

hufe.

BASLER JURISTISCHE MITTEILUNGEN

Herausgegeben vom Basler Juristenverein

REDAKTION (*= Redaktionsausschuss)

DR. EUGEN FISCHER*, alt APPELLATIONSGERICHTSPRÄSIDENT, BASEL
DR. ANDREAS FREIVOGEL*, SOZIALVERSICHERUNGSGERICHTSPRÄSIDENT, BASEL
DR. ROLAND GASS*, ADVOKAT, LIESTAL
PROF. DR. FELIX HAFNER*, BASEL
DR. THOMAS BAUER, KANTONSGERICHT BASELSTADT, BASELSTADT
DR. KATHRIN KLETT, BUNDESRICHTERIN, LAUSANNE

Nr. 3 Juni 2011

Über den Werdegang der Bundesverfassung 1999 aus der Sicht eines Beteiligten

*von Prof. Dr. René Rhinow, Seltisberg (BL)**

1. Einleitung

Mein Vortrag steht unter dem von der Fakultät definierten Oberthema «Normgenese durch Professoren der Juristischen Fakultät Basel». Dies hat mich zuerst verunsichert: Genese heisst ja Zeugung, Schöpfung, entwicklungsgeschichtlich auch Entstehung – ein hoher Anspruch, der damit an Professoren gestellt wird, entstehen Gesetze doch vorwiegend durch demokratisch legitimierte Organe. Ich habe mir deshalb gestattet, mein Referat etwas bescheidener auf die Rolle von Rechtsprofessoren im Ständerat und meine eigenen Beiträge zur Totalrevision der BV 1999 zu fokussieren.

Ich möchte meinen Rückblick *in vier Teile* gliedern: Ich beginne zuerst mit einigen Erfahrungen, die ich als Rechtsprofessor in der Politik und vor allem im Parlament gemacht habe. In einem

* Anlässlich der 550-Jahr-Feier der Universität in der Reihe «Normgenese durch Professoren der Juristischen Fakultät» am 31.5.2010 gehaltener Vortrag. Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten.

zweiten Teil werde ich das Engagement von Basler Rechtsprofessoren im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung beleuchten, um anschliessend im dritten Teil auf meine eigenen Beiträge anlässlich der Beratungen des bundesrätlichen Verfassungsentwurfes 96 im Ständerat einzugehen. Es folgen im abschliessenden vierten Teil einige Feststellungen über Schwierigkeiten der Rechtsetzung auf Verfassungsstufe.

2. Erfahrungen als Rechtsprofessor in der Politik und im Parlament

a) Heute sitzen *kaum noch Rechtsprofessoren in der Bundesversammlung*, jedenfalls keine des öffentlichen Rechts, im Gegensatz zur zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts. Ich denke etwa an meinen verehrten Lehrer Max Imboden, der in den sechziger Jahren für einige wenige Jahre im Nationalrat sass, den Berner Staatsrechtler und langjährigen Nationalrat Richard Bäumlin, an die Zivilrechtler Jean Guinand aus Neuenburg, der vom Nationalrat ans Bundesgericht wechselte, und Gilles Petitpierre aus Genf, mit dem ich mich politisch sehr verbunden fühlte und der zuerst Mitglied des Nationalrates und dann, mit mir zusammen, Mitglied des Ständerates war. Grosses Gewicht kam dem unserer Generation wohlbekannten und verehrten Staatsrechtler Jean-François Aubert zu, auch er aus Neuenburg: zuerst im Nationalrat und dann bis zu meinem Eintritt 1987 im Ständerat. Schliesslich hatte ich einen engen Kontakt mit zwei öffentlich-rechtlichen Berufskollegen im Ständerat: Riccardo Jagmetti aus Zürich und Ueli Zimmerli aus Bern. Zusammen mit Gilles Petitpierre bildeten wir ein «quattro infernale», das in der Regel am gleichen Strick zog und so das Eine oder Andere in der *chambre de réflexion* bewirken konnte.

b) In den Ständerat wird man *nicht in erster Linie als Rechtsprofessor gewählt*. Professoren bekommen das Ticket nach Bern nicht geschenkt. Das Volk wählt, jedenfalls in Majorzwahlen, Persönlichkeiten, die ihren politischen Fähigkeitsausweis erst erwerben und in Wahlkämpfen unter Beweis stellen müssen, wobei der parteipolitischen Zugehörigkeit eine grössere oder kleinere Rolle zukommen kann. Im Parlament selbst gilt das gleiche Gesetz: Ein Rechtsprofessor muss sich ganz besonders darum bemühen, von

den Kollegen und Kolleginnen als einer von ihnen, als gleichwertig und gleichberechtigt, akzeptiert zu werden. Wohl wird das besondere Sachwissen des Staatsrechtlers im Allgemeinen anerkannt, doch eigentlich nur dann, wenn es mit Zurückhaltung und Augenmass eingebracht wird. Nimmt der Professor eine pointiert parteipolitische Rolle ein, wie das etwa bei Richard Bäumlin der Fall war, verliert er jeden juristischen Bonus. Wirkt er belehrend, so stösst er unabhängig von der Qualität seiner Interventionen auf Ablehnung, was Max Imboden sehr getroffen haben soll. Riccardo Jagmetti hat einmal im Plenum des Ständerates ein Votum mit dem Satz eröffnet: «Wie ich jeweils meinen Studenten zu sagen pflege...» – das kam sehr schlecht an, weil sich die Ratskollegen wie Studenten des Professors behandelt fühlten.

c) Eine besondere Problematik kann das Verhältnis der Professoren *zu anderen Juristen* im Parlament, namentlich zu Rechtsanwälten, darstellen. Diese verfügen kaum über Kenntnisse der Gesetzgebungsmethodik und sind unter Umständen auf theoretischen Grundlagen sitzen geblieben, die Jahrzehnte zurückliegen. So musste ich mich oft mit Juristen und ihren veralteten Vorstellungen auseinandersetzen, was andere Ratsmitglieder verwirrte, etwa wenn es um die Bedeutung der EMRK oder des Völkerrechts allgemein, um die Schranken der Grundrechte oder das Verhältnis von öffentlichem Recht und Privatrecht ging.

d) Trotzdem meine ich, dass es *für das Parlament einen Gewinn* darstellt, wenn ihm Rechtsprofessoren angehören. Dies vor allem in vierfacher Hinsicht: Einmal vermögen sie wichtige Aspekte der Rechtspflege, verstanden als Pflege des Rechts im Rahmen einer sauberen Rechtsetzung, einzubringen. Ich zähle dazu etwa das Bemühen um Klarheit des Normtextes, um eine kongruente Begrifflichkeit und um die Einordnung des Gesetzes in das Normgefüge – alles Anliegen, welche bei Politikern sonst eher zu kurz kommen. Zweitens können Rechtsprofessoren auf fundierte Weise Argumente des Bundesrates überprüfen, welche sich auf die Verfassungsmässigkeit einer Vorlage, insb. der Völkerrechts- und Grundrechtskonformität oder der Kompetenzlage im Verhältnis Bund – Kantone beziehen. Drittens sind sie in der Lage, gegenüber dem Bundesrat für die Rechte des Parlamentes einzustehen, wenn dieser dessen Zuständigkeit bezweifelt oder verneint. Schliesslich können sie im Rahmen der Obergerichtspraxis der Bundes-

versammlung über die Bundesgerichte wertvolle Beiträge liefern.

3. Die Bundesverfassung 1999 als Werk von Basler Professoren

a) *Auf die langjährigen Vorarbeiten* und den Einsatz mehrerer Expertenkommissionen, die von einer Studie Max Imbodens über das helvetische Malaise 1964, also in meiner Studienzeit, aufgelöst wurden, kann ich nicht näher eingehen. Ich erinnere mich aber gerne an die befruchtende Funktion unserer früheren Kollegen Kurt Eichenberger und Luzius Wildhaber, der als Mitglied und Verfassungsredaktor der Expertenkommission Furgler wirkte. Auch vom Basler Peter Saladin, Nachfolger von Max Imboden und Ordinarius an der hiesigen Fakultät, bevor er nach Bern berufen wurde, stammten damals wichtige Beiträge zur Verfassungsrevision.

Erst 1986 beauftragte das Parlament den Bundesrat, eine nachgeführte neue Bundesverfassung vorzulegen. Einen grossen Einfluss hierauf übte mein Lehrer, Mentor und späterer Freund Kurt Eichenberger aus. Er wies in einem Zeitungsartikel am Vorabend der vorberatenden Kommissionssitzung des Ständerats darauf hin, dass eine sinnvolle und realisierbare Totalrevision auch in einer *Nachführung* des Verfassungstextes bestehen könne, was wohl ausschlaggebend für den positiven Entscheid der Bundesversammlung – kurz vor meiner Wahl in den Ständerat 1987 – war.

Der Verfassungsentwurf, der der Bundesversammlung erst 10 Jahre später, 1996, vorgelegt wurde, ist in einem gründlichen, von vielen Rechtsprofessoren begleiteten Prozess entstanden – und dies unter der Leitung des damaligen Direktors des Bundesamtes für Justiz, Heinrich Koller – und damit eines weiteren ehemaligen Fakultätskollegen aus Basel. Der ausgezeichneten Botschaft ist die kundige Aufarbeitung des damals geltenden Verfassungsrechts auf Schritt und Tritt anzumerken; sie bildete eine verlässliche Übersicht und damit Grundlage für die Beratungen des Parlamentes. Der Erfolg war nur möglich, weil Bundesrat Koller, ehemaliger Ordinarius für Zivilrecht in St. Gallen, voll und ganz hinter, ja auch vor dem Projekt stand. Er setzte sich in den Kommissionen und in den Ratsplena mit einem beispielhaften Engagement für das Gelingen ein, mit einem grossen verfassungsrecht-

lichen Sachwissen, gepaart mit dem feinen Gespür für das Mach- und Realisierbare. Es war zweifellos ein Glücksfall, dass mit ihm ein Wissenschaftler und Politiker Vorsteher des EJPD war, der die Debatten im Parlament prägte, aber auch auf die Änderungsbegehren aus der Ratsmitte mit Verständnis einging.

Es zeigte sich, dass eine Totalrevision der Bundesverfassung zuweilen *grosse Kenntnisse des Verfassungsrechts* voraussetzte. Dass mehrere Staatsrechtler im Rat sassen, war einerseits hilfreich, weil wir den Dialog mit den Profis der Verwaltung auf Augenhöhe führen und für die übrigen Ratsmitglieder auch Übersetzungshilfe leisten konnten. Andererseits mussten wir darum bemüht sein, keine Kluft zu den anderen Kollegen und Kolleginnen zu schaffen. Fast die ganze zeitgenössische Staatsrechtslehre war an diesem Projekt beteiligt, entweder in den Vorphasen (Expertenkommissionen Wahlen und Furgler) oder später im Vorverfahren auf Verwaltungsebene. Von Basel besonders zu erwähnen sind in den Expertenkommissionen Kurt Eichenberger und Luzius Wildhaber; im Vorverfahren neben Heinrich Koller auch die Basler Eichenberger-Habilitanden Georg Müller, em. Ordinarius in Zürich, und Rainer Schweizer, em. Professor in St. Gallen, sowie meine ehemaligen Assistierenden und Habilitanden Giovanni Biaggini, damals Mitarbeiter von Heinrich Koller und seit Jahren Ordinarius in Zürich, sowie Christina Kiss, damals im Bundesamt für Justiz tätig und heute Bundesrichterin in Lausanne, und schliesslich auch Bernhard Ehrenzeller, Habilitand von Luzius Wildhaber und heute Ordinarius in St. Gallen.

Die Debatten in der ständerätlichen Verfassungskommission und ihren Subkommissionen waren geprägt vom *Fachgespräch unter Kollegen* des öffentlichen Rechts und Bundesrat Arnold Koller. Ratskollege Zimmerli und ich auf der einen Seite, Heinrich Koller, Luzius Mader, Vizedirektor des Bundesamtes für Justiz und Professor am IDHEAP in Lausanne, sowie Bernhard Ehrenzeller stritten um die Tragweite verfassungsrechtlicher Normen, was die Kommissionsberatungen teilweise zu Seminarien mutieren liess – eine schöne Erinnerung an hochstehende Beratungen, wie sie heute in der polarisierten Politlandschaft wohl kaum mehr denkbar wären.

b) *Mein eigenes Engagement* für Verfassungsrevisionen begann schon zu meiner Studien- und Assistentenzeit, als ich bei Kurt

Eichenberger in die Schule ging, an Seminarien über die Verfassungsreform mitwirkte und fleissig Zeitungsartikel zu dieser Thematik verfasste. Später wirkte ich aktiv an der Ausarbeitung eines Verfassungsentwurfes in der FDP Schweiz mit, weit vor meiner Tätigkeit im Ständerat. Dann war es mir vergönnt, im Rahmen der Totalrevision der Baselbieter Verfassung von 1984 verschiedene Funktionen wahrzunehmen: als Rechtsberater des Regierungsrates erstellte ich den Verfassungsentwurf, der anschliessend Grundlage der Beratungen des vom Volk gewählten Verfassungsrates bildete. Dann wurde ich selbst in diesen Verfassungsrat gewählt. Als Mitglied der freisinnigen Fraktion, als Präsident der Redaktionskommission des Verfassungsrates sowie als dessen letzter Präsident wirkte ich auch am parlamentarischen Werdegang der Verfassung aktiv mit.

Dies wiederholte sich 14 Jahre später auf Bundesebene durch eine glückliche Fügung insofern, als ich 1996 zum Präsidenten der ständerätlichen Verfassungskommission ernannt wurde und 1998 als frisch gewählter Präsident des Ständerates meine Unterschrift unter den Bundesbeschluss über die Annahme der BV 1999 setzen durfte. Angesichts dieser eindrücklichen und führenden Beteiligung von Professoren der Basler Fakultät im Prozess der Totalrevision könnte man also sehr wohl die Abkürzung BV (1999) auch mit «Basler Verfassung» übersetzen. ...

4. Eigene Beiträge im Rahmen des Werdegangs der BV 1999 im Ständerat

a) Wenn ich im Folgenden auf einzelne Artikel der BV 1999 eingehe, bei denen es mir gelungen ist, aktiv auf deren inhaltliche Ausgestaltung einzuwirken, so muss ich folgende Einschränkung vorausschicken: Gesetzestexte entstehen nicht im Alleingang, auch nicht im Parlament. Es braucht immer Mehrheiten, die Anträge Einzelner gutheissen, und gewisse Anträge kommen oft auch in gemeinsamen Vorgesprächen mit Kolleginnen und Kollegen zustande. Oder sie haben ihre Vorgeschichte, etwa wenn ähnliche frühere Ideen bereits zur Debatte standen und nicht akzeptiert wurden.

b) *Von der Nachführung zur Aktualisierung.* Der Text der totalrevidierten Bundesverfassung wird von den eidgenössischen

Räten in einem Bundesbeschluss verabschiedet, mit welchem er auch Volk und Ständen zur obligatorischen Abstimmung unterbreitet wird. Dieser Beschluss hiess nach dem Entwurf des Bundesrates «Bundesbeschluss über eine nachgeführte BV». Auf meinen Antrag hin wurde der Titel abgeändert in «Bundesbeschluss über eine neue Bundesverfassung». Damit sollte zum Ausdruck gebracht werden, dass es nach dem Konzept und den Beschlüssen der Bundesversammlung nicht nur um eine blosser Nachführung ging.

c) *Zu den Legitimationsgrundlagen der Schweiz:* Wie in der alten Bundesverfassung von 1874 hiess es in Art. 1 des bundesrätlichen Entwurfes, die Kantone bildeten die Schweizerische Eidgenossenschaft – eine historische und staatenbündlerisch geprägte Sichtweise. Ich habe darauf insistiert, dass es das *Schweizervolk* und die Kantone sind und nicht die Kantone allein, welche die Säulen der Schweiz darstellen – eine logische Angleichung an die Präambel, in der nach der Anrufung Gottes auch das *Schweizervolk* und die Kantone zusammen als die Verfassung erlassenden Instanzen aufgeführt sind. Die Schweiz ist nicht nur ein Bundesstaat, sondern auch eine auf der Volkssouveränität beruhende Demokratie.

d) *Rechtsstaatlichkeit und Bürgerrecht:* In Art. 5 BV finden sich rechtsstaatliche Grundsätze wie die Prinzipien der Legalität des öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit, von Treu und Glauben und des Vorrangs des Völkerrechts. Die Überschrift lautete im Entwurf: «Grundsätze staatlichen Handelns», nach meiner Intervention neu «Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns». Die Bestimmungen über das *Bürgerrecht* fanden sich im bundesrätlichen Entwurf eingereiht in das Kapitel über das Verhältnis von Bund und Kantonen. Auf meinen Vorstoss hin wurde ein neues Kapitel «Bürgerrecht und politische Rechte» zwischen die Kapitel Grundrechte und Sozialziele aufgenommen.

e) *Hin zu einem modernen Föderalismus:* Auf die Verankerung der Bundesstaatlichkeit habe ich in mehrfacher Hinsicht in Abweichung vom bundesrätlichen Entwurf Einfluss genommen.

- Die *Verteilung der entsprechenden Bestimmungen* auf Art. 3 BV als sog. Traditionsanschlussnorm und Art. 42ff. (Abschnitt über die Bundesstaatlichkeit) wurde entscheidend *abgeändert*. Das erste Kapitel «Verhältnis von Bund und Kantonen» wurde

umgestaltet und in eine neue Reihenfolge gesetzt, mit einem ersten Abschnitt «Aufgaben von Bund und Kantonen» ange-reichert und auch inhaltlich wie redaktionell geändert. So war es mir ein Anliegen, die hochabstrakten und kaum auslegungs-fähigen Allerweltsbegriffe «Subsidiarität» und «Solidarität» aus dem Text zu streichen – was allerdings einem Pyrrhussieg gleichkam, fand doch die schillernde Subsidiarität anlässlich der NFA, der Neugestaltung von Finanzausgleich und Aufga-benkompetenzen von Bund und Kantonen, einige Jahre später wieder Eingang in die Bundesverfassung, unter Missachtung des klaren Willens des Parlamentes einige Jahre vorher. Über-haupt hat die NFA den Text der BV verunstaltet, und alle Lob-preisungen einer klaren, übersichtlichen, verständlichen, lesba-ren Verfassung, mit welchen die Verfassungsreform gerechtfertigt wurde, scheinen kurze Zeit später in völlige Vergessenheit geraten zu sein.

- Beim *Verhältnis von Bundesrecht und kantonalem Recht* ver-harrte der bundesrätliche Entwurf auf einer veralteten Sicht-weise, indem er sich mit einem schlichten Satz eine traditionelle Parömie zu Nutzen machen wollte: «Bundesrecht bricht kanto-nales Recht». Das gefiel mir gar nicht, weil es mich an den Satz «Kauf bricht Miete» erinnerte und an die bissige Kritik von Karl Spiro an dieser missverständlichen Sichtweise. Auf mei-nen Vorschlag hin heisst es nun, Bundesrecht gehe entgegen-stehendem kantonalem Recht vor.

- Das Kapitel über die *Zuständigkeiten des Bundes* wurde auf meine Anregung hin teilweise neu gegliedert. So ist der Ab-schnitt über Bildung, Forschung und Kultur nach vorne ver-schoben worden, um seine herausragende Bedeutung zu unter-streichen. Und die Bereiche Umwelt, Raumplanung, öffentli-che Werke und Verkehr, im Entwurf in einem einzigen, Abschnit-t zusammengefasst, sind in zwei Abschnitte aufgeteilt worden, in einen über «Umwelt und Raumplanung» und in einen anderen über «Öffentliche Werke und Verkehr».

- Bei den *einzelnen Bundeskompetenzen* konnte ich erreichen, dass ein besonderer *Nachhaltigkeitsartikel* aufgenommen wur-de. Dieser Nachhaltigkeitsartikel lehnt sich übrigens eng an die entsprechende Bestimmung der Baselbieter Verfassung an. Zu-dem fand ein neuer Artikel 65 über die *Statistik* Eingang in die

Verfassung, der in der bundesrätlichen Botschaft erwähnt, im Text aber vergessen wurde. Schliesslich gelang es mir, gegen et-welche Widerstände im Ratsplenum den mythologisch durch-tränkten Satz im Textentwurf des Bundesrates, die Schweiz *habe eine Milizarmee*, in den etwas realistischeren Normtext umzuwandeln, die Armee sei «grundsätzlich nach dem Miliz-prinzip organisiert».

f) *Wirtschaftsordnung*: Bei der Regelung der Wirtschaft in Art. 94ff. BV nahm ich erfolgreich Einfluss auf die Gliederung der einzelnen Wirtschaftsartikel, die nun im Wesentlichen nach den ökonomisch fundierten Kriterien der Ordnungspolitik, Ab-laufpolitik und Strukturpolitik gegliedert sind. Wesentlicher war mir die nähere Umschreibung der sog. *Abweichungen von der Wirtschaftsfreiheit*. Die Wirtschaftsfreiheit kann zwar gemäss Art. 36 BV nach den allgemeinen Voraussetzungen eingeschränkt werden. Jedoch brauchen Abweichungen von der Wirtschaftsfrei-heit, die sich gegen den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit richten, einer verfassungsrechtlichen Grundlage. Die Bedeutung dieses Grundsatzes war und ist seit jeher umstritten; zu erinnern ist an die überholten Kategorien der bundesgerichtlichen Praxis, wo-nach wirtschaftspolizeiliche Massnahmen zulässig, wirtschaftspol-itisches jedoch verboten und sozialpolitische je nach Umständen doch wieder gerechtfertigt sein sollen. Der Bundesrat hat sich nicht auf dieses Minenfeld gewagt und die alte Verfassung abge-schrieben. Das Parlament war mit der Materie überfordert, auch weil ideologische Standpunkte und Glaubenssätze den Diskurs beherrschten. Ich versuchte, zur Klärung beizutragen, und stellte den Antrag, Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfrei-heit würden Massnahmen betreffen, «die sich gegen den Wettbe-werb richten». Das leuchtete mehrheitlich ein, war aber erst mehrheitsfähig, als der Zusatz «insbesondere» aufgenommen wurde. Die Formulierung lautet jetzt dementsprechend: «Mass-nahmen, die sich *insbesondere* gegen den Wettbewerb richten». Damit wurde die Türe offen gelassen, dass sich Abweichungen auch noch auf andere Massnahmen erstrecken können.

g) *Gesetzesdelegation und Gesetzesvorbehalt*: Eine schwierige Diskussion entfaltete sich in beiden Räten und in den vorberei-tenden Kommissionen über die Gesetzesdelegation und den Ge-setzesbegriff. Der Bundesrat verharrte auf dem klassischen Mo-

dell der Übertragung rechtsetzender Gewalt auf die Exekutive und unterstellte diese den in der alten Lehre und der Praxis entwickelten, wenig griffigen Voraussetzungen. Gestützt auf Vorschläge der Staatspolitischen Kommissionen beider Räte, an denen ich als Urheber beteiligt war, ging es darum, von dieser überholten Sicht abzurücken. Sowohl dem Gesetzgeber wie auch dem Bundesrat sollen eigenständige Rechtsetzungsbefugnisse zukommen, wobei in der Verfassung näher zu umschreiben ist, was vom Gesetzgeber geregelt werden muss und was vom Bundesrat geregelt werden kann. Die neuere staatsrechtliche Theorie geht also nicht von einer Delegation ausschliesslich dem Gesetzgeber zustehender Befugnisse aus, was ja seit langem einer bloss fiktiven Vorstellung gleichkommt, sondern von einer *Verteilung der Regelungslast auf beide Organgruppen*.

Diese Theorie setzte sich im Parlament schliesslich durch, gegen den heftigen Widerstand von Bundesrat und Bundesamt für Justiz, die sich nicht vom Hergebrachten lösen wollten oder konnten. So schreibt heute Art. 164 BV vor, dass das Grundlegende und Wichtige im Gesetz zu regeln ist, und umschreibt näher, was als grundlegend zu gelten hat. Die BV enthält somit in Art. 164 Abs. 1 einen eigentlichen *Gesetzesvorbehalt* (oder Parlamentsvorbehalt), der die Bundesversammlung verpflichtet, alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen im Rahmen eines Gesetzes zu beschliessen. Dies kann auch als die zentrale demokratiepolitische Errungenschaft der BV 1999 angesehen werden. Demgegenüber kommt dem Bundesrat die Befugnis zu, das Gesetz auszuführen, ohne dass er eigentlich einer diesbezüglichen Ermächtigung bedürfte. Da es dem Parlament aber mit dieser neuen Sichtweise noch nicht ganz genügt war, wurde zusätzlich doch noch eine Delegationsnorm eingefügt, was man als Stilbruch beklagen, aber auch als unschädliche Beruhigungsspielle hinnehmen kann...

5. Von den Schwierigkeiten der Rechtsetzung auf Verfassungsebene

a) Die Nachführung erwies sich als schwierige und zum Teil hoch *politische* Aufgabe. Dabei ging es vor allem um folgende Entscheidungen:

- Was ist *verfassungswürdiges Recht*, also Recht, das in die Verfassung «gehört»? Dabei stellte sich das Problem, welche bisherigen Normen der Gesetzesstufe neu auf die Verfassungsebene «heraufzusteufen» sind und welche Bestimmungen der alten Verfassung in umgekehrter Richtung herabgestuft werden sollen. Der Begriff des verfassungswürdigen Rechts ersetzt den überholten Terminus des sog. Verfassungsrechts im materiellen Sinn. Ich kann mit der (letztlich undemokratischen) Theorie einer Unterscheidung von formellem und materiellem Verfassungsrecht nichts anfangen. Es gibt nach der Bundesverfassung bloss ein (geschriebenes oder ungeschriebenes) Verfassungsrecht, weder ein bloss formelles noch ein bloss materielles Verfassungsrecht.
- Was ist als sog. *gelebte Verfassungswirklichkeit* – eine von Bundesrat Koller oft und gerne verwendete Kategorie – neu in den Text aufzunehmen? Der Begriff der gelebten Verfassungswirklichkeit ist allerdings mehrdeutig, ja irreführend. Es gibt für mich keine Verfassungswirklichkeit ohne Verfassungsrecht! Verfassungswirklichkeit ist die von der Verfassung geprägte Wirklichkeit; daneben gibt es eine verfassungswidrige oder verfassungsindifferente Wirklichkeit.
- Was soll vom *internationalen Recht*, das in der Schweiz gilt, in die Verfassung aufgenommen werden? Die Frage stellte sich insbesondere im Bereich der Grundrechte der EMRK und der UNO-Pakte.
- Welche Dichte der Normierung ist angemessen? Wie gross soll der (politische) Gestaltungs- und Normierungsspielraum des Gesetzgebers ausgemessen werden? Je grösser die Freiheit des Gesetzgebers, desto umfangreicher erweisen sich oft auch Zuständigkeitsbereich und Kognition des Richters.
- Welche gegenwärtig umstrittenen politischen Fragen sind offen zu lassen, also im Rahmen der Verfassungsreform aus unterschiedlichen Gründen nicht zu klären? Anwendungsbeispiele einer bewusst offen gelassenen Problematik bildete z.B. die Tragweite der Neutralität oder die Stellung der Schweiz in Europa. Beide Themen hätten wegen ihrer «Umstrittenheit» das ganze Vorhaben der Totalrevision in Frage gestellt.
- b) Gewisse offene Rechtslagen erwiesen sich als nur schwer oder *nicht zulänglich normierbar*. Ich denke insbesondere an das

Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht oder an die Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. In beiden Fällen ist angesichts der unabsehbaren Fallkonstellationen einer flexiblen Weiterentwicklung durch die Praxis Vorrang einzuräumen.

c) Oft war uns die *Tragweite von neuen Verfassungstexten* nicht restlos klar. Das mag überraschen, aber angesichts der relativ abstrakten Normierung oder des kreativen Normgehaltes blieb zuweilen ein Gefühl des Wagnisses zurück. Was bedeuten etwa Normen wie Art. 35 oder Art. 36 Abs. 4 BV wirklich? Wie wird künftig der Terminus des zwingenden Völkerrechts verstanden, wie der Diskriminierungstatbestand in Art. 8 Abs. 2? Was kann der Gesetzgeber oder gar der Richter damit «machen»?

d) Mühe hatten wir auch mit den verschiedenen Normstrukturen, vor allem mit der normativen Tragweite von Texten: etwa bei programmatischen Bestimmungen wie der Präambel, dem Zweckartikel (Art. 2 BV), den Zielnormierungen, insb. den Sozialzielen in Art. 41 BV, oder bei Art. 6 BV über die Selbstverantwortung. In diese Kategorie fallen auch Bestimmungen mit hoher politischer Symbolik wie Art. 6 BV oder der erwähnte Art. 41 BV. Um der Symbolik und des Traditionsanschlusses willen wurde in Art. 8 Abs. 1 BV auch der falsche Wortlaut perpetuiert: es war unbestritten, dass alle Menschen nicht nur *vor dem Gesetz* gleich sind, sondern dass auch der Gesetzgeber selbst an das Gleichheitsgebot gebunden ist.

e) Die *«revolutionäre Kraft des status quo»*: Es war erstaunlich, wie sehr die Aufhellung der vor allem ungeschriebenen Verfassungsnormen und die hergestellte Transparenz über die geltende Verfassungspraxis, v.a. des Bundesgerichts und internationaler Spruchkörper, Verunsicherungen ausglöst, Fragen aufgeworfen und Widerstände geweckt hat. Offenbar vermag schon das geltende Recht, ans Tageslicht gehoben oder besser ins Bewusstsein gerufen, Ängste zu wecken. Dies war etwa beim Streikrecht, bei der Wirtschaftsverfassung oder beim Bekenntnis zur Sozialstaatlichkeit der Fall. Insofern zeigte sich auch hier, dass Nachführung mehr als Nachführung war.

6. Schlusswort

Mein Rückblick auf den Werdegang der Bundesverfassung ist naturgemäss subjektiv geprägt, und dazu sehr selektiv. Was bleibt und mir nach wie vor grosse Sorge bereitet, ist die Pflege des Rechts im Rahmen der Rechtsetzung, von den ersten Verwaltungsentwürfen bis zur Behandlung im Parlament. Rechtsprofessoren haben eine Verantwortung, sich im Rahmen ihrer Möglichkeiten als Rechtspfleger zu engagieren, sei es in einer Beratungsfunktion oder als Träger öffentlicher Funktionen, als Angehörige einer Partei, als Kommentatoren und Publizisten. Bei der Verfassungsreform ist dies recht gut gelungen, weil Professoren in allen Stadien massgeblich beteiligt waren und weil das Verfassungsrecht in der Politik als eine doch sehr «juristisch» geprägte Materie angesehen wurde – dies in diametralem Gegensatz zur Rechtswelt, wo gemeinhin das Verfassungsrecht als politisches Recht apostrophiert (oder qualifiziert) wird. Doch die Entwicklung des Verfassungsrechts in den letzten 10 Jahren zeigt diesbezüglich ein düsteres Bild – von Verfassungspflege ist kaum etwas geblieben, wenn wir uns den aktuellen Text nach der Verunstaltung durch die Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Bildungsverfassung vor Augen führen. Und wenn ich an die neuen Vorschläge denke, ganze Strafgesetzartikel (Raserinitiative), OR-Regelungen (Minderinitiative) oder andere Gesetzesmaterien (Gegenvorschlag zur Ausschaffungsinitiative) in den Verfassungstext aufzunehmen, so ist – gelinde gesagt – keine Besserung in Sicht.

Ich schliesse mit dem Aufruf, dass Rechtsprofessoren ihren Fokus nicht nur auf die Rechtsanwendung richten, sondern die Pflege des Rechts auch in der Rechtsetzung, also in der Normgenese, als ihr nobile officium verstehen.