

# Rechtsstaatlichkeit im Spiegel der neuen Bundesverfassung

René Rhinow

## I. Einleitung

Niemand wollte bezweifeln, dass die Schweiz auch unter dem Geltungsbereich der neuen Bundesverfassung als Rechtsstaat zu qualifizieren ist. Die Anerkennung der Rechtsstaatlichkeit fällt um so leichter, als ja die Idee der Verfassungsreform in einer Aktualisierung des geltenden Verfassungsrechts, ursprünglich etwas zu eng als «Nachführung» bezeichnet, bestand.

Auch die neue Verfassung verwendet den *Begriff* der Rechtsstaatlichkeit nicht direkt; jedenfalls wurde bewusst darauf verzichtet, eine zusammenführende Auflistung strukturprägender Verfassungsprinzipien in den Verfassungstext aufzunehmen. Dazu zählen traditionellerweise Rechtsstaatlichkeit, Demokratie, Sozialstaatlichkeit und Bundesstaatlichkeit. Offen erscheint, ob dieser Katalog nicht erweitert werden muss. Heute stellen auch die wettbewerbsorientierte wie sozial- und umweltverpflichtete Wirtschaftsordnung sowie der weltoffene, kooperative Verfassungsstaat, eventuell auch das Subsidiaritätsprinzip grundlegende, die Bundesverfassung gestaltende Prinzipien dar. Trotzdem hat der Begriff des Rechtsstaates in adjektivischer Form seinen Niederschlag im Verfassungstext gefunden, denn die Überschrift von Art. 5 BV lautet: «Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns».

Dass das *Prinzip* der Rechtsstaatlichkeit nicht in der Verfassung textualisiert worden ist, hat gute Gründe. Denn nicht nur erscheint die Normativität solcher «Strukturprinzipien» alles andere als geklärt, auch die Tragweite des Rechtsstaatsprinzips als solche und dessen Verwobenheit mit anderen Verfassungsprinzipien, insbesondere mit der Demokratie, bildet ein multiples Ergänzungs-, Komplementaritäts- und Spannungsverhältnis.

Die folgenden Ausführungen beschränken sich – ungeachtet rechtstheoretischer und dogmatischer Fragezeichen – auf einige unbestrittene «essentials» der Rechtsstaatlichkeit und beleuchten deren Verankerung in der neuen Bundesverfassung. Dabei geht es vor allem

- um die *Legitimation* wie *Bändigung der Macht* im Interesse einer Friedensordnung und des Freiheitsschutzes durch das Recht, und damit
- um die *Konstituierung* wie *Bindung jeglicher Staatsgewalt* an das Recht.

Zur so verstandenen Rechtsstaatlichkeit sind namentlich zu zählen:

- die Verfassungsstaatlichkeit,
- die Grundrechte,
- die Gewaltengliederung,
- die Anerkennung von Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns,
- die Verteilung der Regelungsbefugnisse zwischen Parlament und Regierung sowie
- der Rechtsschutz.

## II. Verfassungsstaatlichkeit

Die Verfassungsstaatlichkeit bildet das *Fundament des Rechtsstaates*. Die Verfassung ist oberste nationale Rechtsquelle, Gefäss grundlegender Wertentscheidungen und strukturprägender Grundsätze, Ausdruck des gesellschaftlichen Grundkonsenses, den Staat Schweiz konstituierendes, legitimierendes und limitierendes Fundament, Stabilität gewährleistende wie Flexibilität eröffnende Grösse. Die Bundesverfassung ist zudem sowohl Inbegriff erhabener Grundsätzlichkeit als auch Fechtboden der Tagespolitik! Diese Verfassung erscheint nun in einem neuen, nicht bloss ausgebesserten Kleid. Und in diesem ansehnlichen Kleid steckt Altes wie auch etliches Neues, vor allem aber mehr *Transparenz, Übersichtlichkeit und Klarheit*. Hierin liegt ein erster grosser Gewinn für die Rechtsstaatlichkeit, indem das Verfassungsrecht in bedeutend grösserem Umfang als vorher grundsätzliches Recht, werthaltige Grundnormen anschaulich macht und in einem höheren Verständlichkeitsgrad ausweist.

Das Ziel, ungeschriebenes Verfassungsrecht zu konkretisieren und verfassungswürdiges Gesetzesrecht auf die Stufe des Verfassungsrechts zu heben, ist auf weite Strecken gelungen und trägt so zur Stabilisierung und Rechtssicherheit bei. Die «unsichtbare» Konstitutionalisierung von Völkerrecht, insbesondere von Grundrechten der EMRK und der Praxis des EGMR, vor allem aber auch die Anerkennung und Verankerung des zwingenden Völkerrechts als Schranke jeglicher Verfassungsrevision, bringt die Scharnierfunktion der Verfassung zwischen nationalem und internationalem Recht ins Bewusstsein und legt Zeugnis davon ab, dass das «Recht» der Rechtsstaatlichkeit nicht an den nationalen Grenzen Halt machen kann.

Mit der Aufnahme eigentlicher *rechtsstaatlicher Grundsätze* (Art. 5 BV), dem ausführlichen und detaillierten *Grundrechtskatalog*, dem neuen «*allgemeinen Teil*» der *Bundesstaatlichkeit* und den entschlackten und neu gegliederten *Bundeskompetenzen* und *Bundesaufgaben*, der aktualisierten Verteilung der Zuständigkeiten von Bundesversammlung und Bundesrat auf der Basis eines *modernen Verständnisses der Gewaltengliederung*, der Klärung und Präzisierung der *Handlungs- und Rechtsformen von Parlament und Regierung*, der *Optimierung des Rechtsschutzes* auf Verfassungsebene – mit diesen Errungenschaften ist es zweifellos gelungen, die Idee des Verfassungsstaates und damit gleichzeitig auch der Rechtsstaatlichkeit zu stärken.

## III. Grundrechte

Die Gewährleistung der Menschenrechte gehört zu den tragenden Stützen der Rechtsstaatlichkeit. Der neue Grundrechtskatalog der Bundesverfassung bringt dies offenkundig und überzeugend zum Ausdruck. Im Vergleich mit der alten Verfassung, aber auch mit vielen anderen Verfassungen demokratischer Staaten zeichnet er sich in mehrfacher Hinsicht aus:

Ein *ausführlicher Katalog* versucht, alle zur Zeit in der Schweiz geltenden Grundrechte des nationalen wie des internationalen Rechts zu verankern. Dabei konstitutionalisiert er auch Gehalte der EMRK und der beiden UNO-Menschenrechtspakte. Die künftige Anerkennung ungeschriebener Grundrechte soll damit zwar nicht ausgeschlossen sein, doch scheint sie auf absehbare Zeit als wenig wahrscheinlich.

Dafür spricht namentlich, dass der Grundrechtskatalog mit einer *Menschenwürdeklausel* eingeleitet wird (Art. 7 BV), die nach meinem Verständnis eine dreifache Bedeutung aufweist: Sie ist einmal *Konstitutionsprinzip* des Staates überhaupt, denn alle Staatsgewalt ist auf die Menschenwürde ausgerichtet und erhält ihre Legitimation durch deren Achtung und Schutz. Insofern hätte sie einen noch prominenteren Platz in der Verfassung, nämlich in den allgemeinen, einleitenden Bestimmungen, verdient. Dann erscheint sie als grundlegender Ausgangspunkt und *Leitstern für die Konkretisierung* aller (anderen) Grundrechte; diese sind im Lichte der Menschenwürde auszulegen. Drittens enthält sie aber auch eine *direkte anspruchsbegründende Schicht*, bildet also ein subsidiäres Auffanggrundrecht, wo der Geltungsbereich anderer Grundrechte nicht ausreicht, um das Individuum in seiner Selbstachtung und vor Erniedrigung und unmenschlicher Behandlung zu schützen.

Der Grundrechtskatalog enthält eigentliche *Freiheitsrechte*, die *Rechtsgleichheit* und andere Gerechtigkeitsgebote sowie *soziale Grundrechte*. Dazu zählen das Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV), in der früheren, aber jungen Praxis des Bundesgerichts als Recht auf Existenzsicherung anerkannt, ein nun als Individualrecht ausgewiesener Anspruch auf Grundschulunterricht (Art. 19 BV) sowie das Recht auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV). Demgegenüber vermitteln die Sozialziele (Art. 41 BV) keine durchsetzbaren Individualansprüche. Ebenfalls in den Katalog aufgenommen wurden die Garantie der *Politischen Rechte*, insbesondere die Wahl- und Abstimmungsfreiheit (Art. 34 BV), sowie grundlegende *Verfahrensgarantien*, die früher vor allem aus Art. 4 und 59 aBV, aber auch aus der EMRK (Art. 5 und 6) abgeleitet werden mussten.

Bei den Freiheitsrechten finden sich einzelne Grundrechte mit *neuem Gehalt* oder doch geschärften Konturen, so etwa das Recht auf Datenschutz (oder informationelle Selbstbestimmung; Art. 13 Abs. 2 BV), das Redaktionsgeheimnis (Art. 17 Abs. 3 BV) und die Sprachenfreiheit (Art. 18 BV), die vor kurzem noch in den eidg. Räten im Rahmen des neuen Sprachenrechts abgelehnt wurde. Ein neuer Jugendartikel (Art. 11 BV) befindet sich im Grenzbereich von Freiheitsrecht und Sozialrecht; vor allem aber bedarf er noch der klärenden Deutung und Entfaltung in Lehre und Rechtsprechung.

Umstritten war vor allem das im Zusammenhang mit der Koalitionsfreiheit eingeführte *Streikrecht* (Art. 28 Abs. 2-4 BV), das sich auf eine im Fluss befindliche Gerichtspraxis und einer herrschenden Lehre abstützte, aber dessen Grundrechtsnatur bis heute umstritten ist.

Die früher in Art. 4 aBV verankerte *Rechtsgleichheit* (Art. 8 BV) und die aus ihr abgeleiteten Gerechtigkeitsgebote haben eine akzentuierte Verankerung erfahren. Neben das allgemeine Gleichheitsgebot tritt nun ein spezielles Diskriminierungsverbot mit einer exemplikativen Aufzählung der Entwürdigung besonders ausgesetzter Gruppen.

Das *Willkürverbot* wie auch der Schutz von *Treu und Glauben* (Art. 9 BV) wurden als eigenständige Grundrechte ausgestattet, die als verfassungsmässige Rechte den Zugang zum Bundesgericht garantieren sollen – was das höchste Gericht allerdings nicht daran hinderte, seine bisherige restriktive Praxis beim Willkürverbot in klarer Missachtung des Willens des Verfassungsgebers beizubehalten.

Dogmatisch interessant sind zwei Verfassungsartikel, die zu den allgemeinen Grundrechtslehren gehören und welche die Verwirklichung und die Einschränkung von Grundrechten zum Gegenstand haben. In Art. 35 BV wird die konstitutiv-objektivrechtliche Funktion

der Grundrechte als überdachende Prinzipien, die in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen müssen, anerkannt. Zudem sind alle Träger staatlicher Aufgaben an die Grundrechte gebunden und zur Grundrechtsverwirklichung verpflichtet – eine klare Basis für eine Grundrechtsverantwortung des Staates, die in der modernen Lehre unter dem Stichwort der Schutzpflichten thematisiert wird (Abs. 2). Schliesslich wird die indirekte Drittwirkung der Grundrechte verankert, also ihre Wirksamkeit auch zwischen Privaten, dies aber nach dem Wortlaut der Verfassung nur, «soweit sie sich dazu eignen» (Abs. 3).

Eine allgemeine Regelung über die *Grundrechtsschranken* schliesslich enthält Art. 36 BV. Er übernimmt die in der Lehre und Praxis anerkannten Voraussetzungen, greift aber insofern zu weit, als diese Schranken vor allem für Freiheitsrechte entwickelt worden sind und für die übrigen Grundrechte nicht oder nur bedingt Geltung beanspruchen können. Bemerkenswert erscheint die ausführliche Erwähnung der Kerngehaltsgarantie als absolute Schranke für Grundrechtseingriffe.

#### IV. Gewaltengliederung

Der Grundsatz der Gewaltengliederung gehört – als fundamentales Rechtsprinzip des «gemeineuropäischen Verfassungsrechts» – zum rechtskulturellen «Gedächtnisraum Europas» (PETER HÄBERLE). Auch der neuen Bundesverfassung liegt er als *konstituierender Organisationsgrundsatz* zugrunde. Doch so anerkannt der Grundsatz als solcher erscheint, so offen und strittig ist seine dogmatische wie reale Tragweite. Deshalb hat die neue wie die alte Verfassung zu Recht davon abgesehen, ihn zu textualisieren. Seine klassische Grundidee kommt aber deutlich zum Ausdruck: die *Mässigung der Macht* durch checks and balances im Interesse der Rationalität der politischen Entscheidungen und der *Freiheit der Menschen*.

Doch die Bundesverfassung macht auch und vermehrt als früher deutlich, dass es bei der Gewaltengliederung nicht nur um Teilung, sondern auch und gerade um *Zusammenarbeit* zwischen Parlament und Regierung geht, und dass diese Gewaltengliederung zwischen Bundesversammlung und Bundesrat nicht dieselbe sein kann wie diejenige zwischen diesen «politischen» Organen einerseits und den Justizbehörden, vor allem dem Bundesgericht, andererseits. Im Prozess der Verfassungsreform wurde auch offenkundig, wie stark Funktionen an Bedeutung gewonnen haben, die sich (teilweise seit jeher) dem klassischen Prinzip entzogen haben: die *Staatsleitung* und die *Aussenpolitik*, die Parlament und Regierung quasi «zu gesamter Hand» zustehen, dann die *Budgetgewalt*, die *Wahl des Bundesrates*, die *Oberaufsicht*, die sich immer mehr vordrängende *Steuerung* durch Ressourcen und Aufträge sowie schliesslich die *Evaluation* staatlicher Massnahmen.

Gewaltenteilung, Gewaltenhemmung, Gewaltenkooperation, Gewaltenkontrolle – alle diese Teilgehalte des Gliederungsprinzips finden sich in der neuen Verfassung. Dabei sticht heraus, dass die Stellung der Bundesversammlung gestärkt wurde,

- etwa mit dem neuen *materiellen Gesetzesvorbehalt* und der Einschränkung der Delegationsbefugnisse (Art. 164 Abs. 1 BV),
- mit den ausgeweiteten Kompetenzen der Bundesversammlung in der *Aussenpolitik* (Art. 166 BV),

- mit den verstärkten *Kontrollbefugnissen*, denen unter Umständen vom Bundesrat keine Geheimhaltungspflichten entgegengehalten werden können (Art. 169 Abs. 2 BV),
- mit der Möglichkeit des Parlamentes, durch *Auftragserteilung* auch in den Zuständigkeitsbereich von Bundesrat und Bundesverwaltung einzuwirken (Art. 171), und
- mit der Pflicht der Bundesversammlung, die Massnahmen des Bundes auf ihre *Wirksamkeit* hin zu überprüfen (Art. 170 BV).

Auf deren anderen Seite wurde auch die Stellung des *Bundesgerichts* als oberste rechtsprechende Behörde des Bundes aufgewertet (Art. 188 BV). Eine ausdrückliche objektive Garantie der Unabhängigkeit der Justiz auf Verfassungsebene findet sich aber – abgesehen von der personellen Unabhängigkeit in Art. 144 BV – eigentümlicherweise erst in Art. 191c, der im Rahmen der Justizreform am 12. März 2000 von Volk und Ständen angenommen, aber bis heute noch nicht in Kraft gesetzt worden ist. In der geltenden Verfassung wird die justizielle Unabhängigkeit immerhin als verfassungsmässiges individuelles Verfahrensrecht anerkannt (Art. 28 BV).

## V. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns

Die neue Verfassung unternimmt den originellen Versuch, Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns zu textualisieren. Art. 5 BV verpflichtet den Staat allgemein auf das Recht: «Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht» (Abs. 1). Man kann hier die *Verankerung der Rechtsstaatlichkeit schlechthin* erblicken. Jedenfalls findet das Legalitäts- oder besser Rechtmässigkeitsprinzip an dieser Stelle seine allgemeine Verankerung. Welche Anforderungen an das «Recht» zu stellen sind, das sowohl Grundlage wie Schranke des staatlichen Handelns bilden soll, muss in anderen Verfassungsnormen, in der Gesetzgebung sowie in der Praxis, namentlich des Bundesgerichts, konkretisiert werden.

Zum «Recht» gehört auch das *Völkerrecht*. Gemäss Art. 5 Abs. 4 BV haben Bund und Kantone das Völkerrecht zu beachten. Damit verankert die Bundesverfassung den Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts vor dem Landesrecht – ein erfreuliches Bekenntnis zur Internationalisierung des Rechts. Der sybillinische Begriff des «Beachtens» verweist aber auf die Komplexität der Problematik: Es konnte bei der Verfassungsreform nicht darum gehen (und könnte auch gar nicht gelingen), das Verhältnis von internationalem und nationalem Recht durchgängig zu regeln. Teilweise finden sich in der Verfassung spezielle Normierungen, etwa bei der Bindung aller Organe sowie von Volksinitiativen an die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts (Art. 193 Abs. 4 und 194 Abs. 2, 139 Abs. 3 BV), und bei der Massgeblichkeit des Völkerrechts (wie auch der Bundesgesetze) für alle rechtsanwendenden Organe (Art. 191 BV). Im Wesentlichen wird die Konkretisierung des Vorrangprinzips weiterhin durch Lehre und Praxis vorzunehmen sein.

Zu den rechtsstaatlichen Grundsätzen zählt Art. 5 BV auch die Prinzipien des *öffentlichen Interesses* und der *Verhältnismässigkeit* (Abs. 2) sowie von *Treu und Glauben* (Abs. 3). So bilden die früher aus Art. 4 aBV abgeleiteten oder als ungeschriebenes Recht anerkannten, auch als Grundprinzipien des Verwaltungsrechts qualifizierten Grundsätze nun explizite *Verfassungsprinzipien*, die an anderer Stelle der Verfassung wieder aufgenommen und konkretisiert werden: Legalitätsprinzip, öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit bei den Vo-

raussetzungen für Grundrechtsbeschränkungen (Art. 36), Treu und Glauben als Individualrecht bei den Grundrechten (Art. 9), das Legalitätsprinzip zudem als materieller Gesetzesvorbehalt bei den Erlassformen der Bundesversammlung (Art. 164 BV) und in weiteren Bestimmungen. Zu diskutieren wird sein, ob die verfassungsmässige Verankerung rechtsstaatlicher Prinzipien in dieser Allgemeinheit den Unterschieden gerecht zu werden vermag, welche das staatliche Handeln prägen (so insbesondere beim Verhältnismässigkeitsgrundsatz).

Zu den rechtsstaatlichen Prinzipien kann zudem der Grundsatz der *Staatshaftung* gezählt werden, der ebenfalls neu mit der Wendung im Verfassungsrecht verankert ist, der Bund hafte für Schäden, die seine Organe in Ausübung amtlicher Tätigkeiten widerrechtlich verursachen (Art. 146 BV). Angesprochen ist hier – kompetenzgemäss – nur der Bund.

## **VI. Zur Verteilung der Regelungsbefugnisse zwischen Parlament und Regierung (Rechtsetzungsformen und Legalitätsprinzip)**

Aus rechtsstaatlicher Sicht begrüssenswert ist der Versuch, die Handlungsformen von Bundesversammlung und Bundesrat zu klären und teilweise neu zu ordnen. Rechtsetzende Bestimmungen sind in *Bundesgesetze* oder *Verordnungen* zu kleiden. Verordnungen können von der Bundesversammlung oder vom Bundesrat erlassen werden (Art. 163 Abs. 1; 182 Abs. 1 BV).

Die Bundesversammlung hat rechtsetzende Bestimmungen grundsätzlich in der Form von *Bundesgesetzen* zu erlassen. Zwingend ist dies bei wichtigen Anordnungen. Die dringlichen Bestimmungen, ebenso wie die befristeten Rechtssätze, sind nun ebenfalls in Bundesgesetze zu kleiden; die «Unfigur» des allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses entfällt (Art. 165 BV). Verordnungen der Bundesversammlung bedürfen einer Ermächtigung in einem Bundesgesetz (Art. 164 Abs. 2 BV). Die nicht-rechtsetzenden Bestimmungen der Bundesversammlung ergehen in der Form des referendumpflichtigen *Bundesbeschlusses* oder des nicht referendumpflichtigen *einfachen Bundesbeschlusses* (Art. 163 Abs. 2 BV).

Der Bundesrat erlässt wie bisher sowohl *selbständige Verordnungen*, gestützt auf eine Ermächtigung in der Bundesverfassung, so insbesondere die Vollziehungsverordnung (Art. 182 Abs. 2 BV), als auch sog. *gesetzesvertretende Verordnungen* auf der Basis einer gesetzlichen Ermächtigung (Art. 164 Abs. 2., 182 Abs. 1 BV).

Die neue Verfassung widmet sich, wie bereits ausgeführt, gleich mehrfach dem Grundsatz der *Gesetzmassigkeit* des Verwaltungshandelns. In Art. 5 Abs. 1 BV tritt er als allgemeines Rechtmässigkeitsprinzip in Erscheinung. Bei den Grundrechtsschranken (Art. 36 Abs. 1 BV) wird die bisherige Praxis übernommen, dass alle Eingriffe einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, schwerwiegende Eingriffe indessen im Gesetz selbst, d.h. im sog. formellen Gesetz, vorgesehen sein müssen. Der gesetzlichen Grundlage gleichgestellt wird explizit die polizeiliche Generalklausel, d.h. die Existenz einer «ernsten, unmittelbaren und nicht anders abwendbaren Gefahr», die damit eine verfassungsrechtliche Umschreibung erfährt.

Nach Lehre und Rechtsprechung enthält das Legalitätsprinzip verschiedene Teilgehalte: das Erfordernis der *rechtsatzmässigen Grundlage*, das Erfordernis der *Gesetzesform*, und, damit verbunden, das *Bestimmtheitsgebot* und die *ingeschränkte Zulässigkeit einer Geset-*

*zesdelegation*. Für das Bundesrecht beschreitet die Bundesverfassung nun zum Teil neue Wege.

Einmal wird der *Gesetzesvorbehalt*, wie er in der Gerichtspraxis entwickelt worden ist, neu gefasst und konkretisiert. Art. 164 Abs. 1 BV schreibt ausdrücklich vor, dass alle wichtigen rechtsetzenden Normen in einem *Bundesgesetz* zu erlassen sind. In einem exemplifikativen Katalog wird näher umschrieben, was unter wichtigen Bestimmungen zu verstehen ist. Es handelt sich um grundlegende Bestimmungen über die Ausübung der politischen Rechte (Bst. a), die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte (Bst. b), die Rechte und Pflichten von Personen (Bst. c), den Kreis der Abgabepflichtigen sowie den Gegenstand und die Bemessung von Abgaben (Bst. d), die Aufgaben und die Leistungen des Bundes (Bst. e), die Verpflichtungen der Kantone bei der Umsetzung und beim Vollzug des Bundesrechts, (Bst. f), die Organisation und das Verfahren der Bundesbehörden (Bst. g).

Dieser Katalog ist gewiss interpretationsbedürftig; interessant erscheint aber vor allem, dass damit die sog. *Leistungsverwaltung* ausdrücklich mit eingeschlossen wird. In Art. 164 Abs. 2 BV findet auch die Gesetzesdelegation eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Basis, doch darf die Befugnis zum Erlass wichtiger Bestimmungen nicht auf die Bundesversammlung oder den Bundesrat übertragen werden. Als weitere *Neuerungen* im Bereich des Legalitätsprinzips sind zu erwähnen:

- Die sog. *Notverordnungen* und *Notverfügungen* des Bundesrates (Art. 185 Abs. 3 BV), aber auch der Bundesversammlung (Art. 173 Abs. 1 Bst. c BV), haben eine verfassungsrechtliche Grundlage erhalten, wobei die Voraussetzungen nicht gleich umschrieben werden wie bei der polizeilichen Generalklausel in Art. 36 Abs. 1 BV. Beim Notrecht wird das *Ziel* umschrieben: Begegnung von «eingetretenen und unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit», bei Art. 36 BV demgegenüber das *Motiv* des Grundrechtseingriffs.
- Das *Legalitätsprinzip im Abgabebereich* wird gleich doppelt verankert: Allgemein müssen bei der Erhebung von *Abgaben* die grundlegenden Bestimmungen über den Kreis der Abgabepflichtigen sowie über den Gegenstand und die Bemessung von Abgaben im Bundesgesetz selbst normiert werden (Art. 164 Abs. 1 Bst. d BV). Eine Ausnahme für blosser *Kanzlei- oder Kontrollgebühren* wird nicht eingeräumt. Bei den *Steuern* werden diese Voraussetzungen in einem besonderen Artikel wiederholt, allerdings mit einer Präzisierung: hier ist die *Ausgestaltung* der Steuern überhaupt (und nicht nur der Kreis der Steuerpflichtigen sowie der Gegenstand wie die Bemessung der Steuern) in ihren Grundzügen im Gesetz zu regeln (Art. 127 Abs. 2 BV).
- Die Verfassung verweist auch an anderen Stellen auf das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage, teilweise in Ergänzung zum «Wichtigkeitskatalog» von Art. 164 Abs. 1 BV, um der rechtsstaatlichen und demokratischen Funktion des Legalitätsprinzips Gewicht zu verleihen, so etwa beim *Streikrecht* (Art. 28 Abs. 4 BV), beim *Öffentlichkeitsprinzip* für die Sitzungen der Eidgenössischen Räte (Art. 158 BV) und für Gerichtsverhandlungen (Art. 30 Abs. 3 BV) oder bei den *Voraussetzungen des Freiheitsentzuges* (Art. 31 Abs. 1 BV).
- Während vor Inkrafttreten der neuen Verfassung die (kantonalen oder kommunalen) Behörden auch ohne gesetzliche Grundlage den *gesteigerten Gemeindegebrauch an öffentli-*

*chen Sachen* bewilligungs(einhol)pflichtig und die Sondernutzung konzessionspflichtig erklären konnten, verlangt die geltende Verfassung eine Rechtsgrundlage nach Art. 36 BV, wenn öffentlicher Grund in Ausübung von Freiheitsrechten in Anspruch genommen wird (wie z.B. gestützt auf die Meinungs-, Versammlungs- oder Wirtschaftsfreiheit).

- Keine expliziten Aussagen lassen sich der Verfassung über die Geltung des Legalitätsprinzips bei der sog. *Bedarfsverwaltung* entnehmen, wo es nach wohl herrschender Lehre bislang nicht zum Zuge kam, und in der *Aussenpolitik*, wo es umstritten ist. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 164 Abs. 1 BV, insbesondere von Bst. e («Aufgaben» des Bundes) müssen auch hier grundlegende Bestimmungen in Gesetzesform ergehen, sofern es sich um Rechtssätze handelt.
- Hingegen erscheint die Rechtslage bei den *Ausgaben* des Bundes nicht restlos klar: Art. 164 Abs. 1 Bst. e BV erwähnt auch die «Leistungen» des Bundes, demgegenüber beschliesst die Bundesversammlung über die Ausgaben und setzt den Voranschlag fest (Art. 167 BV). Ein Finanzreferendum schreibt die Bundesverfassung nach wie vor nicht vor, ermöglicht aber dessen Einführung auf Gesetzesebene (Art. 164 Abs. 2, 173 Abs. 1 Bst. h BV).

## VII. Rechtsschutz

Die Ausgestaltung des *Rechtsschutzes*, namentlich der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, aber auch des Verfahrensrechts allgemein stellt einen wichtigen Pfeiler der Rechtsstaatlichkeit dar.

Im Folgenden beschränke ich mich auf drei Bemerkungen zur *Verfassungsgerichtsbarkeit*<sup>1</sup>:

Mit der Konstitutionalisierung und «*Katalogisierung*» der *Grundrechte* und vor allem auch mit der bedeutsamen Verbesserung des Grundrechtsschutzes eröffnen sich der Verfassungsgerichtsbarkeit *neue Spielräume der Konkretisierung* und Weiterentwicklung. Ich denke etwa an die Menschenwürdeklausel, das Diskriminierungsverbot, das Willkürverbot, den Schutz vor Datenmissbrauch, den Anspruch auf Grundschulunterricht, das Streikrecht und allgemein an das Gebot der Grundrechtsverwirklichung in Art. 35 BV. Dies gilt erst recht nach Inkrafttreten der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV).

Das ausdrückliche Gebot der Beachtung des Völkerrechts, insbesondere des absoluten Vorrangs des zwingenden Völkerrechts, könnte das Bundesgericht ermutigen, seine – im allgemeinen – *völkerrechtsfreundliche Praxis weiterzuentwickeln*, etwa mit einer extensiven völkerrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts und einer restriktiven Handhabung von Art. 191 BV.

Oft ist immer noch zu hören oder gar zu lesen, auf Bundesebene existiere keine Verfassungsgerichtsbarkeit, weil die sog. Massgeblichkeit der Bundesgesetze gemäss Art. 191 BV im Wege stehe. Dass diese Aussage schon deshalb falsch ist, weil im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit gegen Verfügungen der Bundesbehörden oder im Verfahren der staats-

<sup>1</sup> Zum Verfahrensrecht in der neuen BV vgl. den Artikel von TOBIAS JAAG ... [Verlag bitte ergänzen!]



rechtlichen Klage auch Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit wahrgenommen werden, muss hier nicht näher erläutert werden. Indessen ist auf die *neuere Praxis des Bundesgerichtes* hinzuweisen, welche die Bindung an Bundesgesetze dann leerlaufen lässt, wenn diese – im Rahmen der konkreten Normenkontrolle – auf Übereinstimmung mit direkt anwendbaren *Garantien der EMRK* zu überprüfen sind. Dies führt dazu, dass im Bereich der von der EMRK geschützten Grundrechte, nicht aber bei den ausschliesslich von der Bundesverfassung gewährleisteten Grundrechten (wie z.B. der allgemeinen Rechtsgleichheit, dem Willkürverbot, der Niederlassungsfreiheit, der Wirtschaftsfreiheit, der Eigentumsgarantie und der Wahl- und Abstimmungsfreiheit sowie bei den sozialen Grundrechten) ein «vollkommener» *verfassungsrechtlicher Schutz* im Anwendungsfall besteht. Bei den «Nicht-EMRK-Rechten» bleibt es beim Gebot einer «beherzten» verfassungskonformen Auslegung der Bundesgesetze!

\* \* \*

Die neue Verfassung legt ein eindrückliches Bekenntnis zur Rechtsstaatlichkeit ab. Der Rechtsstaat bewährt sich aber erst in der täglichen Praxis, im Alltag der Rechtsverwirklichung, und zudem in der Bereitschaft der politischen Organe, rechtsstaatliche Institutionen im Interesse des Rechtsschutzes zu reformieren und zu aktualisieren.

### *Literatur*

- BRAND JÜRGEN/HATTENBAUER HANS (Hrsg.), *Der europäische Rechtsstaat – 200 Zeugnisse seiner Geschichte*, Heidelberg 1994.
- BREITENMOSER STEPHAN, *Rechtsstaatlichkeit in der Schweiz*, in: *Rechtsstaatlichkeit in Europa*, hrsg. von Hoffmann/Marko/Moerli/Wiederin, Karlsruhe 1996, 41 ff.
- CHEVALLIER JAQUES, *L'état de droit*, 2. Aufl., Paris 1994.
- DIEDERICHSEN UWE, *Innere Grenzen des Rechtsstaates*, in: *Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaates*, hrsg. von Hans-Martin Pawlowski und Gerd Roellecke, Stuttgart 1996 129 ff.
- HÄBERLE PETER, *Europa als werdende Verfassungsgemeinschaft*, in: *Deutsches Verwaltungsblatt*, Heft 12, Jg. 115, Köln 2000, 840 ff.
- HOFMANN HASSO, *Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaates*, in: *Der Staat – Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte*, hrsg. von Ernst-Wolfgang Böckenförde et al., Bd. 34, Berlin 1995, 1; auch in: *Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaates*, hrsg. von Hans-Martin Pawlowski und Gerd Roellecke, Stuttgart 1996, 9 ff.
- KLEY ANDREAS, *Rechtsstaat und Widerstand*, in: *Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse*, hrsg. von Daniel Thürer, Jean-François Aubert und Jörg Paul Müller, Zürich 2001, 285 ff.
- KOHLER GEORG, *Philosophische Grundlagen der liberalen Rechtsstaatsidee*, in: *Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse*, hrsg. von Daniel Thürer, Jean-François Aubert und Jörg Paul Müller, Zürich 2001, 247 ff.

- LIMBACH UTTA/HUBER WOLFGANG/DREIFUSS RUTH/FRAUCHEIGER URS (Hrsg.), Ist der Rechtsstaat auch ein Gerechtigkeitsstaat?, Interdisziplinäre Referatsreihe an der Universität Basel, veranstaltet von der Forschungsgemeinschaft «Mensch im Recht», Basel 2000, 9 ff.
- MACCORMICK D. NEIL, Der Rechtsstaat und die rule of law, in: Juristenzeitung, Heft 2, Tübingen 1984, 65 ff.
- MOOR PIERRE, Principes de l'activité étatique et responsabilité de l'Etat, in: Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse, hrsg. von Daniel Thürer, Jean-François Aubert und Jörg Paul Müller, Zürich 2001, 265 ff.
- RHINOW RENÉ, Die Bundesverfassung 2000: Eine Einführung, Basel/Genf/München 2000, 169 ff.
- SCHARPF FRITZ, Die politischen Kosten des Rechtsstaats, Tübingen 1970.
- SCHMID GERHARD/UHLMANN FELIX, Idee und Ausgestaltung des Rechtsstaates, in: Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse, hrsg. von Daniel Thürer, Jean-François Aubert und Jörg Paul Müller, Zürich 2001, 223 ff.
- SCHMIDT-ABMANN EBERHARD, Der Rechtsstaat, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. von Josef Isensee und Paul Kirchhof, Bd. 1, Heidelberg 1987, 987 ff.
- WOLFF HEINRICH AMADEUS, Das Verhältnis von Rechtsstaatsprinzip und Demokratieprinzip, in: Staat – Souveränität – Verfassung, Festschrift für Helmut Quaritsch zum 70. Geburtstag, hrsg. von Dietrich Murswiek Ulrich Storost und Heinrich A. Wolff, Berlin 2000, 73 ff.