl. Amtl Bull 1998 S 44 ff., 694 ff.; N 873 ff., S 1105 f., N 1775 ff.

⁵⁵ Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1529.

⁵⁶ Yvo Hangartner, Staatsrecht II: Grundrechte, Zürich 1981, S. 196.

3. Bedeutung der persönlichen Freiheit

a) *Sektoraler Grundrechtsschutz*

Das Bundesgericht als oberster Hüter der Grundrechte anerkennt im Rahmen der Bundesverfassung und der Europäischen Menschenrechtskonvention nur *einzelne, bestimmte Grundrechte*. Es gewährt damit nur einen punktuellen oder sektoralen Freiheitsschutz, indem nur ganz bestimmte Ausprägungen der menschlichen Freiheit geschützt werden⁵⁷ (z.B. Freiheit, Meinungen zu äussern oder Recht zur Ehe). Die Situation unterscheidet sich also grundlegend von jener in der Bundesrepublik Deutschland, die in Art. 2 Abs. 1 GG ein Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit verankert. Dieses zu den sektoriellen Grundrechten subsidiäre Grundrecht schützt jegliches menschliches Handeln vor staatlichen Eingriffen und wird deshalb vom Bundesverfassungsgericht als "allgemeines Freiheitsrecht" bezeichnet⁵⁸, das alle Lücken füllt, die von den sektoriellen Freiheitsrechten gelassen werden. Art. 2 Abs. 1 GG ist demnach eine allgemeine Auffangfreiheit eines "Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit". Ist irgendeine menschliche Handlung in Deutschland nicht durch ein spezielles Grundrecht geschützt, so fängt Art. 2 Abs. 1 GG dies auf und schützt diese Handlung grundrechtlich.

Diese Rechtslage lässt sich am Beispiel des Motorbootfalls illustrieren⁵⁹. Die Freiheit, einen See mit einem Motorboot an beliebiger Stelle zu befahren, ist weder in der Schweiz noch in Deutschland durch ein spezielles Grundrecht geschützt. In Deutschland ist diese Handlung jedoch durch die allgemeine Handlungsfreiheit umfassend geschützt; in der Schweiz fehlt indessen eine derart umfassende Auffangfreiheit. Zaccaria Giacometti⁶⁰ hatte zwar die Gegenthese vertreten. Danach sollte die Bundesverfassung alle Freiheiten gewährleisten, die rechtlich relevant werden sollten, ausgenommen es liege ein qualifiziertes Schweigen des Verfassungsgebers vor. Diese These ist dann aber vom Bundesgericht zu Recht nicht aufgenommen worden.

b) *Persönliche Freiheit als beschränkte subsidiäre Grundrechtsgarantie*

Die persönliche Freiheit schützt seit ihrer Anerkennung durch das Bundesgericht im Jahr 1963⁶¹ als ungeschriebenes Grundrecht "nicht nur die Bewegungsfreiheit und die körperliche Integrität, sondern darüber hinaus alle Freiheiten, die elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung darstellen; es umfasst 'toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine'. Die persönliche Freiheit garantiert ein bestimmtes Mindestmass an persönlicher Entfaltungsmöglichkeit und schützt den Bürger in der ihm eigenen Fähigkeit, eine gewisse tatsächliche Begebenheit zu würdigen und danach zu handeln"⁶². Zu Beginn der Rechtsprechung hatte es ausgesehen, als ob **320** / das Bundesgericht die persönliche Freiheit als allgemeine Handlungsfrei

⁵⁷ Vgl. z.B. Hangartner (Anm. 56), S. 67.

⁵⁸ BVerfGE 6, 32 (37), 63, 45 (60).

⁵⁹ Vgl. BGE 108 Ia 61.

⁶⁰ Vgl. Die Freiheitskataloge als Kodifikation der Freiheit, in: ZSR 1955 I 149 ff. oder Ausgewählte Schriften, Zürich 1994, S. 23 ff.

⁶¹ Vgl. BGE 89 I 98.

⁶² BGE 119 Ia 474.

heit mit Auffangfunktion verstehe. Darauf wies zunächst die Formulierung "alle Freiheiten, die elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung des Menschen darstellen"⁶³, hin. Oder in einem Entscheid hielt das Bundesgericht fest, dort, wo kein geschriebenes oder ungeschriebenes Freiheitsrecht einen Menschen schütze, könne sich dieser immer noch auf die persönliche Freiheit berufen⁶⁴. Das Bundesgericht hat später wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass nicht jeder beliebige Eingriff in den persönlichen Bereich des Bürgers die Berufung auf dieses ungeschriebene Grundrecht rechtfertige. "Namentlich hat die persönliche Freiheit nicht die Funktion einer allgemeinen Handlungsfreiheit, auf die sich der Einzelne gegenüber jedem staatlichen Akt, der sich auf seine persönliche Lebensgestaltung auswirkt, berufen kann, und schützt daher nicht vor jeglichem physischen oder psychischen Missbehagen. Daher ist eine Grenzziehung des Schutzbereichs der persönlichen Freiheit notwendig und im Einzelfall angesichts von Art und Intensität der Beeinträchtigung zu suchen"⁶⁵.

Demnach hat die persönliche Freiheit nicht die Aufgabe einer allgemeinen Auffangfreiheit. Sie ist vielmehr nur eine beschränkte Auffangfreiheit, welche lediglich *elementare*, nicht aber beliebige Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung des Menschen schützt. Es ist allerdings wichtig, dass die persönliche Freiheit grundsätzlich den gesamten nicht durch besondere Freiheitsrechte erfassten Bereich, in dem der einzelne tätig werden will, abdeckt, - freilich nur hinsichtlich elementarer Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung.

Die Rüge der Verletzung der persönlichen Freiheit wird nur überprüft, wenn kein anderes sektorales und damit spezielles Grundrecht in Frage steht. Dahinter steht der Gedanke, dass die speziellen Freiheitsgarantien primär und ausgeprägter schützen. Die mögliche Verletzung der persönlichen Freiheit im Schutzbereich eines besonderen Freiheitsrechts muss deshalb nicht überprüft werden. Die persönliche Freiheit hat damit einen *subsidiären* Charakter. **321 /**

Der Nachführungsentwurf ändert die Rechtslage in Bezug auf die persönliche Freiheit erheblich. Art. 10 reduziert die persönliche Freiheit auf das Recht auf Leben, körperliche und geistige Unversehrtheit, Bewegungsfreiheit und das Folterverbot. Die nicht erschöpfende Aufzählung dieser Aspekte ist freilich mit dem Wort "namentlich" angekündigt. Wichtige Aspekte dieses bis heute ungeschriebenen Grundrechts werden freilich in weiteren andern Rechten geschützt, so in Art. 13 (Schutz der Privatsphäre und vor Datenmissbrauch), in Art. 11 (Rechte der Kinder und Jugendlichen) und in Art. 31 (Schutz vor Freiheitsentzug). Die Botschaft gibt keine eindeutige Antwort auf die Frage, ob die persönliche Freiheit weiterhin als beschränkte allgemeine Auffangfreiheit dienen kann. Nach der Botschaft garantiert sie "die traditionellen Elemente der persönlichen Freiheit"⁶⁶. Sie schützt nicht ein einheitliches Objekt, sondern verschiedene Rechtsgüter.⁶⁷ Diese Formulierung deutet auf eine tatsächliche Übernahme des geltenden Rechtszustandes hin. Andererseits gefährdet gerade die Aufteilung des Gehaltes der heuti

⁶³ Vgl. z.B. BGE 120 Ia 146, 119 Ia 99, 101 Ia 346, 99 Ia 509, 98 Ia 514, 97 I 49, 97 I 842.

⁶⁴ Vgl. BGE 97 I 50.

⁶⁵ BGE 119 Ia 474.

⁶⁶ Hier verweist die Botschaft in irreführender Weise auf BGE 117 Ia 69, der sich mit Art. 5 Ziff. 1 EMRK, einen spezifischen Aspekt der persönlichen Freiheit befasst. Zum wesentlichsten Element der persönlichen Freiheit gehörten die "elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung des Menschen". Gerade davon ist aber nicht mehr die Rede. So bleibt es offen, ob das noch weiterhin garantiert wird.

⁶⁷ Botschaft, S. 147.

gen persönlichen Freiheit auf verschiedene Grundrechtsnormen die Weiterentwicklungsfähigkeit dieses Auffanggrundrechts.

c) Rechtslage im nicht durch Freiheitsrechte geschützten Bereich

Die sektoriellen Freiheitsrechte sowie die persönliche Freiheit schützen nicht jedwede Freiheitsbetätigung des Menschen. Will man die Menschenwürde nicht als allgemeine Handlungsfreiheit verstehen, so gibt es Bereiche, die durch kein Grundrecht und auch kein internationales Menschenrecht geschützt werden. Hier besteht trotzdem Freiheit, solange der Staat sie nicht beseitigt: "Enthält das Verwaltungsrecht keine Beschränkung der individuellen Betätigung, so besteht eben Freiheit"⁶⁸. Die Freiheitsbetätigung im Bereich dieser unqualifizierten Freiheit kann nur aufgrund eines *for- 322 / mellen Gesetzes* beschränkt werden. Das sog. *Gesetzmassigkeitsprinzip* wirkt als liberales Verteilungsprinzip.

Selbst im nicht durch spezielle Grundrechte geschützten Bereich darf der Gesetzgeber nicht beliebig tätig werden. Er hat sich im geltenden Recht an Art. 4 BV (Rechtsgleichheit und Willkürverbot) zu halten; als willkürlich gilt ein Gesetz, das offensichtlich unvernünftig oder offensichtlich ungerecht ist. Demnach darf die Freiheit der Privaten nicht unnötig oder unverhältnismässig beschnitten werden. Hier hat das Willkürverbot die Funktion, die letzte Grundrechtsgarantie zu sein. Sie kommt zum Zug, wenn weder eine spezielle Freiheit gewährleistet ist, noch die persönliche Freiheit angerufen werden kann.

Auch der revidierte Grundrechtskatalog ändert an dieser Sachlage wenig. Im nicht durch Grundrechte geschützten Bereich gelten das Gesetzmassigkeitsprinzip des Art. 4 Abs. 1⁶⁹. Das hat das Bundesgericht schon früher prägnant formuliert: "Enthält das Verwaltungsrecht keine Beschränkung der individuellen Betätigung, so besteht eben Freiheit"⁷⁰. Das Gemeinwesen hat ausserdem nach Abs. 2 das öffentliche Interesse und das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten. Wie schon im geltenden Recht schützen die Rechtsgleichheit des Art. 8 und neu das *selbständige* Willkürverbot des Art. 9 noch zusätzlich. Insgesamt besteht im nicht durch Grundrechte geschützten Bereich damit ein besserer Schutz. Wollte man die Menschenwürde als subjektives Grundrecht auffassen, so könnte diese als allgemeines Auffanggrundrecht, an Stelle der heute nicht bestehenden allgemeinen Handlungsfreiheit⁷¹ fungieren. Die Rolle der Menschenwürde ist im folgenden Abschnitt zu untersuchen.

⁶⁸ BGE 46 I 215, vgl. auch 47 I 215, 97 I 355.

⁶⁹ Botschaft, S. 131.

⁷⁰ BGE 46 I 215, vgl. auch BGE 47 I 215, 97 I 355.

⁷¹ Vgl. oben Abschnitt 3 a).

4. Menschenwürde - ein Grundrecht?

a) Entstehung und Verbreitung im modernen Verfassungsrecht

Der Schutz der Menschenwürde im modernen Verfassungsrecht hat philosophische und geschichtliche Ursprünge⁷². Was Men- 323 / schenwürde heisst, hat Immanuel Kant eindrucksvoll in der dritten Fassung des Kategorischen Imperativs formuliert: "Handle so, dass du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als auch in der Person eines jeden anderen, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloss als Mittel brauchest"⁷³.

Der Staat, der die Würde eines Menschen respektiert, sorgt stets dafür, dass er beim Umgang mit ihm sicherstellt, dass der Mensch um seiner selbst willen existiert. Folglich ist stets darauf zu achten, dass die Handlungen des Gemeinwesens das Interesse an individueller Selbstbestimmung und Selbstachtung wahren. Es ist dem Staat grundsätzlich verwehrt, den Menschen für reine Staatszwecke zu instrumentalisieren. Gerade letzteres ist im Nationalsozialismus in tragischer Weise geschehen.

Die Stipulierung der Menschenwürde als Leitgrundsatz ist eine Reaktion auf den Zweiten Weltkrieg. Hitler und seine Gefolgsleute praktizierten eine totale Verstaatlichung des Individuums zur Vollstreckung ihres Rassenwahns⁷⁴. Die folgenden Hitler-Zitate belegen diese Ideologie mit entsetzlicher Eindeutigkeit:

"Der Staat ist ein Mittel zum Zweck. Sein Zweck liegt in der Erhaltung und Förderung einer Gemeinschaft physisch und seelisch gleichartiger Lebewesen. Diese Erhaltung selber umfasst erstlich den rassenmässigen Bestand und gestattet dadurch die freie Entwicklung aller in dieser Rasse schlummernden Kräfte" (S. 433).

"Somit ist der höchste Zweck des völkischen Staates die Sorge um die Erhaltung derjenigen rassischen Urelemente, die als kulturspendend die Schönheit und Würde eines höheren Menschentums schaffen. Wir, als Arier, vermögen uns unter einem Staat also nur den lebendigen Organismus eines Volkstums vorzustellen, der die Erhaltung dieses Volkstums nicht nur sichert, sondern es auch durch Weiterbildung seiner geistigen und ideellen Fähigkeiten zur höchsten Freiheit führt" (S. 434).

Darauf antwortete die UNO-Charta von 1945 mit einem Hinweis auf die "Würde und den Wert" des Menschen, und die Allgemeine Menschenrechtserklärung von 1948 verwies in ihrer Präambel auf "die Anerkennung der allen Mitgliedern der menschlichen Familie innewohnenden Würde". Und nach Art. 1 der Erklärung sind "alle Menschen frei und gleich an Würde und Rechten geboren" 324 / ren". Auch in Deutschland fand diese Antwort auf den Zweiten Weltkrieg einen deutlichen Niederschlag⁷⁵. Der Verfassungsentwurf von Herrenchiemsee hielt fest: "Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Staat um des Staats willen"⁷⁶. Der Parlamentarische Rat hat daraus den Menschenwürde-Artikel des Art. 1 Abs. 1 GG ("Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.") formuliert. Damit wird das Anliegen von Herrenchiemsee umgesetzt. Die Verwirklichung der Menschenwürde ist ein allen Grundrechten aber auch dem übrigen Verfassungsrecht innewohnender Sinn. Dabei handelt es sich nicht um ein klassisches Grundrecht, sondern

⁷² Vgl. Klaus Stern, Staatsrecht, Band III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte, München 1988, S. 6 ff.; Franz Josef Wetz, Die Würde der Menschen ist antastbar, Stuttgart 1988, S. 14 ff.

⁷³ Immanuel Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Riga 1786, S. 428 f. (Reclam-Ausgabe S. 79) = Kant, Werke Bd 6, hrsg. v. Wilhelm Weischedel, Darmstadt 1983, S. 61.

⁷⁴ Adolf Hitler, Mein Kampf, 97.-101. Aufl., München 1934.

⁷⁵ Vgl. Stern (Anm. 72), S. 16.

⁷⁶ Vgl. Art. 1 Abs. 1 des Entwurfs von Herrenchiemsee, JöR 1951, 48.

um ein "tragendes Konstitutionsprinzip"⁷⁷, das die einzelnen Grundrechte und die Verfassung anreichert. Es handelt sich um ein "höchstes wertsetzendes Verfassungsprinzip"⁷⁸. Die Grundrechte verwirklichen die Menschenwürde; jedes ist ein spezifischer Aspekt der Menschenwürde⁷⁹. Ein Verstoss gegen die Menschenwürde wird primär durch die Schutzbereiche der einzelnen Grundrechte abgewehrt⁸⁰. Es bleibt die Frage zu klären, ob die Menschenwürde einen selbständigen Rechtsanspruch, der durch kein anderes Grundrecht geschützt wird, aufweist.

Die Rezeption der Menschenwürde aus dem deutschen Grundgesetz in moderne Staatsverfassungen ist besonders interessant. Griechenland, Schweden und Portugal führen in Art. 2 Abs. 1 bzw. Kap. I § 2 Abs. 1 bzw. Art. 1 die Menschenwürde als zu den Grundlagen der Staatsform gehörende Verfassungsnorm auf. Die Garantie der Menschenwürde steht jeweils in der deutschen, griechischen, schwedischen und portugiesischen Verfassung ausserhalb bzw. vor dem eigentlichen Rechtekatalog. Diese Verfassungen geben damit zu erkennen, dass es sich dabei nicht um ein Grundrecht handelt, sondern um einen Grundsatz, der das Wesen des Staates bestimmt. Spanien leitet wie Deutschland seinen Grundrechtsteil durch Art. 10 Abs. 1 mit der Menschenwürde ein. Auch diese Verfassung gibt damit systematisch zu erkennen, dass es sich dabei nicht **325** / um ein eigentliches Grundrecht, sondern um einen Leitgrundsatz handelt, der in allen Grundrechten und in der rechtsstaatlichen Verfassung zum Ausdruck kommt.

Art. 23 der neuen belgischen Verfassung gewährleistet ein menschenwürdiges Leben und räumt zu *diesem Zweck eine Reihe von sozialen Grundrechten*, wie das Recht auf Arbeit, Wohnung oder kulturelle und soziale Entfaltung ein. Die Menschenwürde wird vom Verfassungsgeber damit sozialstaatlich verstanden.

In Italien lässt Art. 41 Abs. 2 Einschränkungen der privatwirtschaftlichen Initiative u.a. aus Gründen der Menschenwürde zu. Der allgemeine Grundsatz der Menschenwürde wird aber nicht kodifiziert.

Dieser Verfassungsvergleich zeigt, dass es sich bei der Menschenwürde offenbar nicht um ein Grundrecht, sondern um ein Leitprinzip handelt, das allen Grundrechten innewohnt. Der Menschenwürdeartikel leitet jeweils den Grundrechtskatalog ein; er ist eine Art spezielle Präambel für den Grundrechtsteil. Es zeigt sich, dass die Menschenwürde als eine allgemeine Leitlinie staatlichen Handelns ein hoch abstrakter, vieldeutiger und stark konkretisierungsbedürftiger Begriff ist.

Der Grundsatz der Menschenwürde findet sich schliesslich auch in den neueren Kantonsverfassungen⁸¹. Auch hier fungiert er nicht als klassisches Grundrecht, sondern ist "Orientierungspunkt für die Ausgestaltung der Verfassung"⁸². Er soll als Leitlinie für die Auslegung und Konkretisierung der verschiedenen verfassungsmässigen Rechte dienen.

⁷⁷ BVerfGE 96, 375 (399); 87, 209 (228).

⁷⁸ Stern (Anm. 72), S. 23.

⁷⁹ Vgl. Müller (Anm. 51), S. 1.

⁸⁰ Vgl. Hans D. Jarass / Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl., München 1997, N. 2a zu Art. 1 GG.

⁸¹ Vgl. Art. 7 Abs. 1 KV JU, Art. 9 KV BE, § 9 KV AG, § 5 KV TG, § 5 KV BL, Art. 10 KV UR.

⁸² Vgl. Urs Bolz, Die neue Verfassung Artikel für Artikel, in: Walter Kälin/Urs Bolz (Hrsg.), Handbuch des bernischen Verfassungsrecht, Bern 1995, S. 255.

b) Situation in Deutschland

Eine explizitere Antwort auf die Frage nach dem grundrechtlichen Charakter der Menschenwürde ergibt sich aus der deutschen Rechtsprechung zum Menschenwürdeartikel des Grundgesetzes. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hatte in seinem Urteil "Kind als Schaden" die Vereinbarkeit einer zivilrechtlichen Ersatzpflicht eines Arztes für eine fehlgeschlagene Sterilisation mit der Menschenwürde zu beurteilen. Es kam zum Ergebnis, dass die Menschenwürde dieser Ersatzpflicht nicht entgegenstehe. In grundsätzlicher Hinsicht hatte es ausgeführt⁸³:

"Mit der Menschenwürde als oberstem Wert des Grundgesetzes und tragendem Konstitutionsprinzip ist der soziale Wert und Achtungsanspruch des Menschen verbunden, der es verbietet, ihn zum blossen Objekt des Staates zu machen oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt. Jedem Menschen ist sie eigen ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seine Leistungen und seinen sozialen Status. Verletzbar ist der Wert und Achtungsanspruch, der sich aus ihr ergibt. Was die Achtung der Menschenwürde im einzelnen erfordert, kann von den jeweiligen gesellschaftlichen Verhältnissen nicht völlig gelöst werden. Eine Verletzung des Achtungsanspruchs kann nicht nur in der Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung oder Ächtung von Personen, sondern auch in der Kommerzialisierung menschlichen Daseins liegen".

In Deutschland ist die Frage, ob die Menschenwürde ein selbständiges Grundrecht ist von untergeordneter Bedeutung. Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage nicht beantwortet⁸⁴. Denn zusammen mit der allgemeinen Handlungsfreiheit und den sektoriellen Grundrechten kann jeder Verstoss gegen Art. 1 Abs. 1 GG geltend gemacht werden, auch wenn die Menschenwürde kein Grundrecht darstellt. Ein Teil der deutschen Lehre nimmt immerhin an, die Menschenwürde sei ein subjektives Grundrecht⁸⁵. In dieser Situation kann die deutsche Rechtslage nicht unbesehen auf den schweizerischen Nachführungsentwurf übertragen werden. Dieser enthält keine allgemeine Handlungsfreiheit; der allenfalls grundrechtliche Charakter der Menschenwürde ist daher wohl relevant.

c) Menschenwürde im Nachführungsentwurf

Nach der Botschaft soll diese Garantie jeden Menschen vor unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung schützen. Dabei verweist der Bundesrat global auf die internationalen Abkommen, welche die Folter verbieten, namentlich Art. 3 EMRK, Art. 7 und 10 Weltpakt II⁸⁶. Selbstverständlich schützt das Folterverbot in exemplarischer Weise die Menschenwürde; allerdings darf dieser Grundsatz nicht auf das Folterverbot vermindert oder sogar mit diesem identifiziert werden. Die Botschaft ist diesbezüglich bedauerlich unklar.

Die Botschaft stellt die Menschenwürde als Bestandteil der persönlichen Freiheit dar. Sie sei entweder ein Rechtsgut, welches es im Rahmen der persönlichen Freiheit zu respektieren gelte oder ein im Rahmen der persönlichen Freiheit direkt anrufbares Grundrecht. Diese Aussage lässt sich wiederum auf in der Botschaft nicht belegte Formulierungen des Bundesgerichts zurückführen. Danach kann sich der Bürger "in Fällen, in denen kein dem geschriebenen oder dem unge-

⁸³ BVerfGE 96, 375 (399 f.).

⁸⁴ Vgl. BVerfGE 61, 126 (137), wo die Menschenwürde als "Grundrecht" bezeichnet wird.

⁸⁵ Vgl. Stern (Anm. 72), S. 26 f. m.H.

⁸⁶ Vgl. Botschaft S. 139. Auch das Bundesgericht hat die Menschenwürde vereinzelt in die Nähe von Art. 3 EMRK gerückt, vgl. BGE 123 I 229 und 234.

schriebenen Verfassungsrecht angehörendes Freiheitsrecht in Frage steht, zum Schutz seiner Persönlichkeit und Menschenwürde sich auf" die persönliche Freiheit berufen⁸⁷. Die Menschenwürde darf indes nicht mit der persönlichen Freiheit identifiziert werden, obwohl letztere wichtige Aspekte der Menschenwürde verwirklicht⁸⁸.

Die Botschaft fügt im Sinne einer justitiablen Menschenwürde an, diese schliesse auch das Recht auf ein schickliches Begräbnis ein, das heute von Artikel 53 Absatz 2 BV garantiert werde. Es sei deshalb nicht nötig, dieses "kleine Sozialrecht" hier zu wiederholen⁸⁹. Damit sollte das für einen modernen Verfassungsstaat penible "kleine" Sozialrecht zum Verschwinden gebracht werden. Dass die Menschenwürde als Nachwirkung der Persönlichkeit des Verstorbenen dieses Recht beinhalten solle, ist zunächst eine Behauptung. Sie scheitert daran, dass die Menschenwürde kein selbständiges Grundrecht ist, das in einem Verfahren angeufen werden kann. Dieses "Recht" könnte ebensogut bei der persönlichen Freiheit oder bei der Rechtsgleichheit untergebracht werden, dort handelt es sich um justitiable Rechte. Besser wäre es gewesen, den Anspruch auf ein schickliches Begräbnis dort zu verankern wo er hingehört, nämlich **328** / in das Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger⁹⁰, das sich auf Art. 48 BV bzw. Art. 115 nBV abstützt.

Schliesslich vermengt die Botschaft den Begriff der Menschenwürde mit jenem der "Würde der Kreatur"⁹¹: "Der Schutz der Menschenwürde fliesst also in alle Gebiete der Gesetzgebung ein. Mit ihrem 'programmatischen' Aspekt gebietet die Menschenwürde den Behörden, ihre Entscheide auf eine Wertordnung zu gründen, die auf Würde und dem Eigenwert des Individuums beruht. Das Prinzip der Würde der Kreatur hat universalen Charakter; man findet es auch in Art. 59 VE 96 (= Art. 74 nBV), unter dem Titel des Schutzes des Menschen und seiner Umwelt." Es geht unter keinen Umständen an, die *Menschenwürde* aus einer angeblichen universalen *Würde der Kreatur* herzuleiten. Denn die letztere bezieht sich auf den Eigenwert der Pflanzen und Tiere⁹²; zwischen Pflanzen bzw. Tieren und dem Menschen besteht ein grundlegender Unterschied. Pflanzen und Tiere haben keine Freiheits- und Grundrechte. Deren Schutz durch Grundrechte ist nur möglich, wenn etwa Umweltverseuchungen gewissermassen als Reflexwirkung gleichzeitig grundrechtliche Positionen des Menschen beeinträchtigen⁹³. Die

⁸⁷ BGE 97 I 50.

⁸⁸ Vgl. Müller (Anm. 51), S. 2; Rainer Schweizer, N. 43 zu Art. 24^{novies} BV, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel/Bern/Zürich 1987 ff. (Loseblatt).

⁸⁹ Vgl. S. 141. Bei Art. 10 VE 96 = Art. 12 nBV, dem Recht auf Existenzsicherung, wird von den Mitteln für ein menschenwürdiges Dasein gesprochen (vgl. S. 149). An sich hätte man das Recht auf Existenzsicherung dann auch als Bestandteil der justitiablen Menschenwürde sehen können und Art. 12 wäre damit entbehrlich, so Müller (Anm. 51), S. 3.

⁹⁰ Vom 24. Juni 1977, SR 851.1.

⁹¹ Botschaft, S. 141. Der Umweltschutzartikel ist neu Art. 74 nBV.

⁹² Vgl. Peter Saladin /Rainer Schweizer, N. 113-119 zu Art. 24^{novies} BV, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel/Bern/Zürich 1987 ff. (Loseblatt); Peter Saladin, die Würde der Kreatur, in: Peter Saladin, Die Kunst der Verfassungs Erneuerung, Schriften zur Verfassungsreform 1968-1996, Basel/Frankfurt a.M. 1998, S. 291 ff.; Peter Krepper, Zur Würde der Kreatur in Gentechnik und Recht, Diss. Bern, Basel 1998, S. 357 ff.

⁹³ Andreas Kley, Der Schutz der Umwelt durch die Europäische Menschenrechtskonvention, in: EuGRZ 1995, S. 507 ff. und siehe dazu meine Übersetzung des Urteils López Ostra gegen Spanien, Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Série A No. 303-C, EuGRZ 1995, S. 530 ff.

Menschenwürde ist ein eigenständiges Prinzip, das sich vor allem in den Grundrechten realisiert; sie ergibt sich nicht aus einer Art universalen Würde der Kreatur. Die Botschaft ist in diesem Punkt gefährlich unpräzise.

Die *geltende Bundesverfassung* schützt die Grundrechte durch geschriebenes oder ungeschriebenes Recht. Darin inbegriffen ist auch eine Orientierung an der Menschenwürde, selbst wenn sie diese nicht als allgemeinen Grundsatz ausweist, sondern sie lediglich in Art. 24^{novies} BV über die Fortpflanzungsmedizin und die Gentech- 329 / nologie erwähnt⁹⁴. Der Begriff findet sich auch im neuen Art. 24^{decies} Abs. 1 Satz 2 BV über die Organtransplantation, der am 7.2.1999 noch der Zustimmung von Volk und Ständen bedarf. Diese beiden Bestimmungen zeigen, dass auch der Verfassungsgeber sich bei diesen beiden wichtigen Themenkreisen an der Menschenwürde orientiert. Es ist daher völlig berechtigt, wenn der Nachführungsentwurf die Menschenwürde aufnimmt.

Der bisherige *Umgang des Bundesgerichts* mit dem Grundsatz der Menschenwürde bestätigt, dass diese als allgemeiner Leitgrundsatz für jede staatliche Tätigkeit dient. Eine Reihe von strafrechtlichen Urteilen bestätigen, dass etliche Strafnormen auch die Menschenwürde schützen wollen, dazu gehört etwa das Verbot der Rassendiskriminierung⁹⁵ oder die Bestrafung von Gewinnsucht beim Sexgewerbe⁹⁶. Bemerkenswert ist, dass sich die früheste Erwähnung der Menschenwürde bei der Feststellung des pfändbaren Vermögens im Schuldbetreibungsrecht findet⁹⁷. Im Invalidenversicherungsrecht gewährte das Eidg. Versicherungsgericht entsprechende Hilfsmittel auch aus Gründen der Menschenwürde⁹⁸. Das Bundesgericht gewichtete die Menschenwürde bei der Wertung, ob ein schwerer Grundrechtseingriff vorliege⁹⁹ oder bei der Frage, ob die Züchtigung durch einen Lehrer das "Grundrecht der persönlichen Freiheit und der Menschenwürde"¹⁰⁰ verletze. Die persönliche Freiheit schützt im Zusammenhang mit einem Freiheitsentzug die Menschenwürde¹⁰¹. Das Bundesgericht berichtete in einem Urteil, das deutsche Bundesverfassungsgericht leite das Recht auf Kenntnis der Abstammung aus der Handlungsfreiheit ab; die Ableitung aus der Menschenwürde werde diskutiert¹⁰². Oder das Bundesgericht führt 330 / in einem Urteil aus, die Unterbringung in einer bestimmten Haftanstalt beinhalte keinen Verstoß gegen die persönliche Freiheit und die Menschenwürde¹⁰³.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat gerade auch das Verfahrensrecht, insbesondere der Grundsatz des rechtlichen Gehörs¹⁰⁴, einen bedeutsamen Menschenwürde-Gehalt. Das rechtliche Gehör anerkennt gerade die Würde des einzelnen, der von einer staatlichen Anordnung getroffen wird, da es ein vorgängiges Äusserungsrecht beinhaltet. Der Anspruch auf rechtliches Gehör schützt

⁹⁴ Angenommen in der Volksabstimmung vom 17. Mai 1992, vgl. dazu BGE 119 Ia 467 ff.

⁹⁵ Vgl. BGE 123 IV 202.

⁹⁶ Vgl. BGE 118 IV 56.

⁹⁷ Vgl. BGE 110 III 17, 80 III 24: "Man hat es hier auch nicht etwa mit einer nichtigen Pfändung zu tun, die um der öffentlichen Ordnung willen jederzeit aufzuheben wäre, weil sie den Schuldner oder seine Angehörigen geradezu in eine unhaltbare Notlage bringen oder seine Menschenwürde verletzen würde". Vgl. ferner BGE 76 III 33 oder 71 III 148, der beim selben Zusammenhang von "raisons d'humanité et de décence" spricht.

⁹⁸ Vgl. BGE 121 V 95.

⁹⁹ Vgl. BGE 118 Ia 214.

¹⁰⁰ BGE 117 IV 19.

¹⁰¹ Vgl. BGE 116 Ia 422 m.H. auf BGE 102 Ia 285, 99 Ia 272.

¹⁰² Vgl. BGE 115 Ia 255 f.

¹⁰³ BGE 123 I 234.

¹⁰⁴ Vgl. Müller (Anm. 51), S. 268 m.w.H.; ZBl 1964, S. 216 f.; vgl. auch Botschaft, S. 140 f.

die Subjektqualität und den Eigenwert des Menschen; es handelt sich hier um einen zentralen Aspekt der Menschenwürde. Das Beispiel zeigt deutlich, dass die Menschenwürde nur insofern justitiabel ist, als das Bundesgericht sie im Rahmen konkreter Freiheits- und Grundrechte schützt¹⁰⁵. Damit zeigen sich ziemlich ähnliche Ergebnisse, wie sie in Deutschland bestehen. Art. 1 Abs. 1 GG fordert allerdings zu einer expliziteren Auseinandersetzung mit der Menschenwürde heraus. Nach der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts wird die Menschenwürde als "Kern und Anknüpfungspunkt anderer Grundrechte aufgefasst, welcher den Gehalt dieser Rechte umreisst und eine Richtschnur für deren Auslegung und Konkretisierung bietet"¹⁰⁶.

Diese punktuellen Äusserungen zeigen, dass das Bundesgericht die Menschenwürde unter dem Einfluss der deutschen Rechtslage anerkennt. Es ist aber weit davon entfernt, die Menschenwürde als zentralen Aspekt seiner Grundrechtsprechung zu behandeln oder sie gar als subjektives Recht aufzufassen. Die bundesgerichtlichen Äusserungen sind reichlich zufällig und stammen aus den verschiedensten Bereichen der Rechtsordnung. Sie zeigen eigentlich nur, dass die Menschenwürde ein Prinzip ist, das eng mit den Grundrechten zusammenhängt und im übrigen die Rechtsordnung anleitet. Sie ist ein objektives Prinzip, das insgesamt von der Rechtsordnung geschützt werden soll. Das Bundesgericht hebt diesen Zusammenhang mit dem folgenden Zitat eindrücklich hervor: "Die Menschenwürde ist nicht nur Schutzobjekt des Privatrechts, sondern der Rechtsordnung schlechthin, und sie manifestiert sich auch in den Grundrechtsverbürgungen der Bundesverfassung"¹⁰⁷. Die Menschenwürde ist nicht mehr und nicht weniger. Ihre Aufnahme in den Katalog der Grundrechte der nachgeführten Verfassung ist wohl berechtigt. Die Botschaft gibt aus den genannten Gründen den Stellenwert und die Bedeutung der Menschenwürde reichlich verzerrt und sogar irreführend wieder. Die parlamentarischen Beratungen haben an diesem Miss-Bild leider nichts geändert¹⁰⁸.

Es wäre wichtig gewesen, die Menschenwürde nicht direkt in den Grundrechtskatalog aufzunehmen, sondern sie wie fast alle europäischen Verfassungen als staatsleitenden Grundsatz an den Anfang der Verfassung zu stellen. Sie hätte in Art. 2 (Staatszweck) oder in Art. 5 (Grundsätze des staatlichen Handelns) hinein gehört. Ihr jetziger systematischer Ort wird dauernd unfruchtbare Diskussionen über ihren Grundrechtscharakter nähren. Es ist nicht auszuschliessen, dass sie - allerdings im Unterschied zu allen übrigen europäischen Staaten - zu einem Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit umfunktioniert wird. Ihre damit einhergehende Entwertung ist indes alles andere als wünschbar. Eine solche Entwertung findet statt, weil die Menschenwürde als subjektives Grundrecht ihre Aufgabe als richtungsweisende Richtlinie für die Auslegung der sektoriellen Grundrechte verliert. Eine Entwertung findet aber auch statt, weil die Menschen

¹⁰⁵ Vgl. Müller (Anm. 51), S. 2; Philippe Mastronardi, Die Menschenwürde als Verfassungsgrundsatz in der Schweiz, JöR 28/1979, S. 469 ff.; 472 f.

¹⁰⁶ Müller (Anm. 51), S. 3 f., 5; Rainer Schweizer, N. 43 zu Art. 24^{novies} BV, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel/Bern/Zürich 1987 ff. (Loseblatt); Botschaft, S. 140.

¹⁰⁷ BGE 113 Ia 314. In BGE 97 I 45 hat das Bundesgericht mit der Anerkennung der persönlichen Freiheit sich zu einer Rechtsordnung bekannt, die es sich überbindet, "die Menschenwürde und den Eigenwert des Individuums sicherzustellen".

¹⁰⁸ Vgl. Votum Inderkum Amtl Bull S 1998 31 f., wo die Menschenwürde als "das" Grundrecht oder als "Auffanggrundrecht" bezeichnet wird. Im Nationalrat sind die unterschiedlichsten Positionen vertreten worden, vgl. Amtl Bull 1998 N 650 ff.

würde als Super-Grundrecht die erforderliche Diskussion um den Anwendungsbereich der sektoriellen Grundrechte entbehrlich macht. Wenn alles und jedes Handeln des Menschen ohnehin grundrechtlich geschützt ist, so wird der Eigenwert der "Sektor"-Rechte herabgesetzt. Die sektoriellen Grundrechte drücken gerade geschichtlich erfahrene Gefährdungen von Freiheit aus; ihre Abwertung durch ein allgemeines subjektives Menschenwürderecht ist vor diesem Hintergrund gefährlich. **332 /**

5. Träger der Grundrechte

a) *Problem*

Die allgemeinen Grundrechtslehren unterscheiden verschiedene Kategorien von Grundrechtsträgern, so etwa die Staatsangehörigen, natürliche und juristische Personen, alle Menschen oder spezifische Gruppen wie etwa die beiden Geschlechter. Die Terminologie des Nachführungsentwurfs scheint auf die verschiedenen Träger der Grundrechte abzustellen, so kommen die Begriffe „Mensch“, „Person“, „Mann und Frau“, „Schweizerinnen und Schweizer“ und weitere spezifische Berechtigte vor. Nicht selten werden die Berechtigten durch „Wer ...“ (Art. 12) indirekt benannt.

Der Verfassungsentwurf der Bundesversammlung führt überwiegend die Rechtsprechung nach. So erstreckt sich die Rechtsgleichheit selbstverständlich nicht mehr auf Staatsangehörige, sondern auf alle Menschen (vgl. Art. 8). Einzig bei der Niederlassungsfreiheit des Art. 24 sind – wie im geltenden Recht - nur Staatsangehörige berechtigt. Die Wirtschaftsfreiheit des Art. 27 nennt keine Berechtigten mehr, offenbar ist nunmehr die mäandernd-erweiternde Rechtsprechung des Bundesgerichts¹⁰⁹ einer klaren Regelung gewichen: Jedermann kann sich, unabhängig von seinem ausländerrechtlichen Status, auf dieses Grundrecht berufen. Hingegen nennt der Nachführungsentwurf mit der "Person" eine neue Kategorie von Berechtigten. Es lohnt sich diesen neuen Grundrechtsbegriff zu untersuchen. **333 /**

¹⁰⁹ Lange Zeit konnten sich nur Schweizerbürger auf Art. 31 BV berufen, vgl. z.B. BGE 55 I 223; In BGE 108 Ia hat das Bundesgericht festgehalten, dass sich der Ausländer auf die Handels- und Gewerbefreiheit berufen könne, soweit er nicht gerade wegen seiner Ausländerqualität besonderen wirtschaftspolitischen Einschränkungen unterworfen sei. Seit 1990 konnte sich der Ausländer soweit auf Art. 31 BV berufen, als "er auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt fremdenpolizeilich zugelassen ist" (BGE 116 Ia 240, bestätigt in BGE 119 Ia 35, 123 I 19). Die Ausländer können sich demnach noch nicht voll auf Art. 31 BV berufen. Diese Rechtsprechung ist äusserst problematisch, da der Anwendungsbereich eines Grundrechts von der Gesetzgebung abhängig ist. In BGE 123 I 212 scheint sich eine weitere Öffnung anzuzeigen, vgl. dazu Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 1992-1996, Bern 1998, S. 120.

b) Personen und Menschen

Der Nachführungsentwurf verwendet in zahlreichen Artikeln den Begriff der „Person“¹¹⁰. Es fragt sich, ob die Person mit dem „Menschen“ zu identifizieren ist. Die scheinbar banale aber grundsätzliche Frage hat einen ideengeschichtlichen Hintergrund. Immanuel Kant hat in seiner Metaphysik der Sitten definiert: "Person ist dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind"¹¹¹. Damit hatte Kant eine wichtige Weichenstellung vorgenommen. Die Personalität des Menschen bestimmte sich nicht mehr durch seine Position in der Gesellschaft¹¹², sondern umgekehrt bestimmt seine Zurechnungs- und Handlungsfähigkeit seine Person. Damit war auf dem Weg der Gleichberechtigung eine wichtige Wegmarke gesetzt. Es bleibt aber aus heutiger Sicht ein Problem: Sind die Unzurechnungsfähigen keine Personen? Die Frage stellt sich heute in akuter Art und Weise; ich erinnere an die Diskussion mit Peter Singer¹¹³. Dessen Postulate sind auf heftigen Widerspruch gestossen.

Der Begriff der „Person“ ist gefährdender als es auf den ersten Blick erscheint. Mit den nahezu schrankenlosen Mitteln der juristischen Auslegung ist es nämlich durchaus möglich, auch eine Begründung dafür zu liefern, dass nicht alle Menschen Personen sind, d.h. die jeweiligen Grundrechte sind keine „Jedermanns-Rechte“. Es ist sogar mit Auslegung möglich zu begründen, dass „Jedermann“ nur eine bestimmte Menschenklasse erfasst. Dazu zwei Beispiele.

(1) Der bekannte deutsche Zivilrechtler Karl Larenz (1903-1993) war auch ein führender Methodenlehrer. Als 32-jähriger schrieb er das Buch: "Rechtsperson und subjektives Recht, Zur Wandlung der Rechts-Grundbegriffe"¹¹⁴. Er begründete darin für die damalige Zeit schlüssig, dass der Satz „Jedermann ist rechtsfähig“ von § 1 BGB nicht für Juden, sondern nur für „Arier“ gilt. Seine methodischen Kunstgriffe hat er schon als junger Rechtsprofessor unter Beweis gestellt:

334 /
"Nicht als Individuum, als Mensch schlechthin oder als Träger einer abstrakt-allgemeinen Vernunft habe ich Rechte und Pflichten und die Möglichkeit, Rechtsverhältnisse zu gestalten, sondern als Glied einer sich im Recht ihre Lebensform gebenden Gemeinschaft, der Volksgemeinschaft. Nur als in Gemeinschaft lebendes Wesen, als Volksgenosse ist der einzelne eine konkrete Persönlichkeit. Nur als Glied der Volksgemeinschaft hat er seine Ehre, genießt er Achtung als Rechtsgenosse. Rechtsgenosse zu sein, das heisst im Recht zu leben und eine bestimmte Gliedstellung auszufüllen, ist also ein Vorrecht des Volksgenossen. Es ist, wenn man so will, eine besondere Qualität nicht des Menschen schlechthin, sondern des Volksgenossen. *Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist*; Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist. Dieser Satz könnte an Stelle des die Rechtsfähigkeit "jedes Menschen" aussprechenden § 1 BGB an die Spitze unserer Rechtsordnung gestellt werden".

Selbstverständlich ist die gegenwärtige Nachführung der Bundesverfassung unter völlig anderem Vorzeichen zu sehen. M.E. spielt gleichwohl die langfristige Perspektive eine grosse Rolle; der Verfassungsgeber muss in den Zeiträumen eines Jahrhunderts denken. Deshalb sollten gerade aus der Verfassungs- und Ideengeschichte mögliche Ratschläge mitgenommen und gefährliche und belastete Begriffe in der neuen Verfassung vermieden werden.

¹¹⁰ Vgl. z.B. Art. 9, 13, 15 Abs. 2 und 3, 16 Abs. 2 und 3, Art. 22 Abs. 2, 23 Abs. 2, 28 Abs. 4, Art. 29-32, Art. 33 Abs. 1.

¹¹¹ Vgl. Akademie-Ausgabe, S. 223.

¹¹² Vgl. Teil 1, Titel 1, § 1 des Preussischen Allgemeinen Landrechts: "Der Mensch wird, insofern er gewisse Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft genießt, eine Person genannt".

¹¹³ Vgl. die Diskussion dieser Postulate bei Wetz (Anm. 72), S. 326 f.

¹¹⁴ Berlin 1935, S. 21.

(2) In der deutschen Staatsrechtslehre bestehen bei der Frage der Trägerschaft der Menschenwürde unterschiedliche Positionen. Die Mehrheit der Stimmen in der Literatur schreiben jedem Menschen - unabhängig von Geschlecht, Alter, Hautfarbe, Nationalität, Intelligenzgrad oder beliebigen andern Eigenschaften, Menschenwürde zu. Die Würde des Menschen dürfe auch nicht "an die Fähigkeit zu geistig-seelischem Werterlebnis" geknüpft werden¹¹⁵. Umgekehrt verlangen einige Autoren in Nachfolge von Niklas Luhmann¹¹⁶ bestimmte Würde-Qualifikationen, nämlich eine Leistung¹¹⁷: **335 /**

Für Luhmann "ist Würde weder eine Naturausstattung des Menschen, also nicht das ihn vom Nichtmenschlichen Unterscheidende, noch ein Wert. Würde ist für ihn eine Leistung, die der einzelne erbringen kann, die aber auch verfehlt werden kann. Grundrechte haben nicht die Funktion, Würde zu gewährleisten - das stehe nicht in der Macht des Staates - sondern die Bedingungen ihrer Leistung zu erhalten. Der grosse Vorteil dieser Theorie gegenüber der bis dahin herrschenden wertphilosophischen Auffassung ist die Möglichkeit, sie unmittelbar auf konkrete Problemsituationen individueller Menschen zu beziehen. Aus dieser Interpretation sollte festgehalten werden, dass Würde etwas mit der Chance eigenen Verhaltens, eigener menschlicher Leistung zu tun hat. "

Die Gefahr, die aus dieser Anschauung erwächst, zeigt sich in der Frage: Wie steht es mit Menschen, die diese "Leistung" nicht erbringen, beispielsweise die abnormen Täter schwerster Verbrechen? Damit werden Kategorien von Menschen geschaffen, die keine Würde haben oder eben - beim vorliegenden Problem - keine Personen sind. Diese Gefahr ist auch im Wort "Person" angelegt. Ethymologisch stammt es vom lateinischen "personare" und beschreibt die Situation der antiken Schauspieler, die durch Trichter gesprochen haben ("hindurchtönen"). Es gibt Menschen, welche diese Ton-Eigenschaft nicht haben, oder die diese Leistung nicht erbringen, weil sie *nicht "hindurchtönen" können*. Sind das keine Personen mehr? Es liegt auf der Hand, dass derartige Überlegungen ohne weiteres den Weg zu Menschen ohne Personencharakter ebnen, d.h. Menschen denen keine Menschenwürde und auch keine Grundrechte zustehen. Aus diesem Grund ist die Verwendung des Begriffs "Person" im Nachführungsentwurf abzulehnen.

c) Rechtfertigungen für den Personenbegriff bei der Bestimmung der Grundrechtsträger

Eine mögliche Rechtfertigung für den Gebrauch des Begriffs „Person“ im Nachführungsentwurf könnte darin bestehen, dass hiermit natürliche und juristische Personen gemeint sind¹¹⁸. Diese grundsätzlich mögliche Unterscheidung wird

¹¹⁵ Vgl. v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl, 1957, Art. 1 Anm. III 3c, S. 150. Diese Fähigkeit sei bei fast allen Menschen zu sehen, ausser beim "Monstrum"; vgl. Stern (Anm. 72), S. 6.

¹¹⁶ Grundrechte als Institution, Berlin 1965, S. 53.

¹¹⁷ Adalbert Podlech, Alternativkommentar, Band I, Neuwied/Darmstadt 1984, Art. 1 Abs. 1 GG, N. 11; vgl. auch ähnlich Schweizer, N. 44 zu Art. 24^{novies} Abs. 2, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel/Bern/Zürich 1987 ff. (Loseblatt). Die Gefährlichkeit dieser von Leistungen bzw. Verfehlungen abhängigen Menschenwürde kann nicht unterschätzt werden. Beim Recht auf Zugang zu den Daten der Abstammung gemäss 24^{novies} Abs. 2 lit. g verwendet der BV-Kommentar in N. 104 den herabsetzenden Begriff "Ehebruchskinder". Den Nachkommen kann ein "Ehebruch" am allerwenigsten vorgeworfen werden, abgesehen davon, dass ein Fehlverhalten im Gegensatz zu N. 44 niemals eine Antastung der Menschenwürde rechtfertigen kann.

¹¹⁸ So Yvo Hangartner, Der Entwurf einer nachgeführten Bundesverfassung, AJP 1997, S. 139 ff., S. 148.

aber im Entwurf alles **336** / andere als konsequent nachvollzogen. In diesem Sinne müssten bei der Rechtsgleichheit des Art. 8 „Personen“ und nicht „Menschen“ Grundrechtsträger sein¹¹⁹.

Es mag noch angehen, dass auch die juristische Person Anspruch zwar nicht auf Schutz ihres "Familienlebens", aber immerhin ihrer Geschäftsräumlichkeiten sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs hat (Art. 13 Abs. 1 nBV). Dagegen ist die juristische Person kaum das Opfer von Datenmissbrauch (Art. 11 Abs. 2).

Nach Art. 15 Abs. 2 nBV hat jede Person das Recht, ihre weltanschauliche Überzeugung frei zu wählen. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit erstreckt sich nach aktueller Rechtsprechung nicht auf juristische Personen¹²⁰, es sei denn, diese verfolge nach ihren Statuten selbst ein religiöses oder kirchliches Ziel¹²¹. Die Lehre kritisiert zu Recht diese Rechtsprechung fast einhellig¹²². Hinter einer juristischen Person stehen Menschen, die sich auf die Glaubensfreiheit berufen können. Es gibt keinen Grund, den Personenzusammenschlüssen mit der von der Rechtsordnung verliehenen Persönlichkeit die Berufung auf die Glaubensfreiheit zu verweigern. Es gibt indes keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Nachführungsentwurf diese auch politisch umstrittene Frage mit den Art. 15 Abs. 2 und 3 ändern wollte, zumal Abs. 4 die negative Religionsfreiheit auf Menschen ("Niemand") beschränkt¹²³. Die juristischen Auseinandersetzungen um die Kirchensteuerpflicht juristischer Personen werden durch die Verwendung des Personenbegriffs zweifellos neue und m.E. "gute" Nahrung erhalten. **337** /

Art. 23 Abs. 3 garantiert die negative Vereinigungsfreiheit bloss Menschen ("Niemand"), obwohl sich darauf auch die juristischen Personen berufen können.

Art. 28 Abs. 4 ermöglicht Streikverbote für „bestimmte Kategorien von Personen“, selbstredend muss es sich dabei um natürliche Personen, also Menschen handeln.

Die Garantien für den Freiheitsentzug gemäss Art. 31 können sich nur auf Menschen, nicht aber auf juristische Personen beziehen. Die Grundrechtsgewährleistungen des Nachführungsentwurfs verwenden den Begriff „Person“ ohne jedes erkennbare System; der Sprachgebrauch ist völlig inkonsistent.

Die Verwendung des Personenbegriffs kann sodann auch damit gerechtfertigt werden, dass die europäische Menschenrechtskonvention bruchstückweise in den Grundrechtskatalog des Nachführungsentwurfs übernommen worden ist¹²⁴. Diese verwendet ebenfalls den Begriff „Person“. Die geltende Bundesverfassung verwendet den Personenbegriff in Art. 24^{novies} Abs. 2 lit. g BV über den Zugang zu den Daten der Abstammung. Die Menschenrechtskonvention war das sprachliche Vorbild für eine Reihe von Grundrechten, so etwa die Verfahrensgarantien

¹¹⁹ Die Botschaft, S. 142 hat eine Umformulierung vom „Schweizer“ zu „allen Menschen“ vorgenommen. Hangartner (Anm. 118) sieht in dieser Formulierung trotz der logischen Inkonsequenz die "persönlichere" Variante.

¹²⁰ Vgl. BGE 4, 533; 35 I 333; BGr. vom 25.5.1940, ZBl. 1940, S. 358 ff.; BGE 95 I 350, 102 Ia 468, bestätigt von der Europäischen Menschenrechtskommission, vgl. Beschwerde Nr. 7865/77, X. AG gegen die Schweiz, DR 16, 85 = VPB 47/1983 Nr. 190. 107 Ia 128.

¹²¹ Vgl. BGE 97 I 227, 118 Ia 52.

¹²² Vgl. Ulrich Häfelin, N. 118 zu Art. 49, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel/Bern/Zürich 1987 ff. (Loseblatt); Peter Karlen, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz, Diss. Zürich 1988, S. 361 ff.

¹²³ Die Botschaft, S. 156 will die Glaubens- und Gewissensfreiheit weiterhin bloss den natürlichen Personen (mit den raren Ausnahmen) zusprechen. Die parlamentarischen Beratungen haben daran nichts geändert, vgl. Votum von Berichterstatter Inderkum, Amtl Bull 1998 S 40. Im Nationalrat wurde die Frage gar nicht diskutiert, vgl. Amtl Bull 1998 N 850.

¹²⁴ Vgl. Hangartner (Anm. 118), S. 148.

der Art. 29-32. Damit hat sich der Personenbegriff im gesamten Grundrechtskatalog verbreitet. Auch diese Rechtfertigung kann nicht genügen, denn ein nationaler Grundrechtskatalog hat zwar der Sache nach denselben Gegenstand wie die EMRK, aber er hat zusätzliche Aufgaben und Funktionen. Von daher geht es nicht an, die Formulierungen aus einem völkerrechtlichen Vertrag *tel quel* zu übernehmen. Die Grundrechte sind in die nationale Rechts- und Verfassungskultur eingebettet und bedürfen, zieht man die bedeutenden Verfassungswerke der Nachbarländer heran, einer eigenständigen Formulierung durch den nationalen Verfassungsgeber. Meines Wissens hat denn auch kein europäischer Staat die Rechte der EMRK direkt in seine Verfassungsurkunde überführt¹²⁵. **338 /**

Schliesslich ermöglicht die weibliche Form von „Person“ geschlechtsneutrale oder sogar frauenfördernde Formulierungen¹²⁶. Die Botschaft und die Materialien äussern sich zu dieser Überlegung nicht. Diese Rechtfertigung mag etwas für sich haben; die Gefahr der beschränkten Grundrechtsträgerschaft kann diesen Nachteil nicht aufwiegen.

Der Personenbegriff birgt endlich noch eine weitere Problematik in sich. Der Verfassungsgeber will mit dessen Verwendung die Grundrechtsträgerschaft der natürlichen und juristischen Person festlegen. Allerdings lässt sich bei einigen Grundrechten nicht zum Vorneherein und allgemein sagen, ob und dass sie grundsätzlich für juristische Personen anwendbar sind. Das hängt vielmehr, wie es das Beispiel bei der Glaubens- und Gewissensfreiheit zeigt, von der in Frage stehenden Tatsachenlage ab. Die in der Verfassung vorgenommene Differenzierung zwischen Menschen und (juristischen) Personen ist entbehrlich, weil die Grundrechte nicht nur für Einzelmenschen, sondern auch für Zusammenschlüsse von Menschen gelten. Die juristischen Personen sind nur rechtstechnische Zweckkonstruktionen, welche das Zusammenwirken von Menschen ordnen. Hinter der juristischen Person stehen immer Menschen¹²⁷. Aus diesem Grunde beziehen sich die Grundrechte stets auch auf juristische Personen, soweit diese ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Vor dem Hintergrund dieser Überlegung ist eine verfassungstextliche Differenzierung bei den einzelnen Grundrechten überflüssig. Die Arbeit der Differenzierung kann ohne weiteres dem Bundesgericht überlassen bleiben.

Die Gefahren aus dem Personenbegriff lassen es ratsam erscheinen, den Begriff – wie in den meisten ausländischen Verfassungen¹²⁸ – nicht im Verfassungstext zu gebrauchen. **339 /**

¹²⁵ In Österreich hat die EMRK Verfassungsrang, da sie als Verfassungsgesetz beschlossen worden ist, vgl. ROBERT WALTER / HEINZ MAYER, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 8. Aufl., Wien 1996, S. 487. Die EMRK blieb aber ausserhalb des Grundrechtskataloges des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes.

¹²⁶ Auch die von mir in Abschnitt 7 kritisierten papiernen Formulierungen "Das ...-Recht ist gewährleistet" gehört zu dieser Kategorie scheinbarer "menschenleerer" und deshalb auch geschlechtsneutraler Grundrechte.

¹²⁷ Vgl. z.B. Hangartner (Anm. 56), S. 38.

¹²⁸ Die ausländischen Verfassungen verwenden den Begriff "Person" nur äusserst zurückhaltend, vielfach taucht er im Zusammenhang mit der Festnahme oder Ausweisung einer "Person" auf, vgl. Art. 17 Abs. 3 Spanische Verfassung oder Art. 33 Abs. 5 Portugiesische Verfassung. Das deutsche Grundgesetz bezeichnet die Grundrechtsträger überhaupt nicht als "Personen"; entsprechendes gilt für Frankreich (das u.a. die Menschenrechtserklärung von 1789 als Grundrechtskatalog verwendet).

d) Kinder

Die Botschaft¹²⁹ lehnte eine Nennung von Kindern als Grundrechtsträgern ab und auch andere neue Kategorien von Grundrechtsträgern seien nicht aufzunehmen. Denn eine solche Differenzierung schade dem universalen Charakter der Grundrechte, „die ja im Prinzip für alle Menschen ohne Unterschied gültig sind“. Das Parlament war von dieser schlichten Nichtnennung der Kinder - gerade angesichts der Kinderrechtskonvention der UNO - nicht überzeugt und beschloss nun einen neuen Art. 11¹³⁰ über die Rechte der Kinder und Jugendlichen¹³¹. Dieser Artikel ist in der Tat berechtigt, zumal er die bisher ungeschriebene Regel festhält¹³², dass Kinder und Jugendliche ihre (Grund-) Rechte im Rahmen der Urteilsfähigkeit ausüben. Diese Bestimmung regelt die Grundrechtsmündigkeit der Kinder und ist zweckmässig. Der Ständerat wollte den Abs. 2 von Art. 11 streichen¹³³. Eine allgemeine Regelung dieser Frage sei nicht möglich. Die Bestimmung verdankt ihre Existenz dem Nationalrat, der sich hier durchsetzte.

6. Schranken der Grundrechte

a) Schrankenregelung des Art. 36 nBV

Art. 36 verankert das allgemeine Prüfungsschema für die Einschränkung der Grundrechte. Der Nachführungsentwurf nennt die Grundrechtsschranken nicht spezifisch bei den einzelnen Gewährleistungen, sondern in einem allgemeinen Artikel. Diese Bestimmung will deutlich machen, dass die Grundrechte bestimmten Beschränkungen unterliegen und grundsätzlich im öffentlichen Interesse zurückgenommen werden können. Die Problematik dieses Vorgehens erwähnt die Botschaft gleich selber¹³⁴: **340 /**

"Die in diesem Artikel aufgestellte Ordnung ist nicht auf die Gesamtheit der Grundrechte anwendbar, sondern im wesentlichen auf die Individualrechte zugeschnitten, d.h. auf diejenigen Grundrechte, die sich auf die Ausübung gewisser menschlicher Fähigkeiten beziehen, deren Schutzbereich und Inhalt sich aus ihnen selber ergeben (z.B. die Glaubens- und Gewissensfreiheit, die Meinungsfreiheit, die Versammlungsfreiheit usw.). Für Grundrechte wie die Rechtsgleichheit (Art. 7 VE 96 = Art. 8 nBV) und für ihre Ableitungen wie den Schutz vor Willkür und die Wahrung von Treu und Glauben (Art. 8 VE 96 = Art. 9 nBV) oder für gewisse Verfahrensgarantien (Art. 25-28 VE 96 = Art. 29-32 nBV) aber ist die Eingriffsregelung nicht angemessen konzipiert, ebensowenig wie für gewisse Grundrechte sozialen Charakters (Art. 10 VE 96 = Art. 12 nBV). So geht es bei der Rechtsgleichheit nicht um Einschränkungen, sondern um erlaubte oder unerlaubte Kriterien der Differenzierung. Auch beim Schutz des guten Glaubens handelt es sich nicht um Schranken, sondern darum, dass bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein müssen, unter denen der gute Glaube zu schützen ist. Das Willkürverbot ist selbstverständlich nicht beschränkbar, ebenso wenig wie der Anspruch auf einen unabhängigen und unparteiischen Richter. Auch das rechtliche Gehör folgt nicht einer Logik, wonach es auf der einen Seite ein genau umschriebenes Grundrecht gibt und auf der anderen Seite Einschränkungen dieses Grundrechts (so gesehen, wäre es von der Meinungsfreiheit nicht zu unterscheiden); vielmehr erscheint das rechtliche Gehör als ein Instru-

¹²⁹ S. 138.

¹³⁰ Vgl. Amtl Bull 1998 N 697 ff., S. 1102 ff., N. 1765 ff.

¹³¹ Vgl. oben Abschnitt 2 e).

¹³² Es handelt sich um eine analoge Anwendung des Art. 19 ZGB, vgl. Hangartner (Anm. 56), S. 37.

¹³³ Gestützt auf Jörg Paul Müller, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982, S. 91, vgl. Amtl Bull 1998 S 1103 f.

¹³⁴ S. 194.

ment, das es unablässig neu zu definieren gilt und dessen Sinn es ist, zur Wahrheitsfindung beizutragen und den an einem Verfahren beteiligten Parteien eine aktive Rolle zukommen zu lassen. Schliesslich ist die Situation auch eine völlig andere für diejenigen Grundrechte, die Ansprüche auf positive Leistungen des Staates begründen, beispielsweise für das Grundrecht auf Existenzsicherung: Der Staat stellt keine Schranken auf, sondern nennt die Voraussetzungen, unter denen ein anerkanntes Recht ausgeübt werden kann."

Es ist eigenartig, dass trotz diesen erheblichen Einwänden die allgemeine Schrankenbestimmung des Art. 36 aufrechterhalten wird. Es wäre nur folgerichtig, die Schranken bei den relevanten Grundrechten zu nennen und auf diese allgemeine und sehr missverständliche Bestimmung zu verzichten. Dazu kommt noch, dass Art. 5 Abs. 1 das Gesetzmässigkeitsprinzip und Abs. 2 der öffentliche Interesse und das Verhältnismässigkeitsprinzip ganz allgemein zu den Grundsätzen des staatlichen Handelns erklären¹³⁵. Art. 36, der auf **341** / eine reine Wiederholung dieser Grundsätze hinausläuft wird damit entbehrlich. Die von Art. 36 Abs. 3 vorgesehenen Kerngehalte sind überhaupt nicht definiert und damit bewirken sie wenig Schutz. Sie wären denn auch viel besser bei den jeweiligen Grundrechten genannt worden, so wie dies die Berner Kantonsverfassung vorsieht. Sie werden damit als eine vom Verfassungsgeber so gewollte, unverrückbare Position ausgewiesen. Vergleicht man die Freiheit im Bereich ausserhalb der grundrechtlich geschützten Freiheit (also bei Art. 5) mit jener innerhalb grundrechtlich geschützter Freiheitsbetätigung (also bei Art. 36), so unterscheiden sich beide Bereiche nur geringfügig durch die Grundrechts-Kerngehalte. In Tat und Wahrheit müsste die grundrechtlich geschützte Freiheitsbetätigung aber besser geschützt sein als nur durch Kerngehalte und zwar in dreifacher Hinsicht. Erstens gelten nach heutiger Rechtsprechung nämlich bei schweren Eingriffen in Freiheit und Eigentum qualifizierte Anforderungen an die gesetzliche Grundlage¹³⁶. Es ist wertvoll, dass die beiden Räte diesen Aspekt in Abs. 1 ausdrücklich hervorgehoben haben. Die störende Tatsache, dass bei der Zuweisung der Umsetzung und dem Vollzug von Bundesrecht an die Kantone ein noch strengeres Gesetzmässigkeitsprinzip gelten sollte als bei Grundrechtseingriffen¹³⁷ ist vom Parlament beseitigt worden¹³⁸. Zweitens wiegt bei der Verhältnismässigkeitsprüfung des Abs. 3 das private Interesse schwerer, weil es durch ein Grundrecht geschützt wird. Insofern sind die Menschen bei der grundrechtlich geschützten Freiheitsbetätigung wiederum besser geschützt. Drittens führt die zu allgemeine Kerngehaltsregelung des Art. 36 Abs. 4 zu einer Entwertung des Grundrechtskataloges. Es bräuchte unter der Herrschaft des Nachführungsentwurfs eine sehr aufmerksame Rechtsprechung, welche eine eigentliche Kerngehaltsdoktrin herausarbeitete. Es ist sachgerechter, wenn der Verfassungsgeber die Wege vorspart und den einzelnen Grundrechten mit spezifischen Kerngehaltsdefinitionen den gebührenden und hohen Rang zuweist, der ihnen tatsächlich zukommt¹³⁹. **342** /

¹³⁵ Nach dem Votum von Bundesrat Koller, Amtl Bull 1998 N 650 dient Art. 5 Abs. 1 und 2 der Begrenzung staatlichen Handelns. Der Doppelcharakter von Art. 5 und 36 nBV wird damit noch deutlicher.

¹³⁶ Vgl. BGE 115 Ia 288, 122 I 363.

¹³⁷ Vgl. Hangartner (Anm. 118), S. 149.

¹³⁸ Vgl. den Art. 37 Abs. 1 Satz 2 Entwurf des Bundesrates mit dem jetzigen Art. 46 Abs. 1 nBV.

¹³⁹ In den parlamentarischen Beratungen ist erfolglos eine Schrankenregelungen bei den einzelnen Grundrechten verlangt worden, vgl. Amtl Bull 1998 S 53. Im Nationalrat wurde keine Diskussion geführt, vgl. Amtl Bull 1998 N 889.

Gravierend ist bei Art. 36 die Tatsache, dass ein Grundrechtskatalog ausgearbeitet wird, ohne dass die Rolle der Verfassungsrechtsprechung (Vorlage C: Justizreform) bestimmt ist. Die als separate Teilvorlage behandelte Justizreform lässt nämlich wichtige Fragen offen. Es wäre besonders fatal, wenn der Verfassungsgeber die Bestimmung der Kerngehalte völlig offen lässt und dann im Bereich der Grundrechte keine umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit einrichtet. Heute hat es den Anschein als werde sich diese Lösung verwirklichen. Eine solcherart ausgearbeiteter Grundrechtskatalog würde stark an Wert einbüßen, da er sich je nach Art der gewählten Verfassungsgerichtsbarkeit nur partiell umsetzen lässt.

Die neue Berner Kantonsverfassung kennt mit ihrem Art. 28 eine entsprechende Bestimmung. Diese ist aber wesentlich detaillierter abgefasst und vermeidet mit ihrer klaren Definition der Kerngehalte die Schwierigkeiten, die der Nachführungsentwurf bietet. Jene Grundrechtsgehalte, welche die Berner Verfassung insbesondere als unantastbar bezeichnet, dürfen demnach unter keinen Umständen eingeschränkt werden. Dazu gehören etwa das Diskriminierungsverbot, das Folterverbot, das Willkürverbot oder die Justizgarantien¹⁴⁰. Auf diese Weise ist die geltende Grundrechtsprechung kodifiziert worden, ohne dass die Berner Verfassung Spielräume böte, die Grundrechte mehr einzuschränken als bisher. Zudem besteht gegenüber den Kantonen und somit auch gegenüber dem Berner Grundrechtskatalog schon im geltenden Recht eine umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit. Der Nachführungsentwurf ist diesbezüglich korrekturbedürftig.

Ist Art. 36 bloss deklaratorisch, so ändert sich wenig. Jedes Grundrecht würde einzeln nach einem eigenem Prüfungsprogramm eingeschränkt, so wie das bisher der Fall ist. Es besteht aber auch die Gefahr, dass Art. 36 als geänderte Schrankenregelung angesehen wird. Da eine neue Verfassung auf eine zeitlich unbegrenzte Perspektive im Hinblick auf politisch und gesellschaftlich noch völlig offene Entwicklungen hin erlassen wird, stellt ein solcher Artikel eine grosse Gefahr dar. Er kann zu Grundrechtseinschränkungen einladen, die heute noch undenkbar und unvorhersehbar sind. Art. 36 nBV stellt gerade keine Schranken-Schranke dar und sollte ersatzlos gestrichen werden. Stattdessen wären allfällige Schranken bei **343** / den relevanten Grundrechten zusammen mit ihrem Kerngehalt aufzuführen.

b) Verantwortungsartikel und Grundpflichten

Der Nachführungsentwurf macht in Art. 6 ausserdem auf die individuelle und gesellschaftliche Verantwortung aufmerksam. Das Parlament hat hier frühere Anregungen wieder aufgenommen¹⁴¹. Die Grundrechte mögen den einzelnen vergessen machen, dass er auch Pflichten und eine Verantwortung gegenüber dem Staatsganzen hat. In diesem Sinne ist schon in den frühesten Reformphasen der sechziger Jahre etwa vom Kanton Genf angeregt worden, dem Menschenrechtskatalog sei ein allgemeiner Pflichtenartikel voranzustellen, wonach das Individuum Pflichten gegenüber der Gemeinschaft habe, und es sei auch in der Präambel

¹⁴⁰ Vgl. Jörg Paul Müller, Grundrechte, in: Walter Kälin/Urs Bolz, Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern 1995, S. 29 ff. insb. S. 49 ff.

¹⁴¹ Vgl. schon in der Eintretensdebatte das Votum Danioth, Amtl Bull 1998 S 14; vgl. auch Votum Iten, Amtl Bull 1998 S 15, 54 ff., 684, 690, 1100 f. Der Verantwortungsartikel ist gegen den Willen des Bundesrates und der vorberatenden Kommission eingefügt worden.

auf Menschenpflichten hinzuweisen¹⁴². Die Arbeitsgruppe riet aber von der Aufnahme eines solchen Pflichten- oder Verantwortungsartikels mangels Durchsetzungsmöglichkeiten ab. Im Verfassungsentwurf von 1977 fehlten die "Grundpflichten" denn auch vollständig¹⁴³:

"Die Kommission beschloss jedoch, nicht zu versuchen, eine allgemeine Konzeption von Grundpflichten zu entwickeln. Es schien ihr, dass es um das Selbstverständnis des Schweizer Staatswesens traurig bestellt sein müsste, wenn man den in der Schweiz lebenden Menschen noch besonders in Erinnerung rufen müsste, dass die in einem demokratischen Verfahren zustande gekommenen, dem obligatorischen oder fakultativen Referendum unterstehenden Verfassungs- oder Gesetzesbestimmungen allgemeine Geltung beanspruchten".

In der Vernehmlassung zum Verfassungsentwurf von 1977 haben viele Stimmen einen Grundpflichten- oder Verantwortungsartikel gefordert¹⁴⁴. Das hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement veranlasst, in seiner Modell-Studie von 1985 ebenfalls **344** / mehrere Grundpflichten-Artikel aufzunehmen¹⁴⁵. Der Bundesrat hat in seinem Entwurf von 1996 nun allerdings diese Bestimmungen wieder fallen gelassen; der vorgeschlagene Art. 6 ist durch das Parlament eingefügt worden. Die vorliegende Fassung hatte der Ständerat formuliert. Das darin ausgedrückte Bekenntnis zur Selbstverantwortung und der Verantwortung für Staat und Gesellschaft beinhaltet einen staatsethischen Appell. Diese Bestimmung hat keine unmittelbar anwendbare rechtliche Bedeutung, da erst die Gesetze die Schranken der Freiheit und die Verantwortung der einzelnen festlegen. Art. 6 will den Staat nicht rechtlich, aber (immerhin) tatsächlich vor der individuellen Masslosigkeit bewahren und er macht darauf aufmerksam, dass der Staat seine Aufgaben nur erfüllen kann, wenn sich die Privaten daran mitbeteiligen oder dem Staat entsprechende Mittel bereitstellen¹⁴⁶. Es ist wertvoll, wenn die Verfassung in ihren allgemeinen Bestimmungen darauf aufmerksam macht.

7. Bewertung

In Bezug auf die Formulierungen fällt im nachgeführten Grundrechtsteil die zum Teil enge textliche Anlehnung an die Europäische Menschenrechtskonvention auf, was namentlich für die Art. 30, 31 und 32 gilt. Die EMRK-Rechte sind zwar nicht wortwörtlich konstitutionalisiert worden, die Anlehnung ist gleichwohl unverkennbar. In der Sache besteht zwischen verfassungsmässigen Grundrechten und Konventionsrechten kein Unterschied. Das Bundesgericht hat beide gleich behandelt, da die aus der Menschenrechtskonvention fliessenden Rechte von ihrer Natur her verfassungsrechtlichen Inhalt haben¹⁴⁷. Die inhaltliche Gleichartigkeit der internationalen Menschenrechtsabkommen mit dem nationalen Grundrechtskatalog sollte aber nicht dazu verführen, sich in der Verfassungsgebung zu sehr

¹⁴² Vgl. Schlussbericht der Arbeitsgruppe Wahlen, S. 71 f., 214, 220. Vgl. zu den Grundpflichten bei der Totalrevision der Bundesverfassung: Andreas Kley, Grundpflichten Privater im schweizerischen Verfassungsrecht, Diss. St. Gallen 1989, S. 338 ff.

¹⁴³ Vgl. Bericht der Expertenkommission zur Vorbereitung der Totalrevision der Bundesverfassung, Bern 1977, S. 34.

¹⁴⁴ Vgl. Kley (Anm. 142), S. 343 Anm. 3 mit Nachweisen.

¹⁴⁵ Vgl. Art. 27-29, BBl 1985 III 1 ff. (190 ff.).

¹⁴⁶ Vgl. Kley (Anm. 142), 346.

¹⁴⁷ Vgl. oben Abschnitt 2 d).

von den Abkommen leiten zu lassen¹⁴⁸. Die Menschenrechtskonvention ist ein mit einer Frist von sechs Monaten kündbarer Staatsvertrag und lediglich als *Minimalstandard* konzipiert. Als solcher ist sie kein Vorbild für einen nationalen Grundrechtskatalog. Die Schweiz hat zwar in einigen Bereichen **345** / Mühe bekundet, auch nur diesen Minimalstandard einzuhalten. Mittlerweile hat immerhin die Rechtsprechung des Bundesgerichts diesen Standard schweizweit durchgesetzt. Das Bundesgericht ist, verglichen mit andern obersten Gerichten in Europa, ein Musterschüler, was die Beachtung und Anwendung der EMRK-Garantien anbelangt. Die grosse Beachtung dieser internationalen Abkommen hat freilich auch ihre Kehrseite. Diese Verträge erhalten verglichen mit andern Rechtsordnungen eine übermässig grosse Bedeutung als Grundlage der nationalen Grundrechtsprechung. Dadurch wird diese immer mehr als „ausländischer Einfluss“ wahrgenommen und insofern diskreditiert. Es wäre vom Konzept des EMRK-Minimalstandards aus gesehen sachgerechter gewesen, einen grosszügigen nationalen Grundrechtskatalog zu entwerfen. Unter dem Gesichtspunkt der Integrationsaufgabe der Grundrechte und der nationalen (Grundrechts-)Identität wäre ein eigenständiger Katalog angebracht. In diesem Sinne sind manche der Bestimmungen des nachgeführten Grundrechtskataloges mit dem „Ruch“ des ausländischen Einflusses behaftet. Die übrigen, nicht von der EMRK geprägten Formulierungen sind oft wenig prägnant, sondern eher papiern-phantasielos (z.B. „Das Recht auf ... ist gewährleistet“, Art. 14-23 je Abs. 1). Die grosse Bedeutung der internationalen Menschenrechtsabkommen könnte auf andere Weise in der Verfassung ausgewiesen werden. So hat etwa Spanien in seiner Verfassung festgehalten, dass die verfassungsmässigen Grundrechte in Übereinstimmung mit der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und den ratifizierten internationalen Abkommen über diese Materien auszulegen sind¹⁴⁹. Insgesamt überzeugt der Grundrechtskatalog im Hinblick auf die Integrationskraft, logische Konsequenz und sprachliche Formulierung nicht besonders.

Der Grundrechtskatalog vermag aus einer kurzfristigen und oberflächlichen Sicht sein Versprechen zu halten, nämlich die geltende und praktizierte Grundrechtsprechung des Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu kodifizieren. Aus der Sicht eines historischen, d.h. eines geschichtemachenden Unternehmens wie es jede umfassende Revision der Verfassung darstellt, ist diese Perspektive indessen zu kurzfristig. Der beschränkte Nachführungsauftrag von 1987 mag von einer langfri **346** / stigeren Sichtweise dispensiert haben. Der Entwurf beachtet nicht, dass die Verfassung auf lange Sicht angelegt sein muss und problematische Positionen möglichst vermeiden sollte. Der bedeutendste Chief Justice der USA, John Marshall, hatte 1803 im Urteil *Marbury v. Madison* geschrieben: Die Ausübung des verfassungsgebenden Rechts durch das Volk stellt "eine sehr grosse Anstrengung dar; sie kann nicht und sollte auch nicht zu häufig wiederholt werden. Die Prinzipien, die daher so begründet sind, werden als fundamental erachtet. Und da die Autorität, der sie ihren Ursprung verdanken, die oberste ist und selten handeln kann, so sind sie bestimmt, dauernd zu gelten."¹⁵⁰ Der ausgearbeitete Grundrechtskatalog ist mangelhaft und kaum dazu bestimmt, "dauernd zu gelten". Ich erinnere an das ausufernde Menschenwür

¹⁴⁸ A. A. Hangartner (Anm. 118), S. 146.

¹⁴⁹ Vgl. Art. 10 Abs. 2 der Spanischen Verfassung, Text: Adolf Kimmel (Hrsg.), *Die Verfassungen der EG-Mitgliedstaaten*, 4. Aufl., München 1996.

¹⁵⁰ Deutsche Übersetzung in: Herbert Schambeck / Helmut Widder / Marcus Bergmann (Hrsg.), *Dokumente zur Geschichte der Vereinigten Staaten von Amerika*, Berlin 1993, S. 252 ff. (256 f.).

de-Grundrecht, die ungeklärte Rolle der persönlichen Freiheit, die fragwürdige Schrankenregelung und die Verwendung des problematischen Personen-Begriffs. Der Grundrechtskatalog schafft in seiner heutigen Fassung unnötige Probleme. Er erreicht nicht das Niveau des Grundrechtskataloges der neuen Berner Kantonsverfassung, welche die zu lösenden Probleme sorgfältig angeht. Ich habe den Eindruck, dass der Katalog ein in Eile zusammengeschustertes Flickwerk ist. Die schweizerische Grundrechtstheorie und -praxis, die namentlich von der hervorragenden Rechtsprechung des Bundesgerichts geprägt ist, verdient diese fragwürdige "Krönung" des Jubiläumsjahrs nicht. Die Mängel sind freilich nicht derart, dass es sich mit ihnen heute nicht leben liesse. Das Bundesgericht wird zweifellos in der Lage sein, gestützt auf seine bisherige Arbeit, die Mängel des neuen Grundrechtskataloges interpretatorisch zu beheben. **347**