

I. Allgemeiner Teil

1. Geschichtliche Entwicklung und Grundlagen

§ 202

Geschichtliche Grundlagen, Zielsetzung und Funktionen der Grundrechte

Jörg Paul Müller

Übersicht

	RN		
A. Vom Grund der Menschenrechte: Würde jedes Einzelnen	1–17	V. Synergien zwischen der de- mokratischen Tradition und der Grundrechtstradition	31–36
I. Menschenrechte als geschicht- lich errungenes und für die Zukunft aufgegebenes Kultur- gut der Menschheit	2– 3	VI. Beispielhafte Konvergenz liberaler und demokratischer Grundrechtsgehalte in der Stimmfreiheit des Art. 34 BV	37
II. Das Konzept der Menschen- würde	4– 7	VII. Einfluß der gemeinsamen Sicht von liberalen und poli- tischen Grundrechten auf die Grundrechtsdogmatik	38–40
III. Exemplarische Deutung von Menschenwürde und Menschenrechten in der Philosophie Kants	8–12	C. Einordnung und Schwerpunkte der Grundrechte in der BV	41–55
IV. Der Schritt von der Men- schenwürde zu den Grund- rechten	13–16	I. Zur Entstehung des Grund- rechtskatalogs	41
V. Menschenwürde und Men- schenrechte in der BV	17	II. Die Grundrechte im Lichte von Präambel und Einlei- tungsartikeln	42–46
B. Besonderheiten des Grundrechts- schutzes in der Schweiz	18–40	1. Die Präambel	43
I. Verfassungsmäßige Rechte statt Grundrechte	18–20	2. Art. 1 bis 3 BV: Definition und Zweck der Eidgenos- senschaft	44
II. Hat der Vorrang des Begriffs des verfassungsmäßigen Rechts vor demjenigen des Grundrechts einen tieferen Sinn?	21–25	3. Art. 5 BV: Allgemeine Grundsätze staatlichen Handelns	45
1. Verfassung als „instrument of government“	21	4. Art. 6 BV: Eigenverant- wortung und Sozialziele	46
2. Demokratische Legitima- tion der Grundrechte	22–25	III. Gibt es eine Hierarchie innerhalb der Grundrechte der Bundesverfassung?	47–49
III. Die erstaunliche Tradition ungeschriebener Grundrechte	26–27	IV. Hauptstränge der Grund- rechtsentwicklung (Zusammenfassung)	50–55
IV. Der Einbruch der EMRK ins schweizerische Verfassungs- system	28–30	D. Bibliographie	

A. Vom Grund der Menschenrechte: Würde jedes Einzelnen

1

Elementarer
menschlicher Achtungs- und Schutzanspruch

Grundrechte bringen in der Verfassung zum Ausdruck, daß in einer humanen Gesellschaft jeder Mensch vom anderen Achtung fordern darf, und dies ganz besonders, wenn bestimmte sensible Bereiche des physischen und psychischen Daseins betroffen sind. Darüber hinaus sind Schutz, Zuwendung oder Hilfe geboten, wenn solche Zonen bedroht, gefährdet oder verletzt sind. Diesen elementaren menschlichen Achtungs- und Schutzanspruch hat in der abendländischen Philosophie wohl am treffendsten und nachhaltigsten *Immanuel Kant* mit dem Begriff der Menschenwürde umschrieben¹.

I. Menschenrechte als geschichtlich errungenes und für die Zukunft aufgegebenes Kulturgut der Menschheit

2

Geschichtliche
Antwort auf
geschichtliche
Unheilserfahrung

Nun sind aber die Menschen- und Grundrechte gerade nicht *einer* Weltanschauung, Philosophie oder Kultur zuzuordnen, sondern als ein Wissen sui generis zu sehen, das ein konkretes und im wesentlichen in der Neuzeit formuliertes Kulturgut der Menschheit darstellt, eine durch historische Erfahrungen (wie Kolonialismus, Sklaverei und ideologisch fundierten Totalitarismus) im weltweiten Raum leidvoll erworbene Erkenntnis. Sie ist nicht unabhängig von Raum und Zeit, sondern Antwort auf geschichtliche Unheilserfahrung. Bei den nach dem Zweiten Weltkrieg im globalen Bereich als Rechtsansprüche sich langsam durchsetzenden Menschenrechten² geht es nicht mehr um Rechte von Bürgern, sondern von Menschen, nicht mehr um Gewährleistungen von Staaten, sondern um universelle Erklärungen von Rechten, die ein Mensch um seines Menschseins willen gegen jeden andern geltend machen kann und die er selbst gegenüber jedem anderen einlösen muß. Die Verfolgung, das Leiden, die Knechtschaft, die Demütigungen, die Unterdrückungen, gegen die Menschenrechte als Aufschrei formuliert wurden, haben alle Kulturen geteilt, und die Wurzeln, auf denen diese Rechte gewachsen sind, reichen von der Gewaltlosigkeit eines *Mahatma Gandhi* über die Widerstandskraft der Sufis bis zu atheistischen Skeptikern und christlichen Kirchen.

Universalität der
Menschenrechte

1 *Immanuel Kant*, *Metaphysik der Sitten*, 2. Teil I § 1 (1797): „Allein der Mensch [...] ist über allen Preis erhaben; denn als ein solcher ist er nicht bloß als Mittel zu anderen [...] Zwecken, sondern als Zweck an sich selbst zu schätzen, das heißt, er besitzt eine Würde (einen absoluten inneren Wert), wodurch er allen anderen vernünftigen Weltwesen Achtung für sich abnötigt“ (*Kant*, *Metaphysik der Sitten*, Akademie-Ausgabe, S. 434f.). Zu den entsprechenden Schutz- und Hilfspflichten s. z.B. *Metaphysik der Sitten*, Zweiter Teil, § 29–31, in Gegenüberstellung zur Liebespflicht in § 26 und zur Pflicht des Staates, für die Armen zu sorgen, und zwar durch (allgemeine) Steuern und nicht nur durch private Einrichtungen: *Kant*, *Rechtslehre*, 2. Teil, Allgemeine Anmerkung C, nach § 49, Akademie-Ausgabe, S. 325–327. Weitere Belege bei *Jörg Paul Müller*, *Demokratische Verfassung*, 2002, S. 26–29.

2 Siehe die eindruckliche Darstellung bei *A.W. Brian Simpson*, *Human Rights and the End of Empire*, Oxford, 2001.

Die heute in Deklarationen und Konventionen aufgelisteten Einzelrechte sind nicht *die* Menschenrechte, sondern vorläufiges Ergebnis eines Prozesses auch zukunftsgerichteten globalen Denkens, das nicht von bestehenden Kodifizierungen, dominanten Rechtssystemen oder bestehenden Repräsentationsverhältnissen (auch nicht im Rahmen der Vereinten Nationen, ihres Sicherheits- oder Menschenrechtsrates) im weltweiten Raum, geschweige denn von kontinental definierten Gruppen abschließend in Beschlag genommen werden kann. Menschenrechte nähren sich aus einem moralischen Empfinden und einem Rechtsbewußtsein vieler Kulturen, ja sie stellen gewissermaßen die Koexistenzregeln in einer pluralistischen Welt mit ihren vielen konkurrierenden Wahrheitsansprüchen, Erkenntnismethoden und Glaubenswahrheiten dar. Sie müssen in der globalen Weltgemeinschaft immer wieder neuen Konsens finden und im Hinblick auf neue Bedrohungen weitergebildet werden.

3
Koexistenzregeln in
einer pluralistischen
Welt

II. Das Konzept der Menschenwürde

So wenig es *die* Menschenrechte als absolute Größe gibt, so wenig existiert Menschenwürde als solche, als begrifflich faßbare Norm, mit der sich das Wesentliche des Menschen einfangen und aus der sich Lösungen z.B. für die komplexen Fragen des Umgangs mit neuen Technologien in der Humanmedizin deduzieren ließen. Menschenwürde gewinnt ihre Konturen in der Lebenspraxis einander in ihrer Würde respektierender Menschen, in der Anerkennung, im Geltenlassen der Einmaligkeit und jeweiliger Besonderheit menschlicher Existenz. Sie ist in ihrer normativen Dynamik ein nie objektiv – außerhalb der sie anerkennenden Menschen – gesicherter materieller Gehalt, sondern vielmehr Ergebnis eines stets zu erneuernden Reflexions- und Kommunikationsprozesses, in dem jeder das Selbstwertempfinden, wie er es für die eigene Person sinn- und identitätsstiftend erlebt, auch den je anderen zubilligt, bei ihnen respektiert und schließlich auch mit juristischen Folgen gelten läßt.

4
Konkretisierung in
der Lebenspraxis

Menschenwürde als Kernbereich unseres Selbst- und Werterlebens entzieht sich in der Offenheit ihrer Erscheinungsformen einer positiven Festlegung. Ihr Gehalt erschließt sich uns vor allem in ihrer Negation, das heißt in Akten der Verletzung, der Erniedrigung, der Diskriminierung, der Schikane, der Beleidigung. Diese Erfahrung der Verletzbarkeit eigener Integrität ist fruchtbar zu machen für die Wahrnehmung fremden Leidens, für Beeinträchtigungen des Grundbedürfnisses nach Unverletztheit der elementaren Geltungsansprüche anderer, deren Anerkennung letztlich Grundrechtspositionen konstituiert. Was z.B. erniedrigende Behandlung im Sinne des Art. 10 Abs. 3 BV ist, bestimmt sich in konkreter Situation durch Menschen, für die eine solche Demütigung vor dem Hintergrund selbst beanspruchter Würde emotional und kognitiv nachvollziehbar ist³.

5
Erfahrung der Ver-
letzbarkeit eigener
Integrität

³ → Unten *Haller*, Menschenwürde, Recht auf Leben und persönliche Freiheit, § 209.

- 6** Grundrechtsschutz Erniedrigung und Entwürdigung werden zunächst durch Menschen faktisch erlitten oder erfahren – emotional, sinnlich, kognitiv –, sodann artikuliert oder durch andere empathisch wahrgenommen und als nicht hinnehmbar angeklagt. Erst in solchen kommunikativen Prozessen und Protesten gewinnt die Entwürdigung ihre juristisch greifbare Relevanz und wird nun Faktor der Konkretisierung, Bestätigung, Fortbildung oder Erweiterung eines rechtlich faßbaren (justitiablen) Tatbestands der Menschenwürdeverletzung.
- 7** Konturen aus der Unrechtserfahrung Daß Menschenrechte ihre Konturen erst in geschichtlichen Prozessen der Reaktion auf erfahrene Entwürdigung gewinnen, läßt sich auch im größeren Erfahrungszusammenhang verfolgen: Seine berühmte Formel vom gesetzlichen Unrecht hat *Gustav Radbruch* aufgrund unmittelbarer Erfahrung nationalsozialistischer Gesetzgebung geprägt, die ganze Menschengruppen als Untermenschen behandelte und ihnen die Menschenrechte versagte⁴. Ähnlich dieser individuell-philosophischen Einsicht kann man in der UNO-Menschenrechtserklärung von 1948 in einem kollektiv-weltweiten Rahmen eine Reaktion auf Wahrnehmung und Bewußtwerden der Unrechts- und Leidenserfahrung des Dritten Reichs, von Kolonialismus und Kriegselend erblicken⁵.

III. Exemplarische Deutung von Menschenwürde und Menschenrechten in der Philosophie Kants

- 8** Mitgestaltung des Rechts als demokratische Grundregel Die Würde im Sinne *Kants* verbietet, daß einer den andern verletzt. Sie setzt jeder Fremdbestimmung aus dem Gedanken der Autonomie des Einzelnen Schranken und begründet die demokratische Grundregel, daß jeder als vernünftiges Wesen im Recht nicht nur Unterworfener, sondern auch Mitgestalter der für alle verbindlichen Ordnung sei, oder in den Worten von *Kants* Rechtslehre, daß er „keinem anderen Gesetz zu gehorchen (habe), als zu welchem er seine Beistimmung gegeben hat“⁶.
- 9** Punktuelle Forderungen der Menschenwürde *Kant* hat nie einen detaillierten Menschenrechtskatalog⁷ aufgestellt, obwohl ihm etwa die französische Erklärung von 1789 bekannt war, sondern er hat punktuell die Forderungen der Menschenwürde für das soziale Leben und die Staats- und Rechtsordnungen im besonderen genannt: das Recht auf die Feder auch als Form des Widerstands gegen überbordende Herrschaft, das

4 *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie, ⁸1973, S.346. Zur Grundrechtstheorie des Nationalsozialismus → Bd. I: *Pauly*, Grundrechtstheorien in der Zeit des Nationalsozialismus und Faschismus, § 14.

5 Eine originelle Analyse der Erarbeitung der UNO-Menschenrechtsdeklaration von 1948 findet sich bei *Elisabeth Ehrensperger*, Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte als Modellfall der Deliberation, 2006.

6 *Immanuel Kant*, Metaphysik der Sitten, Akademie-Ausgabe, S.314.

7 Der erste umfassende Katalog von Grundrechten findet sich in der Virginia Declaration of Rights von 1776. Sie hat die Unabhängigkeitserklärung der USA beeinflusst und andere nachfolgende US-amerikanische Erklärungen sowie auch die französische Déclaration von 1789. Verfasser der Virginia Bill of Rights war *George Mason*, der sich auch auf Bundesebene für eine Bill of Rights eingesetzt hat, zunächst im Rahmen der Verfassung von 1787 vergeblich, weshalb er auch gegen diese stimmte, nachher allerdings mit Erfolg in den Amendments von 1791.

Recht auf Selbstbestimmung im Sinne des Verbots, andere Menschen zu besitzen, und als Teilhabe des Staatsbürgers an den Entscheidungen des Gemeinwesens⁸.

Die Kristallisation des Menschenwürde-Gedankens in der Philosophie der Neuzeit mit klaren Konsequenzen für Recht und Staat ist nicht eine exklusive Sphäre *Kants*chen Denkens. Lange vor ihm finden sich Ansätze dazu in Griechenland, im Christentum, in der Stoa, wie dies schon vielfach dargestellt wurde. Ich möchte aber die Meinung vertreten, daß kein anderer Philosoph unseres Kulturkreises so konsequent und radikal, zutiefst philosophisch argumentierend und doch juristisch faßbar, sowohl dem Alltagshandeln als auch der Politik Richtung gebend, Ablehnung und Kritik formuliert hat gegen die unermeßlichen Menschenrechtsverletzungen der von *Kant* überblickbaren Jahrhunderte der Sklaverei und der Exzesse des Kolonialismus, der Despotie und der Intoleranz. Aber *Kant* wurde kaum gehört angesichts der vor und nach ihm grassierenden kolonialen Eroberungen und Unterwerfungen, und zur Zeit der nationalistischen Katastrophe war seine politisch-ethische Stimme fast stumm geworden, die Bedeutung seines Werks wurde vielfach auf die einer eher formalen Erkenntnistheorie zurückgestuft⁹.

Die materialen Gesichtspunkte der Absage *Kants* an Knechtschaft, Menschenverachtung und Gewalt in den zwischenmenschlichen Beziehungen hatte man im geistigen Leben Europas des 19. Jahrhunderts, in der Rechtslehre und in der politischen Philosophie verharmlost, gering geschätzt oder verkannt. *Kants* kosmopolitische Philosophie stand im 19. Jahrhundert auch im Schatten oder doch in Konkurrenz zu fast mit theologischem Anspruch auftretenden Philosophien, die Staat und Nation (und nicht das nach Rechtsregeln versammelte Volk, das *Jean Jacques Rousseau* im Sinne hatte¹⁰), geistig überhöhten und verherrlichten. Man darf auch sagen, daß nicht die Fachphilosophie, sondern am ehesten *Friedrich von Schiller* das philosophisch-politische Werk auf literarischer Ebene verbreitet hat, nicht zuletzt durch sein Schauspiel *Wilhelm Tell*, das die Schweizer gern als ihren Nationalmythos verstanden wissen wollen.

Wenn hier *Kant* als wesentlicher Bezugspunkt für die Begründung der Menschenrechte, wie sie auch für die Schweiz Grundlage allen Grundrechtsschutzes sind, genannt wird, geschieht dies auch darum, weil bei ihm englische Philosophie (vor allem *John Locke*, der späte *David Hume*), französisches politisches Denken (*Baron Charles de Montesquieu*, *Rousseau*) und deutsche Naturrechtslehre (*Thomasius*) – vielleicht auch schweizerisches genossen-

10

Frühe Ausprägungen des Menschenwürde-Gedankens

11

Überhöhung von Staat und Nation

12

Grundgedanke des Weltbürgerrechts

8 Einzelbelege finden sich bei *Jörg Paul Müller*, *Der politische Mensch – menschliche Politik, Demokratie und Menschenrechte im staatlichen und globalen Kontext*, 1999, S. 197 FN 26.
 9 Diese Tendenz ist auch heute nicht ganz überwunden. Statt vieler: *Schwemmer*, in: *Jürgen Mittelstraß* (Hg.), *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*, Bd. II, 1984, S. 357: Das Interesse *Kants* an der Lebenswelt stelle eine Grundorientierung seiner Philosophie dar, „die durch die häufige Konzentration auf die formale Untersuchung der Vernunftprinzipien leicht verdeckt wird“; siehe aaO. auch den Artikel „Neukantianismus“.
 10 In diesem rechtmäßig versammelten Volk ist für *Rousseau*, *Contrat social*, Drittes Buch, 14. Kapitel, „die Person des letzten Bürgers genau so unverletzlich und geheiligt wie die des höchsten Beamten“.

schaftliches Denken durch die Vermittlung von *Rousseau*¹¹ – in eindrücklicher Weise ineinander übergangen. *Kant* war mit der globalen Dimension allen ethischen und rechtlichen Denkens, konkret mit dem alles durchdringenden Gedanken des Weltbürgerrechts¹², seiner Zeit oder sogar unserem – auf privilegierte und somit ausgrenzende Bürgerrechte fixierten – Denken voraus. Wäre die politische Dimension und Intention in *Kants* Denken nicht immer wieder ausgeblendet worden, hätte sein Werk – jedenfalls im philosophischen und juristischen Diskurs – den Exzessen nationalistischen Denkens in Europa, vielleicht auch dem totalitären Sozialismus in Europa stärkeren Widerstand entgegensetzen können.

IV. Der Schritt von der Menschenwürde zu den Grundrechten

13
Menschenwürde als
Kerngehalt der
Grundrechte

Das Verständnis der Menschenwürde als Kern und Ausgangspunkt der Menschenrechte ist auch darum verfassungsrechtlich von großer Bedeutung, weil es Ausgangspunkt der Unterscheidung von Menschenrechten und Grundrechten der Verfassung ist und weil das Konzept der Menschenwürde auch praktisch für die Bestimmung des unveräußerlichen, unverzichtbaren und unantastbaren Kerngehalts von Grundrechten maßgeblich ist. *Grundrechte* sind *von der Verfassung in einem bestimmten Staat* gesicherte Rechte¹³, wobei der Kreis der Berechtigten über die natürlichen Menschen hinausgehen und z. B. auch die juristischen Personen einer bestimmten Rechtsordnung einbeziehen oder – einschränkend – nur Staatsangehörige erfassen kann. Jedenfalls philosophisch betrachtet knüpft zwar der Begriff der Grundrechte auch an den Wert der Menschenwürde an, aber es tritt hier gewissermaßen der Staat (oder im Rahmen von völkerrechtlichen Verträgen eine Mehrheit von Staaten) dazwischen und positiviert in gewisser Weise die Menschenrechte für den Geltungsbereich einer nationalen Verfassung (oder den Geltungsbereich einer internationalen Konvention). Das kann eine Einschränkung des Wirkungsbereichs einzelner Rechte bedeuten (Beschränkung der Niederlassungsfreiheit auf Bürgerinnen und Bürger); die Verfassung kann aber auch Grundrechte gewährleisten, die nicht unmittelbare Konkretisierungen der Menschenwürde darstellen, so etwa in der besonderen Ausgestaltung politischer Rechte.

„Positivierung“ der
Menschenrechte in
den Grundrechten

11 Als klassischen Beitrag für *Kants* Anknüpfung an *Rousseaus* Verständnis des rechtlich verfaßten Volks bzw. des Sozialkontrakts kann man § 47 der Rechtslehre verstehen. *Kant* unterscheidet die „vereinzelte Menge“ vom „vereinigten Volk“, das in eine freiheitssichernde Verfassung eintritt und so zum (Rechts-)Staat wird. „Der Akt, wodurch sich das Volk selbst zu einem Staat konstituiert, (...) ist der ursprüngliche Kontrakt“. Er entspringt allein dem gesetzgebenden Willen der Staatsgenossen, die zu Staatsbürgern werden. Der Mensch verläßt die wilde gesetzlose Freiheit, um seine Freiheit überhaupt in einem rechtlichen Zustand zu finden. *Immanuel Kant*, *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre*, 2. Teil § 47.

12 Dazu *J.P. Müller*, *Das Weltbürgerrecht*, in: Otfried Höffe (Hg.), *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1999, S. 257 ff.

13 Zur Konstitutionalität als Begriffsmerkmal der Grundrechte → Bd. II: *Merten*, *Begriff und Abgrenzung der Grundrechte*, § 35 RN 64 ff., 129.

Soweit Grundrechte einer Verfassung zugleich Menschenrechte sind, ist ihr normativer Bezugspunkt immer der Mensch, den es zu schützen gilt, gleichgültig, ob Bürger oder Staatenloser, und gleichgültig, ob er in seiner Menschenwürde in einem hoheitlichen Verhältnis vom Staat bedroht oder verletzt wird oder ob die Gefährdung von irgendwelchen anderen Gruppen, Personen oder Machtstrukturen ausgeht. Der Geltungsanspruch solcher Rechte kann also nicht von vornherein auf bestimmte Rechtsverhältnisse beschränkt verstanden werden, sondern sie gelten grundsätzlich in zwischenmenschlichen Beziehungen schlechthin. Den Gedanken bringt Art. 35 der Schweizerischen Bundesverfassung zeitgemäß zum Ausdruck mit dem Satz: „Die Grundrechte müssen in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen“, und dies steht zu Recht vor der besonderen Verpflichtung und Bindung aller Träger staatlicher Macht und auch vor dem Auftrag, daß die Grundrechte auch unter Privaten verwirklicht werden sollen (Art. 35).

14
Grundrechtsbezo-
genheit der gesam-
ten Rechtsordnung

Grundrechte, soweit sie jedenfalls als Konkretisierungen der Menschenwürde betrachtet werden können und daher auch als Menschenrechte gelten, sind der Spaltung des Rechts in öffentliches und privates Recht übergeordnet, oder anders gesagt: der normative Gehalt der Grundrechte als Menschenrechte ist elementarer als der Autoritätsanspruch des modernen Staates, aber auch als die Einrichtung der Privatrechtsordnung. „Hominum causa omne ius constitutum est“, heißt es bei *Ulpian*¹⁴, und man könnte dies übersetzen mit den Worten: Alles verfaßte und gesetzte Recht ist um der Menschen willen da, nicht umgekehrt.

15
Verfaßtes Recht um
der Menschen
willen

Praktische Orientierung bietet die Einsicht in den sich überschneidenden Begriffsumfang von Menschen- und Grundrechten auch zur Klärung der Frage, ob oder wie weit es einen unverzichtbaren und auch vom Gesetzgeber nicht antastbaren Bereich der Grundrechte gibt, wie dies Art. 36 Abs. 4 der Bundesverfassung ausdrücklich vorsieht. Bringt ein Grundrecht der Verfassung zugleich einen menschenrechtlichen Anspruch zum Ausdruck, wie etwa das Grundrecht der persönlichen Freiheit als Verbot erniedrigender Behandlung, ist dies ein Indiz dafür, daß diesem Grundrecht auch ein Kerngehalt innewohnt, den es auch durch menschenrechtskonforme Konkretisierung zu ermitteln gilt.

16
Menschenrechtliche
Kerngehalte der
Grundrechte

V. Menschenwürde und Menschenrechte in der Bundesverfassung

In den Verfassungen von 1848 und 1874 fanden sich weder der Begriff „Menschenrecht“ noch der Begriff „Menschenwürde“. Zum ersten Mal hat das

17

¹⁴ Hermogenian, 1 epit. D 1, 5, 2.

Späte Verankerung
der Menschenwürde
im Verfassungstext

Bundesgericht im Jahre 1971¹⁵ zur Menschenwürde als einem zentralen Orientierungspunkt für die weitere Entwicklung im Grundrechtsbereich Stellung genommen. Im Verfassungstext erscheint der Begriff erstmals in den in den Jahren 1992 und 1999 in die Bundesverfassung eingefügten Artikeln 119 und 120 (Text BV 1999) über Fortpflanzungsmedizin, Gentechnologie und Transplantationsmedizin im Humanbereich. Aber auch in der neuen Bundesverfassung findet sich nicht wie etwa in Art. 1 des deutschen Grundgesetzes als Einleitung zum Grundrechtsteil eine Anknüpfung an die internationalen Menschenrechte. Solche sind einzig im Zusammenhang mit der Außenpolitik der Schweiz erwähnt, wo der Bund auch „zur Achtung der Menschenrechte und zur Förderung der Demokratie“ verpflichtet wird (Art. 54 Abs. 2 BV)

B. Besonderheiten des Grundrechtsschutzes in der Schweiz

I. Verfassungsmäßige Rechte statt Grundrechte

18
Systematischer
Grundrechtskatalog

Erst 1999 hat der Bund einen systematischen Grundrechtskatalog in seine Verfassung aufgenommen. In den früheren Bundesverfassungen ist in der Regel einfach von „Freiheiten“ die Rede. Die zentrale Stelle des Grundrechtsschutzes war von 1848 bis 1999 der etwas undifferenzierte Satz „Alle Schweizer sind vor dem Gesetz gleich“ (Artikel 4 in den Verfassungen von 1848 und 1874). Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts gegenüber den Kantonen war in der Verfassung von 1874 in Artikel 113 Absatz 1 Ziffer 3 als Schutz „verfassungsmässiger Rechte“ umschrieben. Auch im Schrifttum und in der bundesgerichtlichen Praxis hatte bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts die gleiche Terminologie dominiert.

19
Beschränkte
Zuständigkeit des
Bundesgerichts im
19. Jahrhundert

Aufschlußreich ist diese Begriffsgeschichte, weil sie mit der gesamten Verfassungsentwicklung der Schweiz zusammenhängt: Ein ständiges Bundesgericht wurde erst in der Verfassung von 1874 vorgesehen. Vorher waren der Bundesrat in erster und die Bundesversammlung in zweiter Instanz für Beschwerden wegen Verletzung individueller Verfassungsrechte zuständig. Noch im Jahre 1870 hielt der Bundesrat im Hinblick auf die bevorstehende Totalrevision der

¹⁵ BGE 97 145. Das Bundesgericht bestätigt in diesem Entscheid die bereits frühere Anerkennung der persönlichen Freiheit als eines ungeschriebenen Grundrechts der Bundesverfassung, stellt dieses Grundrecht aber zum ersten Mal in einen ausdrücklichen Zusammenhang mit der Menschenwürde und grenzt es damit von einer generellen Garantie beliebiger Freiheit ab. Wörtlich heißt es im Urteil: „Mit dieser Rechtsprechung hat sich das Bundesgericht zwar nicht die Auffassung *Giacomettis* zu eigen gemacht, wonach die Verfassung (...) überhaupt jede individuelle Freiheit gewährleistet, die durch einen staatlichen Eingriff je verletzt werden könnte. Es hat sich jedoch im (...) Urteil BGE 90 136 in unzweideutiger Weise zu einer Wertordnung bekannt, die es sich zur Aufgabe macht, die Menschenwürde und den Eigenwert des Individuums sicherzustellen. Die Formulierung stammt von *Ulrich Zimmerli*, der damals als Gerichtsschreiber am Bundesgericht amtierte und später eine Professur für öffentliches Recht in Bern ausübte. Die Rechtsprechung ist bis in die Gegenwart konstant geblieben; siehe z.B. BGE 127 16.

Bundesverfassung fest, daß dem Bundesgericht jedenfalls keine Materien zur Beurteilung übergeben werden sollten, „in welchen die Rechtsverhältnisse noch schwankend sind; denn es gehört ja nicht zu den Funktionen des Richters, das Recht zu machen, sondern er hat das gegebene Recht nur anzuwenden“¹⁶. Die Verfassung von 1874 schuf nun ein ständiges Bundesgericht und übertrug diesem in Artikel 113 die Befugnis, Beschwerden betreffend die Verletzung verfassungsmäßiger Rechte der Bürger zu beurteilen. Welche Rechte damit aber gemeint waren, ließ man offen; denn Bundesrat und Bundesversammlung wollten „bei den politisch sensiblen Rechten diesen Machthebel keinesfalls in die Hand eines Gerichtes legen“¹⁷.

Die Festlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts auf den Schutz verfassungsmäßiger Rechte des Bürgers ist bis heute erhalten geblieben. Auch wo ein Rückgriff auf den Begriff der Grundrechte sachlich gerechtfertigt gewesen wäre, etwa bei der Umschreibung des Vorbehalts der Gesetzgebung, greift auch die neue Verfassung auf den Begriff „verfassungsmässige Rechte“ oder „politische Rechte“ zurück (Artikel 164 Absatz 1 litterae a und b). Ebenso erwähnt das neue, seit 2007 geltende Bundesgerichtsgesetz in Anlehnung an Art. 189 BV als Grund der Beschwerde im Rahmen der (nun subsidiären) Verfassungsgerichtsbarkeit nicht die Verletzung von Grundrechten¹⁸, sondern ausschließlich die Mißachtung verfassungsmäßiger Rechte¹⁹. Diese Kategorie umfaßt aber nicht nur eigentliche Grundrechte, sondern irgendwelche Gewährleistungen des ausdrücklichen oder impliziten Verfassungsrechts des Bundes oder der Kantone. So können auch die Gewaltenteilung, die Gemeindeautonomie²⁰, das Verbot einer Doppelbesteuerung durch die Kantone, andere Grundsätze der Besteuerung oder irgendwelche Positionen der eidgenössischen oder kantonalen Verfassungen als verfassungsmäßige Rechte geltend gemacht werden, wenn sie nur als subjektive Rechte interpretiert werden können und justitiabel sind. Es sind keinesfalls die anspruchsvollen Formeln maßgeblich, die das Bundesgericht für die Umschreibung ungeschriebener Grundrechte der Bundesverfassung aufgestellt hatte²¹. Vielmehr gelten

20

Festlegung auf den Schutz verfassungsmäßiger Rechte

„Verfassungsmäßige Rechte“ als ausdrückliche oder implizite Verfassungsgewährleistungen

16 Bundesblatt 1870 II, S. 700, zit. nach *Alfred Kölz*, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, Bd. II, 2004, S. 804.

17 *Kölz* aaO., S. 804.

18 Wie etwa Art. 93 Abs. 4a des deutschen Grundgesetzes für das Bundesverfassungsgericht.

19 In der auf das Jahr 2007 in Kraft tretenden „Justizreform“ wurde der Schutz der verfassungsmäßigen Rechte durch das Bundesgericht etwas verwischt: Die Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte der Bundesverfassung ist in den Beschwerdegründen der Verletzung von Bundesrecht und von Völkerrecht (neuer Art. 189 Abs. 1 BV) mit enthalten. Zentral bleibt der Begriff für den Schutz kantonalen verfassungsmäßiger Rechte (Art. 189 Abs. 1 lit. d BV) und für die sog. subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 116 Bundesgerichtsgesetz). Für eine konzise Darstellung der seit 1. 1. 2007 geltenden Ordnung siehe neben einer weiten Spezialliteratur: *Häfelin/Haller/Keller*, Supplement (Lit-Verz.), RN 1972 ff. u. 2023 ff. Außerhalb des neuen Grundrechtskatalogs der Art. 7–36 findet sich der Terminus „Grundrecht“ nicht in der neuen Bundesverfassung.

20 Der Schutz der Gemeindeautonomie ist jetzt in Art. 189 Abs. 1 lit. e BV (ab 2007) besonders vorgesehen, ebenso der Schutz politischer Rechte in Bund und Kantonen (lit. f).

21 Zu diesem Auseinanderfallen der Konzepte des verfassungsmäßigen Rechts und der ungeschriebenen Grundrechte siehe bereits *Jörg Paul Müller*, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, 1982, S. 27 ff.

nach konstanter Praxis des Bundesgerichts als verfassungsmäßige Rechte nach wie vor „justiziable Rechtsansprüche, die nicht ausschliesslich öffentliche Interessen, sondern auch Interessen und Schutzbedürfnisse des Einzelnen betreffen und deren Gewicht so gross ist, daß sie nach dem Willen des demokratischen Verfassungsgebers verfassungsrechtlichen Schutzes bedürfen“²².

II. Hat der Vorrang des Begriffs des verfassungsmäßigen Rechts vor demjenigen des Grundrechts einen tieferen Sinn als Eigenart des schweizerischen Verfassungsverständnisses?

1. Verfassung als „instrument of government“

21
Distanz zu substan-
tiellem Wertekanon

Schweizerischem, oft pragmatischem Rechtsdenken lag und liegt die Vorstellung eher fern, die Verfassung qualifiziere sich wesentlich durch einen substantiellen Wertekanon etwa mit der Garantie vorstaatlicher, unveräußerlicher, ewiger, geheiligter Rechte. Vielmehr wird die primäre Funktion der Staatsverfassung darin gesehen, die grundlegende Staatsorganisation, die Kompetenzverteilung im Bundesstaat, die Verfahren der Verfassungsrevision und der Gesetzgebung festzulegen. Es dominiert also bis heute ein nüchternes, eher realistisches, auf juristisch Faßbares beschränktes Verfassungsverständnis, das auf Appell, Proklamation oder Evokation nationaler Identifikationswerte – abgesehen von der feierlichen Präambel und dem Zweckartikel – verzichtet. Die Verfassung ist wesentlich „instrument of government“²³. Ein Vergleich etwa der eher dürftig formulierten Sozialziele in Art. 31 BV mit der reichen Proklamation der Sozialrechte in anderen neueren Verfassungen oder in der Charta der Europäischen Union belegt dies.

2. Demokratische Legitimation der Grundrechte

22
Volksabstimmung

Eine zweite, schwieriger zu erfassende Eigenart der schweizerischen Verfassung liegt darin, daß sie ihre Legitimität weder in einer Anknüpfung an zeitlose Werte noch in einem diffusen Begriff der Volkssouveränität oder einer ihm entsprechenden Vorstellung eines gesonderten *pouvoir constituant* sucht; die Bundesverfassung qualifiziert sich vielmehr pragmatisch durch die obligatorische Annahme in der Volksabstimmung als *demokratisch* und durch das Erfordernis der Zustimmung der Mehrheit der Kantone als *föderalistisch*. In gleicher Richtung geht die seit 1848 unveränderte Pflicht der Kantone, ihre Verfassungen der Volksabstimmung zu unterbreiten und für Revisionen offen zu halten, wenn die Mehrheit der Stimmbürger dies wünscht. In der gleichen Linie liegt, daß im Bundesstaat von 1848 nur in einem Bereich klar die direktdemokratische Partizipation der Bürger verlangt war, nämlich für die Umge-

²² Statt vieler: *BGE 131 I 368* oder *130 I 391*.

²³ Ausführlich zum Verständnis der Schweizer Bundesverfassung als instrument of government *J.P. Müller*, Soziale Grundrechte in der Verfassung, *ZSR 1973 II*, S. 715 ff.

staltung der Verfassung in Form der Totalrevision. In dieser Dominanz der politischen, durch unmittelbare Partizipation an den wesentlichen Staatsentscheiden realisierten Freiheit tritt die freiheitsbezogene Konstitution des politischen Gemeinwesens vor seiner Aufgabe des individuellen Freiheitsschutzes in den Vordergrund. Dies belegt auch die seit 1848 in allen Verfassungen des Bundes im Zweckartikel hervorgehobene Freiheit des Volkes, nicht primär des Einzelmenschen, als Träger elementarer Verfassungsrechte. Freiheit ist also im Status des Bürgers und seiner unmittelbaren Mitträgerschaft der Verfassung, nicht primär in einer Gewährleistung subjektiver Freiheitsrechte des Individuums gesichert. Um es nochmals mit andern Worten zu sagen: Wenn der Einzelne die Verfassung als Grundlage des Staates unmittelbar mitgestalten kann, so – dies wird vorausgesetzt – ist eine demokratische und liberale Ordnung im Ganzen weithin sichergestellt.

Freiheit durch unmittelbare Mitgestaltung der Verfassung

So erklärt sich, daß ein subjektives Recht seine besondere Bedeutung nicht durch den Bezug auf Gott oder eine transzendente Vernunft erhält, sondern pragmatisch durch seine Verankerung in der Verfassung, die als *Contrat social* primärer Ausdruck des demokratischen allgemeinen Willens ist²⁴. Den individualistisch-aufklärerischen Schub brachte der Schweiz erst *Napoleon* 1798 mit der Verfassung der Helvetik, die eine „natürliche Freiheit des Menschen“ im Sinne der Aufklärung zu einem Pfeiler des unzerteilbaren Staates Schweiz machte, und in dieser Verfassung fanden klassische Freiheitsrechte wie Gewissens- und Glaubensfreiheit, Pressefreiheit und Eigentumsgarantie wie selbstverständlich ihren Platz. Illustrativ ist die Begründung der Pressefreiheit in der helvetischen Verfassung, die nicht etwa aus dem Anliegen freier Willensbildung im vielfächerigen demokratischen Staat, sondern individualistisch „als Folge des Rechts, das jeder hat, Unterricht zu erhalten“, verstanden wird (Artikel 8, Hauptgrundsätze).

23

Pragmatisches Verständnis subjektiver Rechte

1798–1803: Verfassung der Helvetik

Die Bundesverfassung von 1848 distanzierte sich wieder von diesem individualistischen Menschenbild mit der „natürlichen Freiheit des Menschen“ im Zentrum²⁵, wie sie der Schweiz von *Napoleon* diktiert worden war. Als primäres Staatsziel nennt die Verfassung von 1848 in dem – im wesentlichen bis heute geltenden – Zweckartikel den „Schutz der Freiheit und der Rechte der Eidgenossen und Beförderung ihrer gemeinsamen Wohlfahrt“. Die Gleichheit „der Schweizer vor dem Gesetz“ wird zwar prominent in Artikel 4 garantiert; die Freiheitsrechte erscheinen aber erst mit vielen Einschränkungen und Ausnahmen in Artikel 41 ff. nach einem differenzierten Kompetenzkatalog:

24

1848: Abkehr vom individualzentrierten Verfassungsbild

24 Zu diesem Prozeß der Vergesellschaftung der Freiheit bei *Rousseau*: Alfred Kölz, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, Bd. I, 1992, S. 44; eindrücklich zum realen Bezug des *contrat social* von *Rousseau* zu städtischen (Genf!) und ländlichen Verfassungsverhältnissen in der Schweiz und besonders zu den Einrichtungen von Gemeindeversammlung und Landsgemeinde siehe jetzt *Blickle*, *Rousseauismus*, in: Dieter Hein/Klaus Hildebrand/Andreas Schulz (Hg.), FS Lothar Gall, 2006, S. 709 ff. und insb. S. 716 ff., unter Bezugnahme auf das magistrale Werk: *Peter Blickle*, *Kommunalismus*, 2 Bde., 2000.

25 Kölz aaO., S. 583: 1848 wurde kaum mehr individualistisch-naturrechtlich argumentiert; es ging jetzt darum, die Grundrechte von den liberalen Kantonen auf den Bund zu übertragen. Aus diesem Grunde stand nun die Verwirklichung des nationalen Gleichheitsgedankens im Vordergrund.

Freiheitsrechte als Verfassungsprodukte

Sie sind nicht Ausdruck einer selbstverständlichen, natürlichen, unveräußerlichen Freiheit, sondern erscheinen als Produkte dieser Verfassung. Der Passus „Der Bund gewährleistet allen Schweizern [...]“ leitet in Artikel 41 die Garantie der Niederlassungsfreiheit für die Angehörigen christlicher Konfessionen ein. In den Artikeln 44 ff. folgen eine vorsichtig bemessene Religionsfreiheit, die Pressefreiheit mit dem besonderen Vorbehalt ihres Mißbrauchs gegenüber Staat und Behörden, ferner die Versammlungsfreiheit für Bürger. Waren in der helvetischen Verfassung große Hürden für eine Verfassungsänderung gestellt, legt die Verfassung von 1848 einen Schwerpunkt auf die Garantie jederzeitiger Revidierbarkeit, eigenartigerweise nur in der Form der Totalrevision. Kein religiöser oder metaphysischer Bezug gibt irgendwelchen Individualrechten ihre Auszeichnung etwa als unabänderliche Gehalte, sondern die demokratische Verfassung bestimmt immer neu, was änderbar, was erhaltenswert ist.

Vorbehalt jederzeitiger Revidierbarkeit

25

Subjektive Rechte als Produkt demokratischer Verfassungsgebung

Höchsten Schutz verdienen unter einem solchen Demokratie- und Republikverständnis nicht irgendwelche dem Menschen aus göttlichem, „natürlichem“ oder philosophischem Ursprung erdachten Menschenrechte, sondern subjektive Rechte, die im Prozeß demokratischer Verfassungsgebung ausgezeichnet wurden. Als verfassungsmäßig und somit eines qualifizierten Schutzes würdig oder bedürftig gelten darum in der Schweiz in erster Linie bis heute Rechtspositionen des Einzelnen, die durch ihre Verankerung in der Verfassung des Bundes oder eines Kantons ein so großes Gewicht haben, daß sie besondern Schutz verdienen²⁶. Es kann sich dabei wie bei der schon 1848 verbrieften Pressefreiheit um klassische Grundrechte handeln; aber beispielsweise auch dem Verbot der doppelten steuerlichen Belastung wurde die Würde des verfassungsmäßigen Rechts zugebilligt. Eine reiche Illustration des pragmatischen und doch eher formalen Charakters des verfassungsmäßigen Rechts findet sich in der Verfassungsrechtsprechung des Bundesgerichts, in der es die kantonalen verfassungsmäßigen Rechte mit großer Sorgfalt und föderalistischem Respekt zum Tragen bringt²⁷.

III. Die erstaunliche Tradition ungeschriebener Grundrechte

26

Grundrechtsbegriff des Bundesgerichts

Einen interessanten Einbruch in dieses auf die Verfassung und ihre demokratische Legitimierung gegründete Verständnis der wichtigsten Rechte findet sich in der Rechtsprechung des Bundesgerichts der Jahre 1961 bis 2000. Obwohl dem Bundesgericht in der Verfassungsordnung keine herausragende Stellung und Autorität zukommt, hat dieses Gericht doch in seiner Kontrolle der kantonalen Gesetzgebung und ihrer Anwendung einen erstaunlichen

²⁶ Stärkster Beleg dafür ist die in konstanter Praxis vom Bundesgericht gegebene Umschreibung des Kreises verfassungsmäßiger Rechte: Diese zeichnen sich dadurch aus, daß sie „nach dem Willen des demokratischen Verfassungsgebers verfassungsrechtlichen Schutzes bedürfen“ (BGE 131 1368 und oben FN 22).

²⁷ Jörg Paul Müller, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, 1982, S. 28–30.

eigenen Grundrechtsbegriff entwickelt, ohne deutliche Abstützung auf die sich etwa gleichzeitig im internationalen Bereich vertiefende Menschenrechtsidee und ihre Konkretisierungen in Deklarationen und Staatsverträgen. Es hat während Jahrzehnten ziemlich autonom die dogmatische Form der ungeschriebenen Grundrechte weitergebildet, auch um damit stoßende Defizite im Verfassungstext zu korrigieren²⁸.

Dabei hat sich das Bundesgericht weder auf eine klare, einhellige Begründungslinie der Wissenschaft beziehen können, noch hat es selbst eine wirklich konsistente Theorie zur Anerkennung ungeschriebener Grundrechte aufgebaut. Die wissenschaftlichen Bezüge, die zur Begründung ungeschriebener Grundrechte angeführt wurden, waren zum Teil an eine eher konservative Theorie von der Unteilbarkeit der Freiheit angelehnt²⁹ oder gingen von zeitgemäßen methodischen Einsichten in die Ergänzungs- und Konkretisierungsbedürftigkeit allen geschriebenen Verfassungsrechts aus³⁰. In seinen dogmatischen Begründungen stützte sich das Bundesgericht auf so unterschiedliche Legitimationsfaktoren wie die Übereinstimmung der kantonalen Verfassungen in der Anerkennung einer Grundrechtsposition oder die Qualifikation eines Grundrechts als eines unentbehrlichen Bestandteils jeder rechtsstaatlichen und demokratischen Ordnung. In diesem heterogenen Begründungsfeld sind Grundrechte wie die Eigentumsgarantie, die Meinungsfreiheit, die Versammlungsfreiheit, die persönliche Freiheit, die Sprachenfreiheit und zuletzt das Recht jedes Menschen auf Hilfe in Notlagen als unbestrittene Positionen in das geltende Verfassungsrecht eingegangen. Die gelegentliche Kritik an dieser „wilden“, methodisch nicht etwa an der Lückenfüllungslehre von Art. 1 ZGB orientierten Ausbreitung richterlicher Rechtsschöpfung, hat übersehen, daß andere wichtige Teile des Grundrechtsschutzes in der verfassungsgerichtlichen Praxis des Bundesgerichts schon seit dem 19. Jahrhundert durch Richterrecht geschaffen wurden, so die bedeutende Anerkennung des Willkürverbots oder des Verbots formeller Rechtsverweigerung (mit dem Gebot des rechtlichen Gehörs). Formell wurden vom Gericht diese Rechtsschöpfungen allerdings als Konkretisierungen des Art. 4 aBV mit der Garantie der Rechtsgleichheit bezeichnet, was aber an ihrem selbständigen Charakter wenig änderte.

27

Heterogene Legitimationsgründe

Grundrechtsschutz durch Richterrecht

Konkretisierungen der Rechtsgleichheit

IV. Der Einbruch der Europäischen Menschenrechtskonvention ins schweizerische Verfassungssystem

Diese Entwicklung wurde nach dem Beitritt der Schweiz zur Europäischen Menschenrechtskonvention durch eine erst zögerliche, bald aber dominante Inkorporation der Konventionsrechte in das Bundesrecht überlagert: Das

28

Ratifikation ohne Transformationsakt

²⁸ Eine prägnante Darstellung dieses Prozesses mit allen Belegen findet sich bei *Kölz*, Verfassungsgeschichte (FN 16), S. 817–820.

²⁹ Siehe die ausführliche Auseinandersetzung mit der wissenschaftlichen Literatur in *BGE 97 I 97* unter lit. a.

³⁰ Wegweisend in methodischer Hinsicht war vor allem *Hans Huber*. Siehe *dens.*, GR I (LitVerz.), S. 208ff.