Thomas Gächter / Martin Bertschi (Hrsg.)

Neue Akzente in der «nachgeführten» Bundesverfassung

Schulthess § Zürich 2000

Zitiervorschlag:
BENJAMIN SCHINDLER, ..., in: THOMAS GÄCHTER/MARTIN BERTSCHI (Hrsg.), Neue Akzente in der «nachgeführten» Bundesverfassung, Zürich 2000

Stand Literatur und Rechtsprechung:
31. Dezember 1999. Später erschienene Publikationen wurden vereinzelt berücksichtigt.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2000
ISBN 3 7255 4018 7

Zu Begriff und Verständnis der «Grundrechte» in der neuen Bundesverfassung

*Benjamin Schindler**

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Stand der Schweizer Grundrechtsdiskussion
1. Grundrechtstheorien in der Lehre
2. Zur Frage der «Drittwirkung» von Grundrechten
III. Rezeption der Lehre in der neuen Bundesverfassung
1. Wortlaut und Entstehungsgeschichte von Art. 35 BV
2. Art. 35 BV als Ausdruck eines konstitutiv-institutionellen Grundrechtsverständnisses
IV. Beschränkter Anwendungsbereich von Art. 35 BV
1. Historisch gewachsene Grundrechte
2. Mehrdimensionales Grundrechtsverständnis
V. Begriff der «Grundrechte» in der neuen Bundesverfassung
1. Erstmalige Verwendung des Begriffs
2. Abgrenzung zu den «verfassungsmässigen Rechten»
VI. Fazit
Literaturangaben

I. Einleitung

Im Jahre 1849 hielt JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI[1] zur ersten Verfassung[2] des damals noch jungen Schweizer Bundesstaates fest:

> «Bei Bestimmung der schweizerischen Grundrechte wich die Tagsatzung von der hergebrachten Praxis nur in einigen Punkten ab und vermied es, sich nach der Weise der Franzosen und der Deutschen auf eine ausgedehnte allgemeine Darstellung, beziehungsweise Erweiterung der Grundrechte einzulassen. Sie entging dadurch der Gefahr, sich in abstrakte Theorien zu verlieren; aber auf der andern Seite fiel dieser

* Den Herren STEFAN VOGEL und BERNHARD RUBIN danke ich herzlich für die wertvollen Anregungen und die kritische Durchsicht des Entwurfs.

1 JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI, Geschichte des schweizerischen Bundesrechtes von den ersten ewigen Bünden bis auf die Gegenwart, Erster Band, Geschichtliche Darstellung, Zürich 1849, S. 526 f.

2 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. Herbstmonat 1848.

> Theil der Verfassung in Vergleichung namentlich mit den gleichzeitig bearbeiteten deutschen Grundrechten[3] für die Schweizer sehr kärglich aus.»

Auch die Verfassung vom 18. April 1999 sollte «von der hergebrachten Praxis» nur geringfügig abweichen und nach dem Willen von Bundesrat und Parlament eine «Nachführung des geltenden Verfassungsrechts»[4] darstellen. Anders als im Jahr 1848 (und 1874) wurde jedoch auf eine eingehendere Darstellung der Grundrechte nicht verzichtet. Der Begriff «Grundrechte» fand erstmals Eingang in die Verfassung, und in ihrem ersten Kapitel werden die einzelnen Grundrechte aufgezählt und inhaltlich näher umschrieben. Dieser Teil der Verfassung kann nun definitiv nicht mehr als «sehr kärglich» bezeichnet werden.

Trotz ihren Umschreibungen bleiben die Grundrechte – mit wenigen Ausnahmen[5] – auch in der neuen Bundesverfassung ihrem Sprachgehalt nach «Lapidarformeln und Grundsatzbestimmungen, die aus sich selbst inhaltlicher Eindeutigkeit weithin entbehren»[6]. Gleichzeitig verleihen Grundrechte aber den Einzelnen justiziable Rechtsansprüche. Sie sind unmittelbar anwendbares Recht. Der konkretisierenden Auslegung der Grundrechte durch die rechtsanwendenden und -sprechenden Behörden, sprich ihrer «Verwirklichung» kommt somit zentrale Bedeutung zu.[7] Sie wird zwangsläufig vom Verständnis geleitet, welches der Rechtsanwender den Grundrechten zugrunde legt,[8] also dem *Grundrechtsverständnis*. Art. 35 BV hat die «Verwirklichung der Grundrechte» zum Gegenstand. Es liegt nahe, hier nach dem Grundrechtsverständnis der Verfassung zu suchen. Nach einem kurzen Überblick über den Stand der Schweizer Grundrechtsdiskussion sollen deshalb im Folgenden Entstehungsgeschichte und

3 Hier spielt BLUNTSCHLI wohl auf die langandauernde Grundrechtsdebatte in der «Frankfurter Nationalversammlung» vom Juni bis Dezember 1848 an, welche im Reichsgesetz betreffend die Grundrechte des deutschen Volkes vom 27. Dezember 1848 ihren Abschluss fand. Hierzu ERNST RUDOLF HUBER, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Band II, Stuttgart 1960, S. 773 ff.

4 Botschaft VE 96, S. 29 (= BBl 1997 I 29). Dieser Grundidee der Verfassungsreform folgte auch das Parlament, vgl. etwa Amtl. Bull. NR 1998, S. 42 f., 46 ff., 52 ff.; Amtl. Bull. SR 1998, S. 2 ff., 6 ff. Siehe auch GEORG MÜLLER, Zur Bedeutung der Nachführung im Rahmen der Reform der Bundesverfassung, ZSR 116 (1997), S. 21 ff.

5 Vgl. etwa die Vorschriften zum Freiheitsentzug (Art. 31, insbesondere Abs. 2 und 3) und Strafverfahren (Art. 32), wobei auch diese Normen Interpretationsspielraum lassen.

6 BÖCKENFÖRDE (S. 221) zu den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949. Vgl. für die Schweiz KLEY, S. 315 ff. Noch in Bezug auf die BV von 1874: HUBER, Konkretisierung, S. 194 ff., 202 ff.; GEORG MÜLLER, Privateigentum heute, S. 23.

7 Vgl. BÖCKENFÖRDE, S. 221; HUBER, Konkretisierung, S. 192 ff.; GEORG MÜLLER, Privateigentum heute, S. 23 ff.; RHINOW, S. 428 ff.

8 Vgl. BÖCKENFÖRDE, S. 221.

Bedeutung dieser Bestimmung näher untersucht werden. Im Zentrum soll die Frage stehen, ob es *das* Grundrechtsverständnis der neuen Bundesverfassung überhaupt gibt, und wenn ja, ob Art. 35 BV dieses umfassend zu reflektieren vermag. Eng hiermit verknüpft ist die Frage, wie der Begriff der «Grundrechte» in der neuen Bundesverfassung verwendet wird.

II. Stand der Schweizer Grundrechtsdiskussion

1. Grundrechtstheorien in der Lehre

In der Lehre[9] können verschiedene Grundrechtstheorien unterschieden werden, welche je zu einem unterschiedlichen Grundrechtsverständnis führen.[10] Die Theorien sollen an dieser Stelle nur kurz und schemenhaft umrissen werden. Zudem muss darauf hingewiesen werden, dass die Theorien, wie sie hier dargestellt werden, in ihrer «Reinform» kaum Anhänger finden. Sie zeigen vielmehr auf, dass die Funktionen der Grundrechte je nach dem ihnen zugrunde liegenden Verständnis unterschiedlich gewichtet werden.[11]

Das *liberale* Verständnis erblickt die Hauptfunktion der Grundrechte im Schutz der Freiheit des Einzelnen vor Eingriffen des Staates.[12] Die Grundrechte sind primär Abwehrrechte, stellen einen «negativen Status»[13] des Bürgers ge-

9 Vgl. GEORG MÜLLER, Privateigentum heute, S. 26 ff.; für Deutschland (statt vieler) BÖCKENFÖRDE, S. 224 ff.; MICHAEL SACHS (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. München 1999, Vor Art. 1, Rz. 63 ff.; STERN, S. 1678 ff. Siehe auch AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. II, Rz. 141 ff.

10 Das Bundesgericht hat keine eigentliche Grundrechtstheorie entwickelt, bzw. sich zu keiner der Theorien explizit bekannt. Es schimmern vielmehr – je nach Grundrecht – einzelne Aspekte der Theorien durch. Vgl. KAUFMANN, S. 478 f.; SALADIN, Wandel, S. 379 ff.

11 Vgl. zu den Vorbehalten gegen die Annahme von Grundrechtstheorien STERN, S. 1689 ff. Zum engen Zusammenhang zwischen Grundrechtstheorien und Grundrechtsfunktionen DERS., S. 1692 f. sowie NIKLAS LUHMANN, Grundrechte als Institution, 4. Aufl. Berlin 1999, S. 38 ff.

12 Vgl. statt vieler AUBERT, Traité und Supplément, Rz. 1750; DERS., Bundesstaatsrecht und Nachtrag, Rz. 1750; DERS., droits fondamentaux, S. 10; HÄFELIN/HALLER, N 1090 ff.; BERNHARD SCHLINK, Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, EuGRZ 1984, S. 457 ff. Vgl. auch die Kritik an diesem angeblich «klassischen» Grundrechtsverständnis bei GRIMM, S. 42 ff. AUER vertritt eine liberal geprägte «kommunitaristische» Freiheitsrechtslehre (vgl. AUER, passim).

13 Die Unterscheidung von «negativem Status» («status libertatis»), «positivem Status» («status civitatis») und «aktivem Status» («Status der aktiven Civität») ist auf GEORG JELLINEK, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Freiburg i.Br. 1892, S. 89 ff. (2. Aufl. Tübingen 1905, S. 94 ff.) zurückzuführen. Vgl. auch DERS., Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. Berlin 1914, S. 418 ff. Zur Rezeption in der Schweiz vgl. KÖLZ, das subjektive öffentliche Recht, S. 745 ff.

genüber dem Staat dar. Nach dem *konstitutiv-institutionellen*[14] Verständnis sind Grundrechte nicht primär subjektive Ansprüche Einzelner, sondern vielmehr «objektive [...] Ordnungsprinzipien für die von ihnen geschützten Lebensbereiche»[15]. Staatliche Tätigkeit und Freiheit des Einzelnen sind nicht mehr als Gegensatzpaar zu verstehen. Der Staat hat vielmehr die Aufgabe, die Grundrechte durch seine Aktivitäten, insbesondere die Gesetzgebung, zu verwirklichen und zu konkretisieren.[16] Das *demokratisch-funktionale* Verständnis erblickt in den Grundrechten eine Sicherung des diskursiven Charakters von Entscheidverfahren im Bereich der politischen Willensbildung.[17] Das *sozialstaatliche* Verständnis will das Auseinanderfallen von rechtlicher und realer grundrechtlicher Freiheit überwinden. Der Staat soll die sozialen Voraussetzungen schaffen, dass der Einzelne seine Grundrechte auch tatsächlich ausüben kann. Grundrechte vermitteln somit einen Anspruch auf staatliche Leistung.[18] Gewissen Grundrechten kommt zudem eine spezifisch *bundesstaatliche* Funktion zu, indem sie die Integration auf Bundesebene ermöglichen sollen und den Bürger, welcher durch kantonale Kompetenzkonflikte Nachteile erleidet, schützen.[19]

In einem engen Zusammenhang mit den verschiedenen Grundrechtstheorien und -funktionen stehen die von JÖRG PAUL MÜLLER entwickelten «Teilgehalte» oder «Normschichten» der Grundrechte.[20] Danach können eine direktanspruchsbegründende, eine programmatische sowie eine flankierende Norm-

14 Konstitutives und institutionelles Grundrechtsverständnis werden teilweise unterschieden, wobei die Unterscheidung nicht immer nach denselben Kriterien erfolgt. Zudem scheint sich in der Schweiz die Koppelung der beiden Begriffe durchgesetzt zu haben: AUER, S. 4; HÄFELIN/HALLER, N 1093 ff.

15 BÖCKENFÖRDE, S. 229. Vgl. auch GEORG MÜLLER, Privateigentum heute, S. 26 ff.; JÖRG PAUL MÜLLER, Elemente, S. 8 f., 13 ff.; RHINOW, S. 430 ff.

16 AUBERT, garantie constitutionnelle, S. 161 ff.; GEORG MÜLLER, Privateigentum heute, S. 27 f. Vgl. schon HUBER, Garantie, S. 193a ff.; DERS., Grundrechte, S. 187.

17 JÖRG PAUL MÜLLER, Demokratische Gerechtigkeit, München 1993, S. 174 f. Vgl. auch BÖCKENFÖRDE, S. 235 ff.; FLEINER/GIACOMETTI, S. 245; GEORG MÜLLER, Privateigentum heute, S. 29 ff.

18 Vgl. BÖCKENFÖRDE, S. 238 ff.; GEORG MÜLLER, Privateigentum heute, S. 31 ff. Zur Frage von Leistungsansprüchen aus Grundrechten vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Soziale Grundrechte in der Verfassung?, 2. Aufl. Basel/Frankfurt a.M. 1981; DANIEL TRACHSEL, Über die Möglichkeiten justiziabler Leistungsforderung aus verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung, Diss. Zürich 1980.

19 Vgl. FLEINER/GIACOMETTI, S. 250; HÄFELIN/HALLER, N 1087; HUBER, Garantie, S. 129a f.

20 JÖRG PAUL MÜLLER, Elemente, S. 46 ff.; DERS., Einleitung, Rz. 40 ff.; DERS., staatsleitende Grundsätze, S. 270 ff. Vgl. auch GEORG MÜLLER, Privateigentum heute, S. 35.

schicht unterschieden werden.[21] Die *direkt-anspruchsbegründende* Normschicht der Grundrechte zeichnet sich aus durch ihre normative Bestimmtheit, ihre Justiziabilität. Sie verleiht dem Einzelnen subjektive Rechte.[22] Nicht entscheidend ist demgegenüber, ob es sich hierbei um Abwehr- oder Leistungsansprüche handelt.[23] Die *programmatische* Schicht bringt zum Ausdruck, dass Grundrechte nicht nur subjektive Ansprüche des Einzelnen darstellen, sondern auch «objektive, fundamentale Gestaltungsprinzipien für das gesamte Staatswesen, für Rechtssetzung und Rechtsdurchsetzung»[24] sind. Eng hiermit verbunden ist die *flankierende Funktion* der Grundrechte bei der einfachen Rechtsanwendung. Hier erhalten die objektiven Prinzipien ihre justiziablen Konturen, und zwar auf dem Wege der verfassungskonformen Auslegung und der Füllung von Lücken oder Generalklauseln im Gesetzesrecht.[25]

2. Zur Frage der «Drittwirkung» von Grundrechten

Mit dem Begriff «Drittwirkung» der Grundrechte wird die Massgeblichkeit von Grundrechten für die Beziehung zwischen Privaten, im Gegensatz zu ihrer Wirkung im Verhältnis Staat-Bürger, umschrieben.[26] Die Auseinandersetzung um diese «Drittwirkung» hat in der Schweizer Lehre Ende der Achtzigerjahre zu einer Kontroverse geführt, welche in ihrer polemischen Art das Feld des wissenschaftlichen Diskurses teilweise verlassen hat.[27] Unter «direkter Drittwirkung» wird verstanden, dass Adressaten der Grundrechte nicht nur der Staat,

21 JÖRG PAUL MÜLLER, Elemente, S. 47 ff.; DERS., Einleitung, Rz. 40 ff. Vgl. auch MARCEL BOLZ, Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte, Diss. Zürich 1991, S. 198 ff.

22 TSCHANNEN, S. 403. Zur Problematik des von JELLINEK (Anm. 13) geprägten Begriffs der «subjektiven öffentlichen Rechte» vgl. FLEINER/GIACOMETTI, S. 242 f.; KÖLZ, das subjektive öffentliche Rechte, S. 749.

23 JÖRG PAUL MÜLLER, Elemente, S. 47 f.; DERS., Einleitung, Rz. 40.

24 JÖRG PAUL MÜLLER, Elemente, S. 48; DERS., Einleitung, Rz. 41. Vgl. auch TSCHANNEN, S. 403.

25 JÖRG PAUL MÜLLER, Elemente, S. 48; DERS., Einleitung, Rz. 43 ff. Vgl. auch GEORG MÜLLER, Privateigentum heute, S. 35.

26 GEORG MÜLLER, Problematik, S. 155.

27 Vgl. den Aufsatz von EUGEN BUCHER, «Drittwirkung der Grundrechte»?, SJZ 83 (1987), S. 37 ff., welcher eine Reihe von Publikationen in der SJZ nach sich zog: RENÉ A. RHINOW, So nicht!, SJZ 83 (1987), S. 99 f.; SUZETTE SANDOZ, Effets horizontaux des droits fondamentaux: une redoutable confusion, SJZ 83 (1987), S. 214 ff.; PETER SALADIN, Grundrechte und Privatrechtsordnung, SJZ 84 (1988), S. 373 ff.; ZÄCH, S. 1 ff., 25 ff. Zur Drittwirkungsproblematik vgl. auch AUBERT, droits fondamentaux, S. 13 f.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. II, Rz. 117 ff.; HUBER, Grundrechte, S. 201 ff.; GEORG MÜLLER, Drittwirkung, S. 233 ff.; DERS., Problematik, S. 155 ff.; INGO VON MÜNCH/PABLO SALVADOR CODERCH/JOSEP FERRER I RIBA, Zur Drittwirkung der Grundrechte, Frankfurt a.M./Berlin/Bern/New York/Paris/Wien 1998.

sondern auch die Privaten sind. Der Begriff «*Dritt*wirkung» ist hier insofern missverständlich, als Private durch diese Ausdehnung des Adressatenkreises gerade den Status als unbeteiligte «Dritte» verlieren. Die «Drittwirkung» wird – aus Sicht des Bürgers – zur unmittelbaren (Erst-)Wirkung, da er selber zum Adressaten der Grundrechte wird.[28] Nach der Lehre von der «indirekten Drittwirkung» sind bei der Auslegung von Normen unterhalb der Verfassungsstufe die Grundrechte zu berücksichtigen. Da es sich hierbei um Normen handelt, welche primär das Verhältnis zwischen Privaten («Dritten») bestimmen, wirken die Grundrechte «indirekt», d.h. durch grundrechtskonforme Konkretisierung des einfachen Gesetzesrechts. Der Begriff «indirekte Drittwirkung» umschreibt somit einen Aspekt der verfassungskonformen Auslegung, also «eine der systematischen Auslegungsmethode zuzuordnende Selbstverständlichkeit»[29]. Es drängt sich auf, von einem juristischen «Scheinproblem»[30] zu sprechen. Berücksichtigt man die Rechtsprechung des Bundesgerichts, so wird dieser Eindruck noch verstärkt. Für die Praxis des Privatrechts hat ROGER ZÄCH nachgewiesen, dass das Verfassungsrecht – insbesondere die Grundrechte – die Lausanner Rechtsprechung von Anfang an beeinflusst hat.[31] Auch in der Lehre des Privatrechts scheint die grundrechtskonforme Auslegung schon lange verwurzelt.[32]

Im Zusammenhang mit der Frage nach der Anerkennung eines Rechts auf Streik hat sich das Bundesgericht erstmals intensiver mit dem Begriff der «Drittwirkung» auseinandergesetzt.[33] In der Begründung dieses Entscheides wies es jedoch darauf hin, dass es bereits in seiner früheren Rechtsprechung «verschiedentlich anerkannt [habe], dass den Grundrechten unter Umständen Wirkung zwischen Privaten zukomm[e]»[34]. Die seitherige Rechtsprechung des Bundesgerichts kann dahingehend zusammengefasst werden, dass die «direkte Drittwirkung» grundsätzlich abgelehnt wird. Sie kann ausnahmsweise dann gegeben sein, wenn die Verfassung dies ausdrücklich vorsieht oder das Privatrecht einen grundrechtsrelevanten Bereich nicht regelt bzw. (echte oder unechte) Lücken aufweist.[35] In der Regel besteht «eine sogenannte Drittwirkung [...] nur

28 Vgl. hierzu AUER, S. 11.

29 AUER, S. 12.

30 GEORG MÜLLER, Drittwirkung, S. 242, welcher der Diskussion um die Drittwirkung allerdings durchaus auch positive Seiten abgewinnen kann.

31 ZÄCH, S. 1 ff., 7. Vgl. auch GEORG MÜLLER, Drittwirkung, S. 238 ff.

32 Vgl. etwa AUGUST SIMONIUS, Ein verkanntes Freiheitsrecht, Bemerkungen zur Rechtsprechung des Bundesgerichts in Boykottfällen, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 33, Basel 1952, S. 261 ff., 275.

33 Vgl. BGE 111 II 245, 253 ff. Der Begriff taucht in BGE 95 II 481, 493 in einer Klammerbemerkung erstmals auf. Vgl. auch die in BGE 107 Ia 277, 280 zitierte Literatur.

34 BGE 111 II 245, 256.

35 BGE 120 V 312, 316.

indirekt in dem Sinne, dass bei der Auslegung von offenen Klauseln im Privat- und Strafrecht gegebenenfalls auch der Gehalt dieses Grundrechtes mitzuberücksichtigen ist»[36].

Vor kurzem hatte sich das Bundesgericht wiederum mit der Frage der Zulässigkeit von Streiks zu befassen.[37] Bemerkenswert ist, dass das Gericht hierbei die Terminologie der «Drittwirkung» nicht mehr verwendet hat. Die Lausanner Richter stellten ganz auf die Regeln der Lückenfüllung ab, wie sie das Zivilgesetzbuch in Art. 1 Abs. 2 und 3 aufstellt. Dass sie dabei neben «bewährter Lehre und Überlieferung» auch die Verfassung und die einschlägigen UNO-Menschenrechtspakte berücksichtigt haben, erschien den Richtern offenbar als Selbstverständlichkeit.[38] Es ist möglich, dass sich das Bundesgericht die Ansicht AUERS zu eigen gemacht hat, «mit dem irreführenden Begriff der Drittwirkung endlich aufzuräumen»[39].

III. Rezeption der Lehre in der neuen Bundesverfassung

1. Wortlaut und Entstehungsgeschichte von Art. 35 BV

Art. 35 BV entspricht – abgesehen vom Sachtitel[40] – dem Entwurf des Bundesrates.[41] Der Artikel war im bundesrätlichen Entwurf mit «Wirkung der Grundrechte» überschrieben und wurde vom Parlament ursprünglich auch so beschlossen.[42] Der Titel «Verwirklichung der Grundrechte» war erst in der von der Redaktionskommission «bereinigten» und für die Schlussabstimmung massgeblichen Fassung enthalten.[43] Ein Minderheitsantrag der nationalrätlichen Verfassungskommission, welche in einem vierten Absatz festhalten wollte, dass dem besonderen Anspruch der Kinder und Jugendlichen auf Förderung, Mitbe-

36 BGE 118 Ia 46, 56.

37 BGE 125 III 277.

38 Bemerkenswert ist insbesondere, dass das Bundesgericht in BGE 125 III 277 mit Bezugnahme auf Art. 1 ZGB den künftig anwendbaren Normen Rechnung trägt und das in Art. 28 Abs. 3 BV verankerte Streikrecht vor seinem Inkrafttreten berücksichtigt hat (283).

39 AUER, S. 12.

40 Der Terminus «Sachtitel» wurde in Anhang 4 der Botschaft VE 96 (S. 554 ff.) und in der parlamentarischen Debatte von Seiten des Bundesrates verwendet. Die Gesetzestechnischen Richtlinien des Bundes (hrsg. von der Bundeskanzlei, Bern 1994) verwenden demgegenüber den Begriff «Sachüberschrift» (Ziff. 212.2).

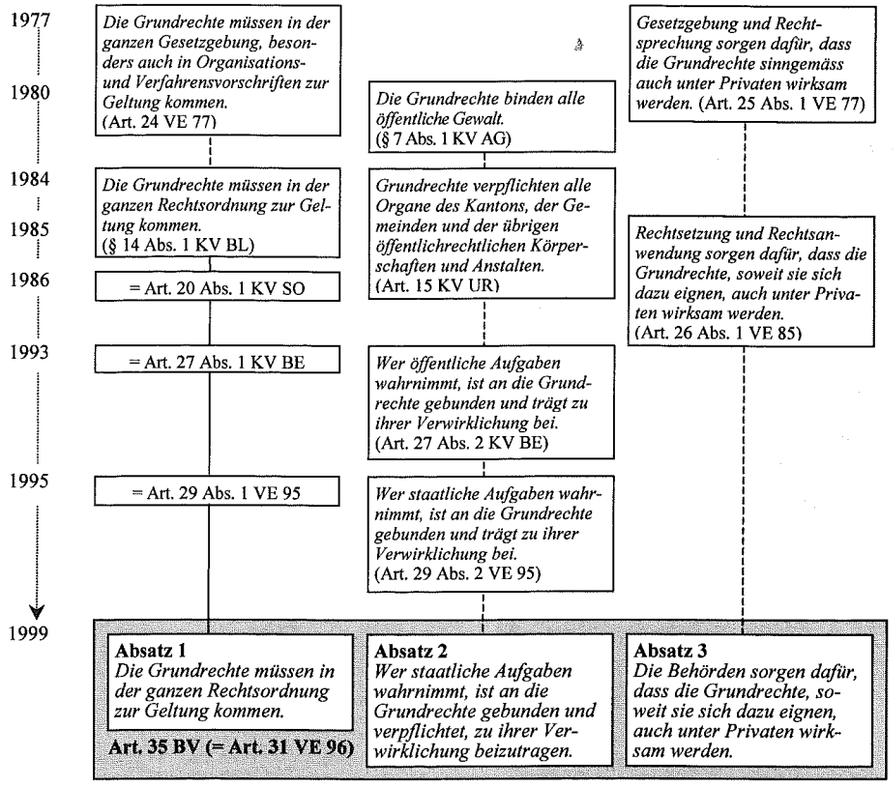
41 Art. 31 VE 96.

42 Vgl. Amtl. Bull. NR 1998, S. 889; Amtl. Bull. SR 1998, S. 52.

43 Der Wechsel von «Wirkung» zu «Verwirklichung» stellt wohl eine Anpassung des deutschen an den französischen Text dar. Der französische Titel («réalisation ...») blieb unverändert. Der italienische Text wurde – ähnlich dem deutschen – von «efficacia ...» in «attuazione ...» umgeändert.

stimmung und Schutz Rechnung zu tragen sei, wurde im Nationalrat unter Hinweis auf den neu geschaffenen Art. 11 BV verworfen.[44] Hiervon abgesehen gab Art. 35 BV im Parlament kaum Anlass zur Debatte.[45]

Bei der Formulierung der Absätze 1 und 2 von Art. 35 BV hat sich der Verfassungsgeber stark an bereits bestehende kantonale Formulierungen angelehnt. Absatz 3 ist demgegenüber auf frühere Entwürfe zu einer revidierten Bundesverfassung zurückzuführen. Die einzelnen Bestimmungen, welche Art. 35 BV Pate gestanden haben, ergeben sich aus der folgenden graphischen Übersicht:



44 Vgl. Amtl. Bull. NR 1998, S. 887 ff.

45 Vgl. Amtl. Bull. NR 1998, S. 889; Amtl. Bull. SR 1998, S. 51 f.

2. Art. 35 BV als Ausdruck eines konstitutiv-institutionellen Grundrechtsverständnisses

Art. 35 und 36 BV sind von ihrer Stellung am Schluss des Grundrechtskataloges sowie von ihren Sachtiteln[46] her als Allgemeiner Teil der Grundrechte konzipiert. Es wird versucht, für den ganzen Grundrechtskatalog gültige Regeln «vor die Klammer»[47] zu ziehen.[48] Dass eine andere Regelungstechnik möglich gewesen wäre, zeigt die EMRK, welche die zulässigen Eingriffe für jede Grundrechtsnorm einzeln umschreibt.[49] Während bei einer solchen Kodifikation die Gefahr unübersichtlicher Regelungen entsteht, kann die Zusammenfassung von «allgemein gültigen» Grundsätzen wegen ihrer Abstraktheit und Unbestimmtheit zu Auslegungsproblemen führen.[50] Es wäre denn auch unrealistisch zu erwarten, dass in einem einzigen Verfassungsartikel das Grundrechtsverständnis erschöpfend erfasst werden könnte. Wie PETER SALADIN zu Normen, welche die rechtliche Funktion von Grundrechten umschreiben, treffend festhielt, «kann es nicht Aufgabe des Verfassungsgebers sein, staatsrechtliche Theorie zu treiben. Gewiss wird die Interpretation von Grundrechtsbestimmungen stets einen weiten Spielraum finden und methodologisch eigene Wege gehen müssen. Stets wird die ‹Technizität› solcher Normen gering sein; denn auch in ihrer Formulierung werden sie sich als ‹Leitgrundsätze› ausweisen müssen.»[51]

Nach Abs. 1 von Art. 35 «müssen» die Grundrechte «in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen». Hier schimmert die Sprache SALADINS durch, der die Ansicht vertrat, Grundrechte «müss[t]en verstanden werden als Verfassungsnormen, welche *bis in die feinsten Verästelungen der Rechtsordnung* ausstrahlen»[52]. Nach der bundesrätlichen Botschaft bringt Abs. 1 zum Ausdruck, dass die Grundrechte «Fundament unserer Rechtsordnung»[53] sind. Umschrieben wird somit der Charakter der Grundrechte als konstitutive Elemente des Staates.[54] Sie sind «die essentiellen Bausteine, das Fundament unseres Staates»[55]. GEORG MÜLLER schreibt zur gleichlautenden Bestimmung der

46 Art. 35 BV: «Verwirklichung *der Grundrechte*», Art. 36: «Einschränkungen *von Grundrechten*» (Hervorhebungen vom Verfasser).

47 GEORG MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 296. Im Falle der Bundesverfassung muss wohl von «*nach* die Klammer ziehen» gesprochen werden.

48 KOLLER, S. 663; vgl. zum Verfassungsentwurf von 1977 KAUFMANN, S. 482.

49 Botschaft VE 96, S. 194; KAUFMANN, S. 482.

50 GEORG MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 302.

51 SALADIN, Funktion, S. 557.

52 SALADIN, Wandel, S. 295 (Hervorhebungen im Originaltext).

53 Botschaft VE 96, S. 192.

54 KOLLER, S. 663. Vgl. zum gleichlautenden Art. 27 Abs. 1 KV BE KÄLIN/BOLZ, S. 306.

55 JÖRG PAUL MÜLLER, Elemente, S. 16.

Berner KV[56]: «Die Bestimmung, dass die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen müssen [...], gibt den *Grundgedanken des Geltungsbereichs und der Wirkungsweise der Grundrechte zutreffend wieder.* Es wird zum Ausdruck gebracht, dass die Grundrechte als ‹überdachendes› Verfassungsrecht für die Gesetzgebung und die Rechtsanwendung in allen Rechtsgebieten – Privatrecht, Strafrecht, öffentliches Recht – in gleicher Weise massgeblich sind»[57]. Abs. 1 kann somit als Umschreibung der programmatischen Normschicht der Grundrechte bezeichnet werden.[58]

Abs. 2 definiert in erster Linie den Adressatenkreis der Grundrechte. Dieser beschränkt sich auf Behörden und Personen, welche «staatliche Aufgaben» wahrnehmen. Einerseits wird dadurch eine «direkte Drittwirkung» der Grundrechte für den Regelfall ausgeschlossen, andererseits wird deutlich gemacht, dass durch die Delegation von staatlichen Aufgaben an Private der Grundrechtsschutz nicht leiden darf.[59] In der Formulierung, dass jeder, der staatliche Aufgaben wahrnimmt, an die Grundrechte «gebunden» ist, kommt indirekt auch die Abwehrfunktion der Grundrechte zum Ausdruck: Diese binden den Staat in all seinen Erscheinungsformen zurück.[60] Zugleich wird betont, dass die Adressaten der Grundrechte aktiv zur Verwirklichung der Grundrechte beizutragen haben. Hier ist einerseits der Gesetzgeber angesprochen, der das Programm der Grundrechte mittels Rechtssetzung zu verwirklichen hat.[61] Andererseits richtet sich die Norm an die rechtsanwendenden Organe, die im Rahmen der Konkretisierung einfachen Gesetzesrechts die flankierende Normschicht der Grundrechte berücksichtigen müssen.

Abs. 3 wiederholt nochmals den programmatischen Charakter der Grundrechte und weist zudem auf ihre flankierende Funktion hin. Die «Behörden» werden aufgefordert, dafür zu «sorgen», «dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden». Diese Bestimmung «wendet

56 Art. 27 Abs. 1.

57 GEORG MÜLLER, Problematik, S. 163 (Hervorhebungen im Originaltext).

58 GEORG MÜLLER (Problematik, S. 163) weist auch darauf hin, dass in der entsprechenden Berner Bestimmung die «indirekte Drittwirkung» miterfasst wird. Die BV hat dieser Wirkungsweise der Grundrechte einen eigenen Absatz gewidmet (vgl. Art. 35 Abs. 3).

59 Vgl. zum Letzteren Botschaft VE 96, S. 193. Siehe auch WEBER-DÜRLER, neue Bundesverfassung, S. 135 f.

60 Das liberal geprägte Grundverständnis der Bundesverfassung findet zudem seinen Ausdruck in der Präambel (*narratio*, Abs. 3 und 6) und im Zweckartikel (Art. 2 Abs. 1).

61 Vgl. zum ähnlich lautenden Art. 27 Abs. 2 KV BE: KÄLIN/BOLZ, S. 306. Die Programmfunktion der Grundrechte für den Gesetzgeber wurde im Datenschutzrecht ausdrücklich in die entsprechenden Regelwerke aufgenommen. Vgl. Art. 1 (Zweckartikel) DSG und Art. 20 VDSG.

sich prioritär an den Gesetzgeber»[62]. Er ist besser geeignet[63] und demokratisch genügend legitimiert[64], die Grundrechte auf Verhältnisse unter den Einzelnen zu transponieren.[65] Aber auch Exekutive und vor allem Judikative sind dazu verpflichtet, den Grundrechten im Rahmen der Ausübung des Ermessens[66] und bei der Konkretisierung von Normen[67] zum Durchbruch zu verhelfen. Hier kommt die flankierende Funktion der Grundrechte zum Ausdruck, diesmal fokussiert auf die staatliche Gestaltung der Verhältnisse unter Privaten. Es wird eine «indirekte Drittwirkung» der Grundrechte statuiert, allerdings ohne Verwendung dieses problembeladenen Begriffs. Aus dem Zusammenhang mit Abs. 2, welcher die Träger «staatlicher» Aufgaben als Adressaten der Grundrechte bezeichnet, und aus der Entstehungsgeschichte[68] von Art. 35 BV wird klar, dass Abs. 3 keine «direkte Drittwirkung» der Grundrechte statuiert.[69]

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass Art. 35 BV in erster Linie ein konstitutiv-institutionelles Grundrechtsverständnis spiegelt und die programmatische und flankierende Normschicht der Grundrechte betont.

62 Botschaft VE 96, S. 193, vgl. auch S. 196 und die Bemerkungen von WEBER-DÜRLER (neue Bundesverfassung, S. 140 f.) zu Art. 36 Abs. 2 BV.

63 GEORG MÜLLER, Drittwirkung, S. 243; DERS., Problematik, S. 164 f.

64 Vgl. das Beispiel bei BIAGGINI, S. 316; siehe auch ARTHUR MEIER-HAYOZ, Strategische und taktische Aspekte der Fortbildung des Rechts, JZ 36 (1981), S. 417 ff., 422.

65 Zur Frage, ob bei Untätigkeit des Gesetzgebers ein subjektiver grundrechtlicher Schutzanspruch besteht, vgl. WEBER-DÜRLER, neue Bundesverfassung, S. 152 ff.; MARTIN PHILIPP WYSS, «Wer Grundrechte ausübt, muss die Grundrechte anderer beachten.», in: Solothurner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1998, Solothurn 1998, S. 59, 66 ff. Noch zur alten BV: BIAGGINI, S. 454.

66 Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Ermessensspielraum der Behörden allerdings sehr weit, wenn es um die Frage geht, ob sie zum Schutz der Grundrechte Einzelner aktiv einzugreifen haben (vgl. BGE 119 Ia 28, 31 = ZBl 94 [1993], S. 378 ff., 380). Vgl. auch AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. II, Rz. 126.

67 Dass «offene» und «unbestimmte» Normen die Rechtsanwendungsbehörden teilweise überfordern, zeigt die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Streikrecht (vgl. oben II.2). Das Bundesgericht konnte sich erst zur Anerkennung des Streikrechts durchringen, nachdem die Weichen vom Verfassungsgeber unwiderruflich in diese Richtung gestellt worden waren. Vgl. auch BIAGGINI, S. 316 f.

68 Vgl. Botschaft VE 96, S. 193; besonders deutlich kommt dies zum Ausdruck im Protokoll der Verfassungskommission Ständerat (Subkommission 2) vom 17. und 18. Februar 1997, S. 65 f.; vgl. auch das Protokoll der Verfassungskommission Nationalrat (Subkommission 2) vom 3. und 4. Juli 1987, S. 38. Weniger klar demgegenüber das Votum DICK MARTYS im Ständerat (Amtl. Bull. SR 1998, S. 51 f.).

69 Vgl. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. II, Rz. 124. Auf eine weitergehende «Drittwirkungs»-Bestimmung, wie sie etwa die Verfassungen der Kantone Aargau (§ 7 Abs. 2), Solothurn (Art. 20 Abs. 3) und Thurgau (§ 9) kennen, wurde dementsprechend verzichtet.

IV. Beschränkter Anwendungsbereich von Art. 35 BV

1. Historisch gewachsene Grundrechte

Es wurde bereits auf die Schwierigkeit hingewiesen, ein Grundrechtsverständnis normativ zu erfassen. Dies muss umso mehr gelten, als es *das* Grundrechtsverständnis der neuen Bundesverfassung nicht gibt. Die Revision verstand sich bewusst als «Nachführung des geltenden Verfassungsrechts»[70] bzw. der «gelebten Verfassungswirklichkeit»[71]. Die neue Bundesverfassung ist wie ihre Vorgängerin ein Konglomerat von Normen, welches in seinem Kern auf die erste Verfassung von 1848 zurückgeht. Sie besteht – worüber die «Nachführung» nicht hinwegtäuschen kann – aus «zeitlich vielen Schichten»[72], ist also «kein in Stein gehauenes Monument»[73], sondern vielmehr eine über Jahrzehnte aufgeschichtete Moräne. Die Nachführung hat ihre Form zwar geglättet und Risse ausgefüllt, die Substanz der Verfassung wurde jedoch nur geringfügig angerührt.

So stellt auch der Grundrechtskatalog kein in sich geschlossenes, homogenes System dar. Jedes der Grundrechte hat seine eigene Entstehungsgeschichte und ist bis zu einem gewissen Grad ein Kind seiner Zeit. Zugleich war und ist jedes der Grundrechte seit seiner Anerkennung einem steten Wandel unterworfen. Dies soll hier anhand eines Beispiels, nämlich des in Art. 33 BV festgehaltenen Petitionsrechts, gezeigt werden. Das Recht, den Behörden ein Anliegen vorzutragen, ohne dass dem Bittsteller hieraus Nachteile erwachsen, lässt sich bis in die englische Bill of Rights von 1689 zurückverfolgen.[74] Das Recht sollte in erster Linie denjenigen schützen, der eine Bittschrift an den Monarchen richtete.[75] Es handelte sich um ein klassisches «Unterthanenrecht»[76]. Dieser ursprüngliche Abwehrgedanke ist im zweiten Halbsatz von Abs. 1 der heutigen Verfassungsbestimmung noch immer enthalten. Das Petitionsrecht war im Gebiet der heutigen Schweiz bis 1798 kaum gewährleistet[77] und fand erstmals Eingang in die Verfassung der helvetischen Republik vom 12. April 1798.[78] Das Petitionsrecht entwickelte sich bis zur Einführung direktdemokratischer Instrumente zu einem wichtigen Mittel politischer Einflussnahme.[79] Das reine Abwehrrecht entfaltete eine neue, demokratische Funktion. Heute sind diese Funktionen in den Hintergrund getreten. Der Einzelne geniesst für seine Äusserungen durch die Meinungsfreiheit[80] umfassenderen Schutz,[81] und die demokratische Funktion wurde durch die direktdemokratischen Mitwirkungsrechte in den Hintergrund gedrängt. Heute dürfte der – wenn auch marginale – Leistungsanspruch auf behördliche Kenntnisnahme von Petitionen im Vordergrund stehen. Diese in Abs. 2 von Art. 33 BV nun ausdrücklich festgehaltene Pflicht der Behörden gibt dem Einzelnen auch ausserhalb von Gerichts- und Verwaltungsverfahren einen minimalen Gehörsanspruch.[82]

70 Botschaft VE 96, S. 29. Vgl. auch vorne Anm. 4.

71 Botschaft VE 96, S. 138 (mit besonderer Bezugnahme auf die Grundrechte).

72 EICHENBERGER, Kommentar aBV, Verfassungsrechtliche Einleitung, Rz. 8.

73 Botschaft VE 96, S. 11.

74 Bill of Rights I, 5: «That it is the right of the subjects to petition the King, and all commitments and prosecutions for such petitioning are illegal.»

75 Vgl. HIS, Bd. I, S. 469 ff.

76 JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI/KARL BRATER (Hrsg.), Deutsches Staatswörterbuch, Stuttgart und Leipzig 1857-1870, Bd. 8, S. 67. Vgl. auch das Votum von Ständerat CARLO SCHMID, Amtl. Bull. SR 1998, S. 50 f.

77 Noch 1794 wurde gegen die Verfasser des «Stäfner Memorials», einer Bittschrift der aufgeklärten Landbevölkerung an die Zürcher Obrigkeit, mit grausamer Härte vorgegangen. Vgl. hierzu KARL DÄNDLIKER, Geschichte der Stadt und des Kantons Zürich, Dritter Band: Von 1712 bis zur Gegenwart, Zürich 1912, S. 84 und 90 ff.

2. Mehrdimensionales Grundrechtsverständnis

Grundrechte können somit mehrere Funktionen zugleich erfüllen. Diese wandeln sich unter Umständen mit der Zeit; neue Funktionen können hinzutreten, andere verblassen. Dasselbe muss für die verschiedenen Normschichten gelten, welche bei den einzelnen Grundrechten unterschiedlich stark ausgeprägt sind.[83] So dürfte der programmatische Gehalt des Petitionsrechts oder der ausführlichen Verfahrensgarantien[84] eher gering sein. Umgekehrt stellen die in Art. 8 Abs. 3 Satz 2 und Art. 8 Abs. 4 BV verankerten Gleichstellungsaufträge in allererster Linie Programme für den Gesetzgeber dar. Auch der in Art. 7 BV garantierte Schutz der Menschenwürde erfüllt primär programmatische Aufgaben. Ob und in welcher Form diese Norm überhaupt direkt-anspruchsbegrün-

78 Art. 96 Abs. 6: «Er selbst [der Statthalter] kann nichts verwilligen; aber er nimmt die Bittschriften der Bürger an und lässt sie an die zuständigen Obrigkeiten gelangen.» Zitiert nach KÖLZ, Quellenbuch, Bd. I, S. 147. Hierzu HIS, Bd. I, S. 471; KÖLZ, Verfassungsgeschichte, S. 132 f.

79 Hierzu HIS, Bd. I, S. 471 ff.; Bd. II, S. 402 ff.; Bd. III, S. 564 f.; KÖLZ, Verfassungsgeschichte, S. 336, 412 ff., 448, 463 f., 475. JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI (Allgemeines Staatsrecht, 2. Aufl. München 1857, Bd. I, S. 3) ordnet das Petitionsrecht den «politischen Rechten» zu. Bemerkenswert ist noch heute die systematische Stellung von Art. 33 BV; der nachfolgende Art. 34 BV behandelt die politischen Rechte.

80 Art. 16 BV.

81 Vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Kommentar aBV, Meinungsfreiheit, Rz. 29.

82 Für das Verhältnis zum rechtlichen Gehör (neu Art. 29 Abs. 2 BV) vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Kommentar aBV, Art. 57 Rz. 1. Schon vor der ausdrücklichen Erwähnung dieser Pflicht zur Kenntnisnahme leitete das Bundesgericht eine solche aus Art. 57 aBV ab: BGE 98 Ia 484, 488 f. (mit zahlreichen Hinweisen).

83 GEORG MÜLLER, Privateigentum heute, S. 35.

84 Insbesondere Art. 30-32 BV.

dend ist, wird wohl erst die Rechtsprechung zeigen.[85] Dasselbe muss für Art. 11 Abs. 1 BV gelten, welcher den besonderen Schutzanspruch von Kindern und Jugendlichen betont.[86] Die Frage, ob ein Grundrecht direkt-anspruchsbegründende, programmatische oder flankierende Normschichten aufweist, muss daher für jedes Grundrecht gesondert bestimmt werden. Eine bestimmte Normschicht in den Vordergrund zu rücken oder von einer eigentlichen «Haupt»funktion der Grundrechte zu sprechen, wäre daher m.E. verfehlt. Würde alleine auf Art. 35 BV abgestellt, so wäre diese Hauptfunktion wahrscheinlich eine programmatische und flankierende. Die Überbetonung dieser Normschichten in der neuen Bundesverfassung ist aber vielmehr als Ausgleich zur Selbstverständlichkeit zu verstehen, dass Grundrechte «einklagbare, unmittelbar anwendbare, subjektive Rechte»[87] sind.[88] Ein Gegengewicht zu Art. 35 setzt zudem Art. 36 BV. Diese Bestimmung, welche die Einschränkungen von Grundrechten regelt, kann ebenfalls nicht auf sämtliche Grundrechte Anwendung finden. Sie ist in erster Linie auf die klassischen «Freiheitsrechte»[89] zugeschnitten, welche dem Einzelnen Abwehransprüche gegenüber dem Staat verleihen.[90] Aus dieser Norm nun den Schluss zu ziehen, dass die Abwehrfunktion Hauptaufgabe der Grundrechte sei, wäre ebenfalls verfehlt. So verleihen gewisse Grundrechte in erster Linie einen Anspruch auf positive staatliche Leistung,[91] stellen quasi das justiziable Pendant

85 Die Botschaft VE 96 (S. 139 ff.) ist diesbezüglich leider verwirrlich. Einerseits wird die «Auffassung des Bundesgerichts», wonach «dieses Grundrecht nicht direkt anwendbar» sei, kritiklos in den Raum gestellt. Andererseits wird behauptet, dass der im Art. 53 Abs. 2 aBV garantierte Anspruch auf ein schickliches Begräbnis neu in Art. 7 BV mitenthalten sei. Vgl. auch KLEY, S. 327 ff. und WEBER-DÜRLER, neue Bundesverfassung, S. 134.

86 Diese Bestimmung wurde nachträglich vom Parlament eingefügt. Inwiefern diese Norm direkt-anspruchsbegründend ist, bleibt vorläufig unklar. Vgl. zum ebenfalls nicht restlos klaren Abs. 2 JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte, S. 422 f. Abs. 2 wird demgegenüber von KLEY (S. 340) begrüsst. Vgl. auch die Kritik bei WEBER-DÜRLER, neue Bundesverfassung, S. 133 f.

87 Votum RENÉ RHINOW, Amtl. Bull. SR 1998, S. 31.

88 Die Botschaft VE 96 (S. 137) bringt dies deutlich zum Ausdruck: «Gemeinsam ist den Grundrechten in diesem 1. Kapitel ihre direkte Durchsetzbarkeit; das heisst, sie können direkt vor einem Gericht eingeklagt werden.»

89 Die Abwehrfunktion steht vor allem im Vordergrund bei Art. 10, Art. 13-18 und 20-28 BV. Vgl. auch WEBER-DÜRLER, neue Bundesverfassung, S. 133, Anm. 12. Zum Petitionsrecht (Art. 33 BV) vgl. vorne IV.1.

90 Nicht aber auf die Rechtsgleichheit, das Willkürverbot, den Vertrauensschutz, gewisse Verfahrensgarantien sowie auf soziale Grundrechte (Botschaft VE 96, S. 194; GRIMM, S. 47 f.; WEBER-DÜRLER, neue Bundesverfassung, S. 133, 151 ff., 154; DIES., Grundrechtseingriff, S. 77 ff.).

91 Insbesondere Art. 12 (Recht auf Hilfe in Notlagen), Art. 19 (Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht), Art. 29 Abs. 3 (Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege), Art. 33 Abs. 2 (Anspruch auf Kenntnisnahme von Petitionen).

zu den in Art. 41 BV niedergelegten Sozialzielen dar.[92] Auch die Wirkung der Grundrechte unter Privaten[93] und ihre Bedeutung für den demokratischen Willensbildungsprozess sind für jedes Grundrecht gesondert zu beurteilen.[94]

Ein solch «differenziertes», «plurifunktionales» oder «mehrdimensionales»[95] Grundrechtsverständnis trägt den historisch gewachsenen Grundrechten sowie dem Willen des Verfassungsgebers, diese im Katalog der neuen Bundesverfassung «nachzuführen», am ehesten Rechnung. Im Gegensatz zu einer eindimensionalen und dadurch holzschnittartigen Auffassung stellt dieses Grundrechtsverständnis «ein wirkungsvolles, sachgerechtes Hilfsinstrument der Konkretisierung»[96] dar.

V. Begriff der «Grundrechte» in der neuen Bundesverfassung

1. Erstmalige Verwendung des Begriffs

Der Begriff «Grundrechte», «droits fondamentaux», «diritti fondamentali» wird in der Schweiz auf Ebene der Bundesverfassung erstmals verwendet. Er war den Verfassungen von 1848 und 1874 unbekannt. Die Systematische Sammlung des Bundesrechts widmete den Grundrechten schon bisher ein eigenes Kapitel[97] und in der Bundesgesetzgebung findet sich der Begriff an verschiedenen Orten.[98]

Der in Art. 53 Abs. 2 aBV garantierte Anspruch auf ein schickliches Begräbnis soll nun neu durch Art. 7 BV (Menschenwürde) geschützt sein (Botschaft VE 96, S. 141).

92 Vgl. hierzu PASCAL MAHON, Droits sociaux et réforme de la Constitution, in: De la Constitution, études en l'honneur de Jean-François Aubert, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, S. 385 ff., der sich hätte vorstellen können, die Sozialziele von Art. 41 BV in den Grundrechtskatalog aufzunehmen, wobei diese Grundrechte dann in erster Linie programmatische Funktionen erfüllt hätten.

93 Einzelne Grundrechte richten sich *direkt* an Private: Art. 8 Abs. 3 Satz 3 (gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit), Art. 28 (Koalitionsfreiheit), Art. 119 Abs. 2 lit. g (Anspruch auf Zugang zu Daten über die Abstammung). Dass nicht alle Grundrechte gleichermassen *flankierende* Wirkung im Privat- und Strafrecht entfalten können, bringt Art. 35 Abs. 3 («soweit sie sich dazu eignen») zum Ausdruck.

94 Dieser Aspekt steht bei Art. 34 BV (Politische Rechte) im Zentrum, spielt jedoch auch bei den auf Kommunikation und Meinungsaustausch gerichteten Grundrechten eine wichtige Rolle.

95 GEORG MÜLLER, Privateigentum heute, S. 35; RHINOW, S. 432; SALADIN, Wandel, S. LVI. RALPH MALACRIDA (Der Grundrechtsverzicht, Diss. Zürich 1992, S. 86 ff.) bezeichnet dieses Verständnis als die in der Schweiz «herrschende Lehre».

96 GEORG MÜLLER, Privateigentum heute, S. 35. Vgl. Botschaft VE 96, S. 138.

97 SR 15. Die eingefügten Erlasse sind das GlG, das BGA, und die entsprechenden Ausführungsverordnungen.

98 Vgl. Art. 3 Abs. 1 BWIS; Einleitung zum 8. Kapitel und Ziff. 93 DR 95; Art. 1 DSG; Art. 20 VDSG; Art. 9 VOD; Art. 4 ZSKV. Die im Kapitel «Grundrechte» (SR 15) eingefügten Erlasse verwenden den Begriff nicht.

Die Bundesverfassung von 1999 überschreibt das 1. Kapitel des 2. Titels mit «Grundrechte», erläutert in Art. 35 deren Wirkungen und hält in Art. 36 die Voraussetzungen zu deren Einschränkung fest. Im Grundrechtskatalog des 1. Kapitels werden die einzelnen Grundrechte aufgezählt. Eine eigentliche Legaldefinition des Begriffs findet sich in der Verfassung aber nicht.

2. Abgrenzung zu den «verfassungsmässigen Rechten»

Neben dem Begriff der Grundrechte finden sich in der Bundesverfassung auch «verfassungsmässige Rechte»[99]. Die «verfassungsmässigen Rechte der Bürger» wurden im Gegensatz zu den «Grundrechten» bereits in der BV von 1874 erwähnt.[100]

Die Begriffe «Grundrecht» und «verfassungsmässiges Recht» wurden bisher oft nicht klar getrennt.[101] Da die Bundesverfassung sie nun erstmals nebeneinander verwendet, drängt sich eine terminologische Abgrenzung auf. Die Unterscheidung ist zudem aus verschiedenen Gründen von praktischer Relevanz.[102] So stellt sich die Frage, ob Art. 35 und 36 BV auch auf die Verwirklichung und Einschränkung von verfassungsmässigen Rechten Anwendung finden.[103] Weiter ist von Bedeutung, welche Rechte nach Art. 189 Abs. 1 lit. a BV beim Bundesgericht geltend gemacht werden können, und welcher Sinn dem Begriff der Grundrechte in der Bundesgesetzgebung[104] zukommt.

Zu den «verfassungsmässigen Rechten» ergeben sich aus der Bundesverfassung und ihrer Entstehungsgeschichte Angaben in zwei Richtungen: einer-

99 Art. 164 Abs. 1 lit. b BV hält fest, dass grundlegende Bestimmungen über die Einschränkung verfassungsmässiger Rechte in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind. Art. 189 Abs. 1 lit. a BV statuiert, dass das Bundesgericht Beschwerden wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte beurteilt.

100 In Art. 5 aBV gewährleistete der Bund den Kantonen die verfassungsmässigen Rechte ihrer Bürger. Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 aBV entsprach sinngemäss Art. 189 Abs. 1 lit. a (und lit. c) der revidierten Bundesverfassung.

101 Vgl. beispielsweise BGE 121 I 367, 370 (Anerkennung des Grundrechts auf Existenzsicherung). In diesem Entscheid mäandriert das Bundesgericht zwischen den – seiner Ansicht nach offenbar synonymen – Ausdrücken «Grundrecht», «verfassungsmässiges Recht» und «Freiheitsrecht». Vgl. auch HUBER, Grundrechte, S. 187 ff., 193 ff.; Art. 9 VOD und Ziff. 93 DR 95.

102 Im Rahmen der ursprünglich geplanten Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit hätte die Unterscheidung zusätzlich an Bedeutung gewonnen, da das Bundesgericht Bundesgesetze im konkreten Anwendungsfall nur auf ihre Grundrechtskonformität hätte prüfen können, nicht aber darauf, ob verfassungsmässige Rechte verletzt sind. Vgl. Amtl. Bull. NR 1999, S. 1012 ff., 2048 ff.; Amtl. Bull. SR 1999, S. 606 f., 979 f.

103 Wobei diese Bestimmungen, wie oben (IV.2) dargelegt, ohnehin nur beschränkt «allgemeine» Geltung beanspruchen können.

104 Art. 3 Abs. 1 BWIS; Einleitung zum 8. Kapitel und Ziff. 93 DR 95; Art. 1 DSG; Art. 20 VDSG; Art. 9 VOD; Art. 4 ZSKV.

seits darüber, welches die Grundlage solcher Rechte ist, und andererseits über die Trägerschaft dieser Rechte. Die Rechte sind «verfassungsmässige», d.h. sie gründen im Verfassungsrecht, sind also nicht auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe verankert. Aus Art. 5 aBV folgt, dass nicht nur das Bundesverfassungsrecht, sondern auch kantonales Verfassungsrecht Grundlage sein kann.[105] Auch die in der EMRK verankerten Rechte gelten gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als «verfassungsmässig»[106]. Die BV von 1874 brachte weiter zum Ausdruck, dass die verfassungsmässigen Rechte solche «der Bürger», also der Privaten sind. In der neuen Verfassung fehlt dieser Zusatz, wobei hierin eine sprachliche Straffung und nicht eine inhaltliche Korrektur zu erblicken ist. Die Botschaft bestätigt dies: «Den Charakter eines verfassungsmässigen Rechts können einzig Normen erlangen, die den Schutz des Einzelnen bezwecken, nicht jedoch Bestimmungen programmatischer Natur. Verfassungsmässige Rechte lassen sich auch umschreiben als Rechte, welche die oder der Einzelne vor Gericht geltend machen kann, die sich nicht allein auf öffentliche Interessen beziehen, sondern auch dem Schutz von individuellen Interessen und Bedürfnissen dienen und deren Schutz durch den Verfassungsrichter sich infolge ihrer Bedeutung geradezu aufdrängt.»[107]

Verfassungsmässige Rechte des Einzelnen finden sich nicht nur im Grundrechtskatalog, sondern auch verstreut in der übrigen Verfassung.[108] Um-

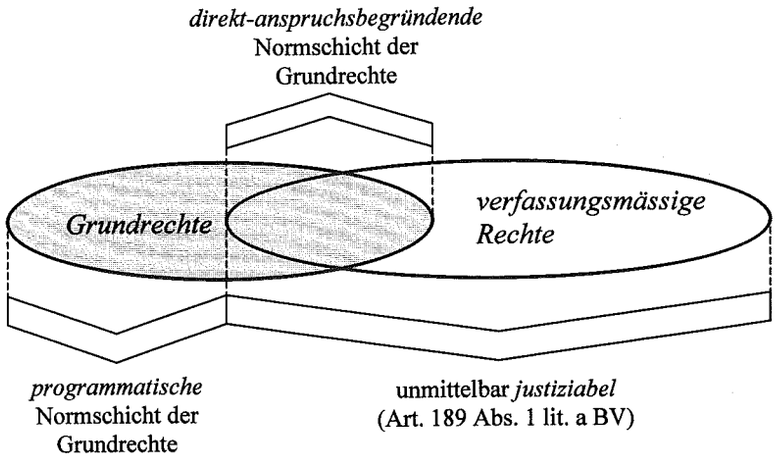
105 Art. 52 Abs. 1 BV, welcher eine Bundesgarantie der kantonalen verfassungsmässigen Ordnung statuiert, nennt die «verfassungsmässigen Rechte» nicht mehr ausdrücklich. Aus der Entstehungsgeschichte geht jedoch klar hervor, dass die bisherige Garantie der kantonalen verfassungsmässigen Rechte auch weiterhin gelten soll (vgl. Botschaft VE 96, S. 219, 425; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, Rz. 1903).

106 BGE 124 III 205, 206.

107 Botschaft VE 96, S. 425. Diese Umschreibung lehnt sich stark an die Definition von WALTER KÄLIN (Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl. Bern 1994, S. 67) an. Vgl. auch AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, Rz. 1894 ff.

108 Art. 37 Abs. 2 (Gleichbehandlung niedergelassener Schweizerbürger), Art. 39 Abs. 4 (maximale Karenzfrist zur Ausübung politischer Rechte), Art. 49 (derogatorische Kraft des Bundesrechts), Art. 59 Abs. 5 (Unterstützungsanspruch versehrter Militär- und Ersatzdienstleistender), Art. 61 Abs. 5 (analoger Anspruch Zivilschutzdienstleistender), Art. 82 Abs. 3 (Anspruch auf gebührenfreie Benützung öffentlicher Strassen), Art. 93 Abs. 3 (Programmautonomie von Radio und Fernsehen), Art. 94 Abs. 4 (Schutz vor Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit; hierzu Bundesrat ARNOLD KOLLER, in: Amtl. Bull. NR 1998, S. 873), Art. 119 Abs. 2 lit. a, b, f und g (Ansprüche im Zusammenhang mit Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich), Art. 122 Abs. 3 (Anspruch auf Vollstreckung rechtskräftiger Zivilurteile), Art. 127 Abs. 1 und 2 (Grundsätze der Besteuerung, welche aus Art. 4 aBV abgeleitet wurden), Art. 127 Abs. 3 (Doppelbesteuerungsverbot), Art. 196 Ziff. 5 ÜbBest (interkantonale Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen). Unklar ist, ob Art. 146 (Staatshaftung) alleine Haftungsansprüche gegenüber dem Bund zu begründen vermag.

gekehrt sind Grundrechte im Bereich der direkt-anspruchsbegründenden Normschicht justiziabel, stellen also verfassungsmässige Rechte dar. Darüber hinaus – und dies bringt Art. 35 BV mit aller Deutlichkeit zum Ausdruck – kommt den Grundrechten aber auch eine programmatische und flankierende Funktion zu, die je nach Grundrecht verschieden stark ausgeprägt sein kann. Grundrechte sind somit nicht eine Teilmenge der verfassungsmässigen Rechte, sondern es bestehen zwei Rechtsgruppen: die verfassungsmässigen Rechte und die Grundrechte.[109] Im Bereich der direkt-anspruchsbegründenden Normschicht überschneiden sie sich. Die programmatische Normschicht der Grundrechte kennzeichnet sich demgegenüber gerade dadurch, dass sie nicht justiziabel ist. Sie kann daher auch nicht als verfassungsmässiges Recht beim Bundesgericht geltend gemacht werden. Graphisch lässt sich dies folgendermassen darstellen[110]:



Hierbei bleibt anzumerken, dass das rein formale Kriterium der Aufzählung im Grundrechtskatalog nicht entscheidend dafür sein kann, ob einem verfassungsmässigen Recht der Charakter eines Grundrechts zukommt.[111] Beim Entscheid,

109 Vgl. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, Rz. 1898.

110 Die flankierende Normschicht der Grundrechte ist hier nicht dargestellt. Sie führt dazu, dass die programmatische Normschicht der Grundrechte «justiziable Konturen» durch die Konkretisierung einfachen Gesetzesrechts erhält: die Justiziabilität äussert sich nicht in einem «verfassungsmässigen Recht» i.S.v. Art. 189 Abs. 1 lit. a BV. Der Weg ans Bundesgericht ist jedoch in der Regel im Rahmen von Art. 190 BV (Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichtsbarkeit) gegeben, weil geltend gemacht werden kann, das jeweilige Bundesrecht sei falsch, d.h. nicht grundrechtskonform, angewandt worden.

111 Vgl. JEAN MORITZ, Commentaire de la constitution jurassienne, Delémont 1997, S. 55; siehe demgegenüber die in den eidgenössischen Räten geäusserte Ansicht, wonach das formale Kriterium der Aufnahme in den Grundrechtskatalog entscheidend sein soll: Voten JOST GROSS (Amtl. Bull. NR 1999, S. 1013 f., 1020), REGINA AMMANN SCHOCH (Amtl. Bull. NR 1999, S. 1015 f.), ALEX HEIM (Amtl. Bull. NR 1999, S. 1017), FRANZ WICKI (Amtl. Bull. SR 1999, S. 606) und BRUNO FRICK (Amtl. Bull. SR 1999, S. 607).

welche Rechte Eingang in den Grundrechtskatalog finden sollen, liessen sich Bundesrat und Parlament nicht alleine von der Frage leiten, ob diesen *grund*legender Charakter zukommt. Als Beispiel mag Art. 119 BV dienen, welcher den Menschen vor Missbräuchen der Gentechnologie schützen will.[112] Diese Norm entspricht praktisch wörtlich dem Art. 24^{novies} aBV. Sie enthält Ansprüche des Einzelnen, welche durchaus als Grundrechte qualifiziert werden können.[113] Daneben umfasst der Artikel aber auch Normen, denen diese Qualität nicht zukommt. Dass Teile von Art. 24^{novies} aBV nicht in den neu geschaffenen Grundrechtekatalog übernommen wurden, ist damit zu erklären, dass diese Bestimmung erst 1992 als Gegenvorschlag zur so genannten «Beobachter»-Initiative angenommen worden war. Das Parlament wollte sie daher möglichst unangetastet in die neue BV integrieren, um das Gesamtprojekt der Totalrevision nicht zu gefährden.[114]

VI. Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass dem Begriff «verfassungsmässige Rechte» in erster Linie prozessuale Bedeutung zukommt. Er umschreibt die Gründe, welche von den Einzelnen im Rahmen einer «Verfassungsbeschwerde»[115] beim Bundesgericht geltend gemacht werden können. Demgegenüber ist der Begriff der «Grundrechte» mehrschichtig. Auch Grundrechte verfügen in der Regel über einen direkt-anspruchsbegründenden Teilgehalt, sind insofern verfassungsmässige Rechte. Daneben stellen sie aber auch objektive Gestaltungsprinzipien dar. Sie verpflichten den Staat, in welcher Form er auch tätig wird, «Grundrechtspolitik»[116] zu betreiben. Diesen letztgenannten Aspekt bringt die neue Bundesverfassung in Art. 35 besonders deutlich zum

112 Neben Art. 119 BV erfüllt vor allem die in Art. 93 Abs. 3 BV festgeschriebene Programmautonomie von Radio und Fernsehen die Funktionen eines Grundrechts. JÖRG PAUL MÜLLER/FRANZISKA GROB (Kommentar aBV, Art. 55bis Rz. 64a) bezeichnen die Programmautonomie als «‹plurifunktionales›, d.h. aus subjektiv- wie objektivrechtlichen Elementen bestehendes Grundrecht». Siehe auch Botschaft VE 96, S. 273 und JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte, S. 272 ff.

113 Vgl. RAINER J. SCHWEIZER, Kommentar aBV, Art. 24^{novies} Rz. 21 ff. und 100 ff. Dieser Autor erblickt in Abs. 2 lit. a und b sogar «Aspekte des *Kerngehalts* der persönlichen Freiheit» (Rz. 33, Hervorhebung im Originaltext).

114 Vgl. die Ausführungen von Bundesrat ARNOLD KOLLER im Ständerat (Amtl. Bull. SR 1998, S. 246).

115 Zum Begriff neuerdings MADELEINE CAMPRUBI, Kassation und positive Anordnungen bei der staatsrechtlichen Beschwerde, Wirkungen und Grenzen des Grundrechtsschutzes in Praxis und Theorie, Diss. Zürich 1999, S. 20.

116 Vgl. hierzu GEORG MÜLLER, Privateigentum heute, S. 43; RHINOW, S. 435 f.

Ausdruck. Darin kann eine gewisse Akzentverschiebung hin zu einem konstitutiv-institutionellen Grundrechtsverständnis erblickt werden. Diese neue Bestimmung darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass jedes Grundrecht seine spezifische Entstehungsgeschichte und Funktion hat. Bei der Konkretisierung der Grundrechtsnormen kann dieser Tatsache nur mit einem differenzierten, mehrdimensionalen Verständnis Rechnung getragen werden. Wer hingegen ein Verständnis entwickeln will, welches für alle Grundrechte gleichermassen verbindlich ist, läuft Gefahr, sich in «abstrakte Theorien [zu] verlieren», welche kaum von praktischem Nutzen sind.

Literaturangaben

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, La *garantie constitutionnelle* des droits fondamentaux et le législateur, in: Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt a.M. 1982, S. 161 ff.

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Les *droits fondamentaux* dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral suisse, Essai de synthèse, in: Menschenrechte Föderalismus Demokratie, Festschrift zum 70. Geburtstag von Werner Kägi, Zürich 1979, S. 1 ff.

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, *Traité* de droit constitutionnel suisse, 2 Bde., Paris/Neuchâtel 1967; *Supplément* 1967-1982, Neuchâtel 1982

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, *Bundesstaatsrecht* der Schweiz, Fassung von 1976 und neu bearbeiteter *Nachtrag*, Bd. II mit Nachtrag bis 1994, Basel/Frankfurt a.M. 1995

AUBERT JEAN-FRANÇOIS/EICHENBERGER KURT/MÜLLER JÖRG PAUL/RHINOW RENÉ A./SCHINDLER DIETRICH (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987-1996 (*Kommentar aBV*)

AUER ANDREAS, Freiheitsrechte im Dreiecksverhältnis zwischen Staat, Gesellschaft und Individuum, ZBl 94 (1993), S. 2 ff.

AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, *Volume I* (L'Etat), *Volume II* (Les droits fondamentaux), Berne 2000

BIAGGINI GIOVANNI, Verfassung und Richterrecht, Basler Diss., Basel/Frankfurt a.M. 1991

BÖCKENFÖRDE ERNST-WOLFGANG, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation (1974), in: DERS. Staat, Gesellschaft, Freiheit (Sammelband), Frankfurt a.M. 1976, S. 221 ff.

FLEINER FRITZ/GIACOMETTI ZACCARIA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, verschiedene Nachdrucke

GRIMM DIETER, Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?, recht 1988, S. 41 ff.

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 4. Aufl. Zürich 1998

HIS EDUARD, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts, Band I (1798-1813), Basel 1920; Band II (1814-1848), Basel 1929; Band III (1848-1914), Basel 1938

HUBER HANS, Über die *Konkretisierung* der Grundrechte, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel/Stuttgart 1972, S. 191 ff.

HUBER HANS, Die *Grundrechte* in der Schweiz, in: KARL AUGUST BETTERMANN/FRANZ L. NEUMANN/HANS CARL NIPPERDEY (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. I, 1. Halbband, Berlin 1966, S. 179 ff.

HUBER HANS, Die *Garantie* der individuellen Verfassungsrechte, ZSR 55 (1936), S. 1a ff.

KÄLIN WALTER/BOLZ URS (Hrsg.), Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern/Stuttgart/Wien 1995

KAUFMANN OTTO K., Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Schweiz, EuGRZ 5 (1978), S. 475 ff.

KLEY ANDREAS, Der Grundrechtskatalog der nachgeführten Bundesverfassung – ausgewählte Neuerungen, ZBJV 135 (1999), S. 301 ff.

KÖLZ ALFRED, Die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde und *das subjektive öffentliche Recht*, in: Mélanges André Grisel, Neuchâtel 1983, S. 739 ff.

KÖLZ ALFRED, Neuere schweizerische *Verfassungsgeschichte*, Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992

KÖLZ ALFRED, *Quellenbuch* zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte, Bd. I, Bern 1992

KOLLER HEINRICH, Der Einleitungstitel und die Grundrechte in der neuen Bundesverfassung, AJP 1999, S. 656 ff.

MÜLLER GEORG, Elemente einer *Rechtssetzungslehre*, Zürich 1999

MÜLLER GEORG, Die *Drittwirkung* der Grundrechte, ZBl 79 (1978), S. 233 ff.

MÜLLER GEORG, Zur *Problematik* der Drittwirkung von kantonalen Grundrechtsgarantien, ZBJV 129 (1993), S. 153 ff.

MÜLLER GEORG, *Privateigentum heute*, Vom Sinn des Eigentums und seiner verfassungsrechtlichen Gewährleistung, ZSR 100 II (1981), S. 1 ff.

MÜLLER JÖRG PAUL, *Grundrechte* in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, 3. Aufl. Bern 1999

MÜLLER JÖRG PAUL, *Einleitung* zu den Grundrechten, in: Kommentar aBV

MÜLLER JÖRG PAUL, *Elemente* einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982

MÜLLER JÖRG PAUL, Grundrechte und *staatsleitende Grundsätze* im Spannungsfeld heutiger Grundrechtstheorie, in: Totalrevision der Bundesverfassung – zur Diskussion gestellt, ZSR 97 I (1978), S. 265 ff.

RHINOW RENÉ A., Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und Freiheitspolitik, in: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 427 ff.

SALADIN PETER, Grundrechte im *Wandel*, Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt, 3. Aufl. Bern 1982

SALADIN PETER, Die *Funktion* der Grundrechte in einer revidierten Verfassung, ZSR 87 I (1968), S. 531 ff.

STERN KLAUS, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III, Allgemeine Lehren der Grundrechte, 2. Halbband, München 1994

TSCHANNEN PIERRE, Amtliche Warnungen und Empfehlungen, ZSR 118 (1999), S. 353 ff.

WEBER-DÜRLER BEATRICE, Grundrechtseingriffe, in: ZIMMERLI ULRICH (Hrsg.), Die *neue Bundesverfassung*, Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft (BTJP 1999), Bern 2000, S. 131 ff.

WEBER-DÜRLER BEATRICE, Der *Grundrechtseingriff*, VVDStRL 57/1998, S. 57 ff.

ZÄCH ROGER, Der Einfluss von Verfassungsrecht auf das Privatrecht bei der Rechtsanwendung, SJZ 85 (1989), S. 1 ff., 25 ff.