

Verfassungsrechtlicher und völkerrechtlicher Status der Grundrechte in der Schweiz (Bund, Kantone, internationales Recht)

Daniel Thürer*

Übersicht

- A. Historische Entwicklung und strukturelle Eigenarten der Grundrechte in der Schweiz
- B. Grundrechte in der Bundesverfassung
 - I. Grundrechtekatalog der BV
 - II. Anerkennung ungeschriebener Grundrechte durch das Bundesgericht
 - III. Grundrechtsschranken gemäss Art. 36 BV
 - IV. Ausgewählte Rechtsprechung des Bundesgerichts
- C. Grundrechte in den Kantonsverfassungen
 - I. Grundrechtsschutz in den 26 Kantonsverfassungen
 - II. Fragmentarische oder Vollverfassung für Gliedstaaten?
 - III. Politische Rechte auf kantonaler Ebene
- D. Völkerrechtlicher Schutz der Menschenrechte in der Schweiz
 - I. Ratifikation von Menschenrechtsabkommen durch die Schweiz
 - II. Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht
 - 1. Geltung
 - 2. Rang
 - 3. Anwendbarkeit
 - III. EMRK als Kernstück des schweizerischen Menschenrechtsschutzes
 - IV. Neuere Rechtsprechung des EGMR zur Schweiz
- E. Dynamisches System von Normen zwischen verschiedenen Polen
- F. Bibliographie

A. Historische Entwicklung und strukturelle Eigenarten der Grundrechte in der Schweiz

[DREI RECHTSEBENEN]

Grundrechte, in einem umfassenden Sinne verstanden, lassen sich in Freiheitsrechte (*status negativus*), soziale Grundrechte (*status positivus*), politische Rechte (*status activus*) und rechtstaatliche Garantien einteilen. In der Schweiz werden Grundrechte auf drei Rechtsebenen gewährleistet: durch die Bundesverfassung von 1999, durch die 26 Kantonsverfassungen und durch das Völkerrecht. Der Grundrechtsschutz des Bundes ging im Wesentlichen aus demjenigen der Kantonsverfassungen hervor. Die Grundrechte der Kantone besitzen heute aber nur noch marginale Bedeutung. Die Entwicklung des modernen Grundrechtsschutzes in der Schweiz fand wesentliche Impulse der Fortgestaltung von den völkerrechtlich garantierten Menschenrechten her, die nunmehr in einem wesentlichen Masse auf Bundesebene „konstitutionalisiert“ worden sind. Im Falle der Schweiz stehen wir vor einem spannenden Exempel eines vielstufigen, dynamischen Verfassungsregimes¹, in dem kantonale Gewährleistungen im Verhältnis zu denjenigen des Bundes und internationale Garantien im

* Ich danke lic.iur. Felix Schwendimann für seine sehr wertvolle Mitarbeit.

¹ Vgl. INGOLF PERNICE/RALF KANITZ, Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe, in: Walter Hallstein-Institut Paper 7/04, Berlin 2004, S. 1 ff.

Verhältnis zu nationalen subsidiär sind, im Grunde genommen aber jede Grundrechtsposition einem Brennpunkt gleicht, in dem ungeachtet von hierarchischen Zuordnungen Lichtstrahlen aus den verschiedenen Rechtssphären zusammentreffen.

[GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG]

Die Menschen genossen unter der schweizerischen Verfassung einen weitreichenden Schutz. Gleichwohl gehört die Schweiz nicht zu den Geburtsländern der klassischen Menschenrechte. Zwar haben die demokratisch-politischen Rechte der Bürger in der genossenschaftlichen Staatstradition der Schweiz² und im Denken namhafter Staatsdenker des Landes wie Jean-Jacques Rousseau³ und Benjamin Constant⁴ starke Wurzeln. Das Gedankengut der Menschenrechte wurde aber vor allem in England und den Vereinigten Staaten entwickelt und fand in der Französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 eine feierliche Proklamation. Die Eidgenossenschaft wurde 1798, als Folge der französischen Besetzung, zum ersten Mal mit den Grundrechten im modernen Sinn konfrontiert, und mit der Verfassung der Helvetik gelangte die Menschenrechtsidee zum ersten Mal ins schweizerische Staatsrecht. Die Helvetikverfassung von 1798 beseitigte mit bleibender Wirkung die alt-eidgenössischen Untertanengebiete und gewährleistete ausdrücklich Grundrechte wie die Gewissensfreiheit, Pressefreiheit, Rechtsgleichheit und das Eigentum.⁵ In der politisch schöpferischen Umbruchphase der Regeneration (1830 – 1848) ergriffen die Strömungen des (ideellen und wirtschaftlichen) Liberalismus und des (eher egalitär und etatistisch ausgerichteten) Radikalismus weite Teile des Volkes.⁶ Sie gaben der 1848 geschaffenen Bundesverfassung ihr besonderes, freiheitlich-föderalistisches Gepräge.

[DREI GRUNDZÜGE DES SCHWEIZERISCHEN STAATSRECHTS]

Die (innen)politische Ordnung der Schweiz weist drei Grundzüge auf, die alle den Schutz und die Entwicklung der Grund- und Menschenrechte wesentlich beeinflussten und prägten. Gemeint sind Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und Föderalismus.

[RECHTSSTAATSPRINZIP]

Es versteht sich, dass das Rechtsstaatsprinzip die eigentliche Grundlage für den Schutz der Grund- und Menschenrechte im schweizerischen Rechtsraum bildet. Es fand – von der breiteren Öffentlichkeit nur wenig beachtet – im Bundesgericht seinen besonderen Promotor. Dieses schuf schon in den ersten Jahren seines Bestandes mit Selbstverständlichkeit und Zielsicherheit die tragenden dogmatischen Grundlagen für eine modernen Grundrechte-Rechtsprechung und erwies sich in neuerer Zeit als zuverlässiger Garant für die effektive, strikte und reibungslose Durchsetzung der von der Schweiz abgeschlossenen Menschenrechtsverträge.⁷

[FÖDERALISMUS]

² Direkt-demokratische Rechte der Bürger waren zur Zeit des „Ancien Régime“ freilich im Wesentlichen auf die wenigen Landsgemeinde-Kantone beschränkt; in der alten Eidgenossenschaft regierten, was oft übersehen wird, im Grunde genommen zwanzigtausend Bürger über ihre achtzigtausend Mitbürger. Vgl. JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Band 1, Basel/Frankfurt a.M. 1995, S. 5.

³ JEAN-JACQUES ROUSSEAU, Der Gesellschaftsvertrag, Textkritische Ausgabe, Übers. und Anm. von Klaus H. Fischer, Schutterwald/Baden 2002.

⁴ Vgl. zu diesem Denker etwa TZVETAN TODOROV, Benjamin Constant – La passion démocratique, Paris 1997.

⁵ Näheres bei ALFRED KÖLZ, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte: ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992; DERS., Geschichtliche Grundlagen, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 111 ff.

⁶ Näheres bei EDUARD HIS, Geschichte des neueren schweizerischen Staatsrechts, Bd. 2, Die Zeit der Restauration und der Regeneration 1814-1848, Basel 1929.

⁷ Vgl. etwa DANIEL THÜRER, Perspektive Schweiz, Zürich 1998, S. 22 f.

Föderalismus bedeutet naturgemäss eine Vervielfachung und Stärkung der politischen Rechte des Bürgers. Er steht als solcher der Entfaltung des klassischen Grund- und Menschenrechtsschutzes nicht entgegen, auch wenn diese und vor allem das Gleichheitsprinzip naturgemäss zentralisierend wirken. Die Rücksichtnahme auf Rechtsordnungen und Rechtspolitik der Kantone, die in der Bundesverfassung noch immer als „souverän“ bezeichnet werden, wirkte sich allerdings verschiedentlich hemmend auf die Bereitschaft der Schweiz zur Ratifizierung von Menschenrechtsabkommen aus, denn sie verfolgt die Politik, Verpflichtungen auf der internationalen Ebene erst einzugehen, wenn und soweit die erforderlichen Rechtsanpassungen innerstaatlich, d.h. im Recht des Bundes und der Kantone, vorgenommen worden sind.⁸

[DEMOKRATIE]

Eine besondere Ausprägung der schweizerischen Grundrechtekonzeption sind die Institutionen der halb-direkten Demokratie. Sie stehen zu den übrigen Grund- und Menschenrechten in einem vielfältigen Spannungsverhältnis.⁹ Die Volksrechte ermöglichen es den Menschen, als „citoyens actifs“ die Geschicke des Staates Schweiz mitzubestimmen, wie dies kaum in einem anderen Land der Fall ist. Dabei hat allerdings das Staatsvertragsreferendum, wie der Föderalismus, zu Zurückhaltung und Verzögerungen beim Abschluss von Menschenrechtsabkommen geführt. Auch ist der für die schweizerische Staatstradition typische Gedanke, dass die Freiheit des Menschen wesentlich durch Parlament und Volk und die von ihnen erlassenen Gesetze sowie, auf kantonaler Ebene, durch die Volkswahl von Exekutiv- und Justizorganen zu schützen ist, in der traditionellen Menschenrechtsdoktrin nicht geläufig. Er verdient aber, als Ausdruck des menschlichen Bedürfnisses nach aktiver Mitgestaltung des eigenen Umfelds und als spezifisch schweizerische Ausprägung des Grund- und Menschenrechtsverständnisses, durchaus Beachtung¹⁰; dies gilt auch für die in der Schweiz von Lehre und Rechtsprechung vertretene Konzeption, wonach gewisse Grund- und Menschenrechte (vor allem die Kommunikationsrechte) funktional so zu verstehen und zu handhaben sind, dass sie effektiv zur Schaffung und Erhaltung offener Räume der demokratischen Willensbildung beitragen, also eine „demokratische Färbung“ aufweisen.¹¹

⁸ Siehe z.B. Siebter Bericht des Bundesrates über die Schweiz und die Konventionen des Europarates vom 19. Januar 2000, S. 1144: „Eine Ratifikation kann ... nur dann angezeigt sein, wenn die Schweiz die vertraglich vereinbarten Verpflichtungen tatsächlich einzuhalten vermag, da zu den Grundsätzen des schweizerischen Rechtsstaates die strikte Beachtung völkerrechtlicher Regeln gehört.“

⁹ Vgl. hierzu etwa DANIEL THÜRER, *Deliberative Demokratie und Abstimmungsdemokratie*, in: DERS., *Kosmopolitisches Staatsrecht, Grundidee Gerechtigkeit*, Band 1, Zürich/Berlin 2005, S. 65 ff.

¹⁰ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hatte im Fall Schiesser, wohl etwas doktrinär, die Unabhängigkeit des zürcherischen Untersuchungsrichters allein deswegen verneint, weil dieser gewissen formalen Weisungen der Staatsanwaltschaft unterstand, ohne aber in Betracht zu ziehen, dass er vom Volk gewählt wird und die Volkswahl faktisch eine nicht zu unterschätzende Sicherung seiner Unabhängigkeit bedeutet. Vgl. das Urteil im Fall Schiesser gegen die Schweiz, Urteil vom 4. Dezember 1979, Beschwerde-Nr. 7710/76. Siehe unter <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en> (zuletzt besucht am 4. September 2006).

¹¹ Zum demokratischen Verständnis gewisser Grundrechte und zum Gedanken, dass demokratische Entscheidungsfindung eine Zivilgesellschaft voraussetzt, in der Informationen, Gedanken und Überzeugungen frei zirkulieren können, und die Diskurse ermöglicht, die schliesslich zur Verständigung, zu Kompromissen und Entscheidungen führen, vgl. PETER SALADIN, *Grundrechte im Wandel*, 3. Aufl., Bern 1982; JÖRG PAUL MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz*, 3. Aufl., Bern 1999; DERS., *Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten*, in: Daniel Thürer/Jean François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, S. 621, 628; MARKUS SCHEFER, *Die Grundrechte in der Schweiz - Ergänzungsband*, Bern 2005. Vgl. zum Ganzen auch YVO HANGARTNER/ANDREAS KLEY, *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zürich 2000; PIERRE TSCHANNEN, *Stimmrecht und politische Verständigung, Beiträge zu einem erneuerten Verständnis von direkter Demokratie*, Basel/Frankfurt am Main 1995.

Im Folgenden wird auf die drei Rechtsebenen eingegangen, auf welchen die Grundrechte in der Schweiz garantiert sind.

B. Grundrechte der Bundesverfassung

I. Grundrechtekatalog der BV

[VERFASSUNG VON 1848]

Mit der Verfassung von 1848 ging die Eidgenossenschaft von einem Staatenbund in einen Bundesstaat über. Pressefreiheit, Vereinsfreiheit, das Petitionsrecht und andere Grundrechte wurden nunmehr von Bundes wegen gewährleistet. Die Niederlassungsfreiheit fand nur für Schweizerbürger und die Kultusfreiheit nur für Christen Anerkennung. Daneben wurde auf Bundesebene ein allgemeines Wahlrecht geschaffen, das jedoch nur für Männer galt.

[TOTALREVISION VON 1874]

Mit der Totalrevision der Bundesverfassung von 1874 wurden die Niederlassungs- und die Glaubens- und Gewissensfreiheit erweitert und die Handels- und Gewerbefreiheit eingeführt. Wichtig war auch, dass durch die neue Verfassung ein ständiges Bundesgericht errichtet wurde. Seine Rechtsprechung erwies sich in der Folge als zentral für die Fortentwicklung des Grund- und Menschenrechtsschutzes.

In der Bundesverfassung von 1874 wurden nur zehn Grundrechte ausdrücklich geregelt.¹² Für das Bundesgericht stellte sich somit die Frage, ob sich der Einzelne auch auf nicht geschriebene Grundrechte berufen könne. Hierzu gingen die Meinungen in der Lehre auseinander. Von Zaccaria Giacometti wurde geltend gemacht, dass die Kataloge der Freiheitsrechte eine bloss lückenhafte Aufzählung darstellten.¹³ Aus dem freiheitlichen politischen Wertesystem ergebe sich eine sachliche Lückenlosigkeit der Freiheitsrechte. Genauer gesagt, seien die Freiheitsrechte bloss Manifestationen der individuellen Freiheit als solcher. Von Hans Huber wurden die Freiheitsrechte demgegenüber als punktuelle, konkrete Postulate und Programme aufgefasst, wobei das Bundesgericht beim Fehlen von Freiheitsrechten im Verfassungstext Programmlücken unter Umständen auszufüllen habe.¹⁴ Das Bundesgericht wählte in dieser Debatte einen Mittelweg und anerkannte seit 1959 unter bestimmten Voraussetzungen neben den ausdrücklich im Wortlaut der Verfassung verankerten Grundrechten sukzessive eine ganze Reihe von ungeschriebenen Grundrechten.¹⁵

¹² Nämlich die Rechtsgleichheit, die Eigentumsgarantie, die Handels- und Gewerbefreiheit, die Niederlassungsfreiheit, die Glaubens- und Gewissensfreiheit, die Kultusfreiheit, die Ehefreiheit, die Pressefreiheit, die Vereinsfreiheit und die Petitionsfreiheit.

¹³ ZACCARIA GIACOMETTI, Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit, in: Zeitschrift für schweizerisches Recht 1955, 1. Halbband, S. 149 ff; 171; DERS., Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941, S. 168 ff.

¹⁴ HANS HUBER, Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, in: Zeitschrift für schweizerisches Recht 1936, 2. Halbband, S. 153a ff. Huber bezeichnete die Auffassung, dass die Freiheitsrechte und die Rechtsgleichheit notwendiges Verfassungsrecht seien, als Ballast. (a.a.O., S. 47a). Er gibt Giacometti zu bedenken, dass wenn dieser alle Freiheitsrechte als verbürgt wissen wolle, die je in Zukunft einmal relevant sein könnten, der richterlichen Fortgestaltung der Verfassung unbegrenzte Möglichkeiten bestünden. Vgl. HANS HUBER, Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1955, S. 95, 105.

¹⁵ Das Bundesgericht verwendete regelmässig folgende Formel: „Eine Gewährleistung von in der Verfassung nicht genannten Freiheitsrechten durch ungeschriebenes Verfassungsrecht wurde vom Bundesgericht in Bezug auf solche Befugnisse angenommen, welche Voraussetzung für die Ausübung anderer (in der Verfassung genannter) Freiheitsrechte bilden oder sonst als unentbehrliche Bestandteile der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes erscheinen. Um die dem Verfassungsrichter gesetzten Schranken

Masstab für die Anerkennung ungeschriebener Grundrechte bildete neben den Kantonsverfassungen mitunter auch die EMRK. Als ungeschriebene Grundrechte wurden vom Bundesgericht die Eigentumsgarantie (1960)¹⁶, die Meinungsäusserungsfreiheit (1961)¹⁷, die persönliche Freiheit (1963)¹⁸, die Sprachenfreiheit (1965)¹⁹, die Versammlungsfreiheit (1970)²⁰ und zuletzt das Recht auf Existenzsicherung (1995)²¹ anerkannt. Nicht anerkannt wurden beispielsweise ein Recht auf freie Grabmalgestaltung (1970)²², die Demonstrationsfreiheit (1974)²³ sowie ein Recht auf Bildung (1977)²⁴.

[VERFASSUNG 1999]

1999 erhielt die Schweiz ihre dritte, nachgeführte Bundesverfassung (Verfassung 1999²⁵), die sich mitunter durch einen systematischen, umfassenden Grundrechtekatalog auszeichnet.²⁶ Bemerkenswert ist, dass verschiedene Formulierungen des neuen Verfassungstextes zum Teil Wort für Wort aus der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)²⁷ bzw. dem UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und anderen Menschenrechtsverträgen²⁸ rezipiert worden sind. Der Grundrechtekatalog der Bundesverfassung von 1999 präsentiert sich folgendermassen:

- Art. 7 nennt an der Spitze die Menschenwürde, bei der es „um das elementarste menschenrechtliche Gegengewicht gegen jede Arroganz der Macht“ geht.²⁹

nicht zu überschreiten, hat das Bundesgericht stets auch geprüft, ob die in Frage stehende Gewährleistung bereits einer weitverbreiteten Verfassungswirklichkeit in den Kantonen entspreche und von einem allgemeinen Konsens getragen sei.“ Siehe z.B. BGE 121 I 367 E. 2, S. 370 zum Recht auf Hilfe in Notlagen.

¹⁶ Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 1961, S. 69 ff.

¹⁷ BGE 87 I 114 E. 2, S. 117.

¹⁸ BGE 89 I 92 E. 3, S. 98.

¹⁹ BGE 91 I 480.

²⁰ BGE 96 I 219.

²¹ BGE 121 I 367. Das Bundesgericht hatte den Fall von drei sich illegal in der Schweiz aufhaltenden Brüdern zu beurteilen, welchen die soziale Unterstützung durch die Gemeinde verweigert worden war. Der Regierungsrat stellte sich auf den Standpunkt, dass die drei Brüder ihre Notlage absichtlich aufrechterhalten würden und ihnen deshalb die Fürsorgeleistung vollumfänglich entzogen werden könne. Das Bundesgericht dagegen hielt fest, dass sich auch Ausländer, unabhängig von ihrem aufenthaltsrechtlichen Status, auf das Recht auf Existenzsicherung berufen können und im vorliegenden Fall kein offenkundiger Rechtsmissbrauch vorliege.

²² BGE 96 I 104 E. 1, S. 107.

²³ BGE 100 Ia 392 E. 4b und c, S. 399 ff.

²⁴ BGE 103 Ia 369 E. 4a, S. 377/378; BGE 103 Ia 394 E. 2, S. 398/399.

²⁵ Vgl. Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1; Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001; Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2002; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Bern 2006; GIOVANNI BIAGGINI, Verfassungsreform in der Schweiz – Die neue schweizerische Bundesverfassung vom 18. April 1999 im Zeichen von „Verfassungsnachführung“ und Verfassungspolitik, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1999, S. 433 ff; Thomas Gächter/Martin Bertschi (Hrsg.), Neue Akzente in der „nachgeführten“ Bundesverfassung, Zürich 2000.

²⁶ ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6., stark überarbeitete Aufl., Zürich 2005, S. 65 ff; RENÉ RHINOW, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel 2003, S. 173 ff; DERS., Rechtsstaatlichkeit im Spiegel der neuen Bundesverfassung, in: Peter Gauch/Daniel Thürer (Hrsg.), Symposien zum schweizerischen Recht: Die neue Bundesverfassung - Analysen, Erfahrungen, Ausblick, Zürich/Basel/ Genf 2002, S. 55 ff; ANDREAS KLEY, Der Grundrechtekatalog der nachgeführten Bundesverfassung – ausgewählte Neuerungen, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1999, S. 301 ff.

²⁷ Siehe z.B. Art. 8 EMRK (Art. 13 BV) betr. Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens oder Art. 6 EMRK (Art. 29 f. BV) betr. Recht auf ein faires Verfahren oder Art. 10 EMRK (Art. 16 BV) zur Meinungsäusserungsfreiheit.

²⁸ Vgl. z.B. Art. 25 Abs. 3 BV (Art. 33 UNO-Flüchtlings-Konvention) betr. Refoulement-Verbot.

²⁹ MÜLLER, Grundrechte (FN 10), S. 1. Siehe auch LORENZ ENGI, Neuere Entwicklungen im Menschenwürdeschutz, in: Aktuelle Juristische Praxis 2006, S. 911 ff.

- Die Freiheitsrechte finden sich in Art. 10 (Recht auf Leben und persönliche Freiheit), Art. 11 (Schutz der Kinder und Jugendlichen; ist schwierig einzuordnen), Art. 13 (Schutz der Privatsphäre), Art. 14 (Recht auf Ehe und Familie), Art. 15 (Glaubens- und Gewissensfreiheit), Art. 16 (Meinungs- und Informationsfreiheit), Art. 17 (Medienfreiheit), Art. 18 (Sprachenfreiheit), Art. 20 (Wissenschaftsfreiheit), Art. 21 (Kunstfreiheit), Art. 22 (Versammlungsfreiheit), Art. 23 (Vereinigungsfreiheit), Art. 24 (Niederlassungsfreiheit), Art. 25 (Schutz vor Ausweisung, Auslieferung und Ausschaffung), Art. 26 (Eigentumsgarantie), Art. 27 (Wirtschaftsfreiheit) und Art. 28 (Koalitionsfreiheit).
- Die rechtstaatlichen Garantien sind in Art. 8 (Rechtsgleichheit)³⁰, Art. 9 (Schutz vor Willkür und Wahrung von Treu und Glauben).³¹ Art. 29-32 regelt die Rechte auf ein faires Verfahren.³²
- Soziale Grundrechte wurden in Art. 12 (Recht auf Hilfe in Notlagen)³³, Art. 19 (Anspruch auf Grundschulunterricht) und Art. 29 Abs. 3 (Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege) normiert.
- Art. 34 gewährleistet die politischen Rechte und in Art. 33 ist das Petitionsrecht geregelt.

Auch nach der Verfassungsrevision von 1999 bleibt die Anerkennung von ungeschriebenen Grundrechten möglich. Angesichts der offenen Grundrechtsformulierungen der Bundesverfassung und der durch die Schweiz ratifizierten Menschenrechtsverträge wird sie aber in naher und mittlerer Zukunft als ausgeschlossen erachtet.³⁴

II. Drittwirkung

[DRITTWIRKUNG]

Auch Private können eine Bedrohung für die Grundrechte sein. Nach Art. 35 Abs. 3 BV haben die Behörden deshalb dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden.³⁵ Das Bundesgericht befasste sich in verschiedenen Entscheiden mit indirekten Drittwirkungen von Grundrechten, d.h. der grundrechtskonformen Auslegung von unbestimmten Normen vor allem des Privat- und Strafrechts.³⁶

III. Grundrechtsschranken gemäss Art. 36 BV

[GRUNDRECHTSSCHRANKEN]

Art. 36 BV nennt vier Voraussetzungen, die Einschränkungen von Freiheitsrechten rechtfertigen.³⁷ Erstens muss der Eingriff eine gesetzliche Grundlage haben, d.h. er muss in einer generell-abstrakten Norm vorgesehen sein, die genügend bestimmt ist, damit die Bürger

³⁰ RAINER J. SCHWEIZER/MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Art. 8, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2002, S. 91 ff; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4., vollst. überarb. Aufl., Zürich 2002, S. 103 ff.

³¹ FELIX UHLMANN, Das Willkürverbot (Art. 9 BV), Bern 2005; DANIEL THÜRER, Das Willkürverbot nach Artikel 4 BV, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1987/II, S. 419 ff. BEATRICE WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel/Frankfurt a.M. 1983; DIES., Neuere Entwicklung des Vertrauensschutzes, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 2002, S. 281 ff; KATHARINA SAMELL, Treu und Glauben im öffentlichen Recht, in: Zeitschrift für schweizerisches Recht 1977/II, S. 289 ff.

³² RENÉ WIEDERKEHR, Fairness als Verfassungsgrundsatz, Bern 2006.

³³ KATHRIN AMSTUTZ, Das Grundrecht auf Existenzsicherung, Bern 2002; DIES., Die Ausgestaltung des Grundrechts auf Hilfe in Notlagen, in: Carlo Tschudi (Hrsg.), Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen, Bern 2005, S. 17 ff.

³⁴ RHINOW (FN 26), S. 174; HÄFELIN/HALLER (FN 26), S. 73.

³⁵ Vgl. PATRICIA EGLI, Drittwirkung von Grundrechten, Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht, Zürich 2002; GEORG MÜLLER, Die Drittwirkung der Grundrechte, in: ZBl 1978, S. 233 ff.

³⁶ Vgl. z.B. BGE 126 V 70, BGE 126 II 324.

³⁷ Vgl. RAINER J. SCHWEIZER, Art. 36, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2002, S. 490 ff. Zum Grundrechtseingriff siehe BEATRICE WEBER-DÜRLER, Der Grundrechtseingriff, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Band 57, Berlin/New York 1998, S. 57 ff.

ihr Verhalten danach richten können. Schwere Eingriffe in die Grundrechte (so z.B. Verhaftung, Telefonüberwachung oder Erhebung von Steuern) bedürfen nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung einer Grundlage in einem formellen, d.h. dem (fakultativen) Referendum unterstehenden Gesetz (siehe Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV). Zweitens ist die Einschränkung von Grundrechten durch ein überwiegendes öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter zu rechtfertigen (Art. 36 Abs. 2 BV). Der Eingriff muss drittens verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 3 BV) und darf den Kerngehalt³⁸ der Grundrechte nicht berühren (Art. 36 Abs. 4 BV). Die Anerkennung eines Kerngehalts besagt, dass die Verhältnismässigkeitsprüfung an einem bestimmten Punkt aufhören muss.³⁹ Diese Kerngehaltsbindung, welche für jedes Grundrecht separat festgestellt werden muss, erinnert an die notstandsfesten Menschenrechte und an die Bestimmungen des *ius cogens* im Völkerrecht.⁴⁰

IV. Ausgewählte Rechtsprechung des Bundesgerichts

[ZENTRALE ROLLE DES BUNDESGERICHTS]

Die Verfassungsgerichtsbarkeit entwickelte sich in der Schweiz nicht wie etwa in Österreich und in Deutschland nach Massgabe eines grandiosen Plans und im grossen Stil, sondern pragmatisch aus der Erfahrung von Rechtsverletzungen im Alltag im Rahmen der ordentlichen Gerichtsbarkeit.⁴¹ Die Einzelnen können in der Schweiz Verletzungen ihrer verfassungsmässigen Rechte auf dem Rechtsweg, letztinstanzlich in der Regel vor dem Bundesgericht, geltend machen.⁴² Dabei bleiben allerdings Bundesgesetze und völkerrechtliche Verträge der Verfassungskontrolle entzogen.⁴³

[SCHWEIZER CHARAKTERISTIKEN]

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Grundrechten ist äussert vielfältig⁴⁴ und wird im zweiten Kapitel dieses Bandes in Bezug auf die einzelnen Grundrechte systematisch untersucht. Im vorliegenden Rahmen sollen nur einige wichtige Fälle aus der Praxis des Bundesgerichts herausgegriffen werden, welche schweizerische Charakteristiken illustrieren. Das schweizerische Staatsgebilde ist, wie gesehen, durch das Rechtsstaatsprinzip (einschliesslich des Schutzes klassischer Grundrechte), seinen Föderalismus (einschliesslich der Mehrsprachigkeit⁴⁵) und stark ausgeprägte Institutionen der halb-direkten Demokratie

³⁸ Vgl. dazu MARKUS SCHEFER, Die Kerngehalte von Grundrechten, Bern 2001, S. 61 ff; DERS., Die Beeinträchtigung von Grundrechten, Zur Dogmatik von Art. 36 BV, Bern 2006.

³⁹ MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen (FN 8), S. 643.

⁴⁰ Vgl. Art. 15 EMRK, Art. 4 UNO-Pakt II und Art. 27 AMRK.

⁴¹ DANIEL THÜRER, Die Worte des Richters, Gedanken rund um die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: DERS., Kosmopolitisches Staatsrecht, Grundidee Gerechtigkeit, Band 1, Zürich/Berlin 2005, S. 407 ff, 410.

⁴² Diesem Zwecke diente ursprünglich vor allem die (gegen kantonale Hoheitsakte gerichtete) staatsrechtliche Beschwerde (Verfassungsbeschwerde). Nach dem Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG), welches am 1. Januar 2007 in Kraft trat, wurde die staatsrechtliche Beschwerde allerdings abgeschafft. Neu erfolgt die Durchsetzung von Grundrechten auf dem Wege der Einheitsbeschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) und subsidiärer Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG). Vgl. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Supplement zum schweizerischen Bundesstaatsrecht, Bundesgericht und Verfassungsgerichtsbarkeit nach der Justizreform, Zürich 2006.

⁴³ Art. 191 (Massgebendes Recht) lautet: „Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend.“

⁴⁴ Als aktuellen Überblick siehe WALTER KÄLIN/REGINA KIENER/MARKUS MÜLLER/PIERRE TSCHANNEN/AXEL TSCHENTSCHER, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2004 und 2005, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 2005, S. 633 ff.

⁴⁵ RAINER SCHWEIZER/WOLFGANG KAHL, Sprache als Kultur- und Rechtsgut, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler, Bd. 65, Berlin 2006, S. 346–385.

gekennzeichnet. In all diesen Bereichen können sich die Bürgerinnen und Bürger an das Bundesgericht wenden, um ihre verfassungsmässigen Rechte durchzusetzen.⁴⁶

[FRAUENSTIMMRECHT]

Das Frauenstimmrecht wurde auf Bundesebene im Jahre 1971 eingeführt. Der Kanton Appenzell Innerhoden war der letzte Kanton, welcher den Frauen das Stimmrecht in kantonalen Angelegenheiten vorenthielt. Die Kantonsverfassung sah das kantonale Stimmrecht nur für alle im Kanton wohnhaften „Landleute“ sowie die übrigen „Schweizer“ vor, welche das 20. Altersjahr vollendet hatten und im Stimmregister eingetragen waren. 1990 legte das Bundesgericht indessen die Begriffe „Landleute“ und „Schweizer“ zeitgemäss so aus, dass auch Frauen darunter fielen.⁴⁷ Ab der Eröffnung des bundesgerichtlichen Entscheids standen im Kanton Appenzell Innerhoden die politischen Rechte auch den Frauen zu.

[QUOTENREGELUNGEN]

Bei der Solothurner Quoteninitiative „Für eine gleichberechtigte Vertretung der Frauen und Männer in den kantonalen Behörden – Initiative 2001“ hatte das Bundesgericht erstmals Gelegenheit, sich zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit politischer Quoten zu äussern.⁴⁸ Für den Kantonsrat, die Kantonsregierung und die kantonalen Justizbehörden sollte eine dem kantonalen Bevölkerungsanteil (d.h. faktisch über 50% Frauen) entsprechende Vertretung der Frauen vorgesehen werden. Das Bundesgericht befand, dass die vorgeschlagene Quotenregelung gegen das Diskriminierungsverbot verstosse und wies die Beschwerde ab.

Die Urner Quotenregelung „für gleiche Wahlchancen“, welche eine Geschlechterquote für alle Urner Behörden und eine gleichgewichtige Gestaltung der Listen für Proporzahlen forderte, hiess das Bundesgericht teilweise gut.⁴⁹ Das Bundesgericht hielt fest, dass Quotenregelungen als ergebnisbezogene Instrumente nicht generell gegen die Bundesverfassung verstossen. Eine Quotenregelung für Behördenwahlen verletze die Wahl- und Abstimmungsfreiheit nicht. Die quotenmässige Zuteilung von Volkswahl-Mandaten stelle hingegen eine unzulässige Einschränkung des freien und gleichen Wahlrechts dar. Das Bundesgericht befand auch, dass im Sinne des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau von 1979 die Vertragsstaaten nicht zur Einführung politischer Quoten verpflichtet seien.⁵⁰

[DISKRIMINIERUNG VON MÄNNERN]

Das Bewerbungsdossier eines männlichen Bewerbers für die Stelle einer „assoziierten Professorin“ für öffentliches Recht an der Universität Freiburg wurde nicht berücksichtigt. Im Jahre 2005 urteilte das Bundesgericht, dass fixe Frauenquoten für die Anstellung einer klaren Gesetzesgrundlage bedürfen, um nicht gegen das Diskriminierungsverbot zu verstossen, und verurteilte die Universität zur Entschädigung in Form eines symbolischen Frankens, da die Gesetzesgrundlage ungenügend gewesen sei.⁵¹

[GLAUBENS- UND GEWISSENSFREIHEIT]

1990 befand das Bundesgericht, dass das Anbringen eines Kreuzifixes in den Schulzimmern einer Primarschule der verfassungsrechtlich gewährleisteten Religionsneutralität widerspräche. 1993 hiess es die Beschwerde eines Vaters gut, welcher seine Tochter aus religiösen Gründen vom Schwimmunterricht dispensieren wollte.⁵² Ebenfalls 1993 urteilte das Bundesgericht über die staatsrechtliche Beschwerde eines Angehörigen der Religionsgemeinschaft der Sikhs, welchen das Tragen eines Turbans vorgeschrieben wird. die Glaubens- und Gewissensfreiheit werde, so das Bundesgericht, durch die Pflicht, im Strassenverkehr einen Schutzhelm zu tragen, nicht beeinträchtigt.⁵³ 1997 wies das Bundesgericht die staatsrechtliche Beschwerde einer zum Islam konvertierten Primarlehrerin ab, welche sich gegen ein Verbot wehrte, im Unterricht ein muslimisches Kopftuch

⁴⁶ Ab 1. Januar 2007 mit der Einheitsbeschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und der subsidiären Verfassungsbeschwerde. Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgeschafft. Siehe FN 40.

⁴⁷ BGE 116 Ia 359.

⁴⁸ BGE 123 I 152. Vgl. hierzu DENISE BUSER/TOMAS POLEDNA, Politische Quoten auf dem Schafott - Reflexionen zum Bundesgerichtsurteil zur "Solothurner Quoteninitiative", in: Aktuelle Juristische Praxis 1997, S. 981 ff. Vgl. allgemein CHRISTA TOBLER, Quoten und das Verständnis der Rechtsgleichheit der Geschlechter im schweizerischen Verfassungsrecht unter vergleichender Berücksichtigung der EuGH-Entscheidung Kalanke, in: Kathrin Arioli (Hrsg.), Frauenförderung durch Quoten, Basel/Frankfurt am Main 1997, S. 49 ff; GEORG MÜLLER, Quotenregelungen – Rechtsetzung im Spannungsfeld von Gleichheit und Verhältnismässigkeit, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 1990, S. 306 ff.

⁴⁹ BGE 125 I 21.

⁵⁰ Die gültigen Teile der Urner Initiative wurden in der Volksabstimmung sehr klar verworfen.

⁵¹ BGE 131 II 361.

⁵² BGE 119 Ia 178.

⁵³ BGE 116 Ia 252.

zu tragen.⁵⁴ Das Bundesgericht verneinte 1999 den Anspruch für Muslime auf „ewige Todesruhe“ (insbesondere eine auf unbeschränkte Zeit garantierte Grabstätte) auf einem öffentlichen Friedhof.⁵⁵

[SPRACHENFREIHEIT]

Eheleute hatten am 23. Februar 2000 den Wechsel ihres Kindes von der ausschliesslich französischsprachigen Schule in Granges-Paccot in eine deutschsprachige Schule der Stadt Freiburg beantragt mit der Begründung, die Familie sei deutschsprachig.⁵⁶ Granges-Paccot liegt im Sarine/Saane-Bezirk an der französisch-deutschen Sprachengrenze des Kantons Freiburg. Der Anteil der in der Gemeinde wohnhaften Deutschsprachigen betrug im Jahr 1990 22,2 % der Bevölkerung⁵⁷, während er sich im Jahr 2000 noch auf 14,9 % belief.⁵⁸ Die Eheleute hatten auch angeboten, etwaige aus dem Schulwechsel entstehende Zusatzkosten selbst zu tragen. Die Schulinspektion machte zur Ablehnung geltend, sie hätte die Schulplanung und die sprachliche Homogenität des Gebiets sicherzustellen. Die Eheleute zogen die Verfügung der Schulinspektorin wegen Verletzung der verfassungsrechtlich garantierten Sprachenfreiheit bis vor Bundesgericht, welches die Einschränkung als unverhältnismässig beurteilte⁵⁹

[EINBÜRGERUNGEN]

Im Sommer 2003 behandelte das Bundesgericht in den zwei „historischen“ Entscheiden „Emmen“⁶⁰ und „SVP Zürich“⁶¹ die Verfassungsmässigkeit kommunaler Urnenentscheide zur Einbürgerung von Ausländern. Die Stimmbürger von Emmen hatten sämtliche Gesuchsteller aus Italien eingebürgert; alle andern Bewerber, die in der überwiegenden Mehrheit aus dem ehemaligen Jugoslawien stammten, wurde die Einbürgerung pauschal verweigert. Im zweiten Fall erhob die Schweizerische Volkspartei des Kantons Zürich staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht wegen der Ungültigerklärung ihrer Volksinitiative „Einbürgerungen vors Volk!“ durch den Gemeinde- und Regierungsrat. Das Bundesgericht erklärte beide Fälle für verfassungswidrig, da sie gegen den Anspruch des Einzelnen auf rechtliches Gehör und auf Begründung derartiger Entscheide (Art. 29 Abs. 2 BV), das Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV), das Willkürverbot (Art. 9 BV) und den Anspruch auf Schutz vor Missbrauch der persönlichen Daten (Art. 13 Abs. 2 BV) verstiessen.⁶²

[BEZUG DES BUNDESGERICHTS AUF DIE MENSCHENRECHTE]

Das Bundesgericht bezieht sich in seiner Rechtsprechung sehr häufig auf die Garantien der EMRK.⁶³ Die grosse Akzeptanz der EMRK in der Schweiz wird u.a. auf die Vertrautheit des Bundesgerichts mit der Mehrstufigkeit von Grundrechtsgarantien, die in der Schweiz auf Bundes- sowie auf Kantonsebene verankert sind, und den ausgebauten (Strassburger) Mechanismus zur Durchsetzung der EMRK zurückgeführt.⁶⁴ Vereinzelt bezieht sich das Bundesgericht auch auf andere Menschenrechtsabkommen, wie sie vor allem im Rahmen der Vereinten Nationen entstanden sind. So befasste sich das Bundesgericht etwa sich im Detail mit der Frage, ob Art. 12 der UNO-Kinderrechtskonvention über die persönliche Anhörung des Kindes unmittelbar anwendbar sei, deren

⁵⁴ BGE 123 I 296.

⁵⁵ BGE 125 I 300. Vgl. hierzu die Kritik von JÖRG-PAUL MÜLLER, Glaubens- und Gewissensfreiheit, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 2000, S. 765 ff.

⁵⁶ Zum Sprachenrecht vgl. DANIEL THÜRER, Recht und Sprache: Von Bivio bis Babylon, in: DERS., Kosmopolitisches Staatsrecht, Grundidee Gerechtigkeit, Band 1, Zürich/Berlin 2005, S. 239 ff., mit Hinweisen.

⁵⁷ Zahl gemäss Artikel in der Neuen Zürcher Zeitung vom 15. Oktober 2001: Gegen Zwangseinschulung auf Französisch.

⁵⁸ 76 % der Bevölkerung waren im Jahr 2000 französischsprachig (der Rest sprach italienisch oder eine andere Sprache); Zahlen gemäss der Webseite des Amtes für Statistik des Kantons Freiburg, abrufbar unter <http://appl.fr.ch/stat/de/default.asp?web=stat&loc=de>, Rubrik Gemeinden, Granges-Paccot [besucht am 31. August 2006].

⁵⁹ Urteil des Bundesgerichts vom 2. November 2001, 2P.112/2001, Erwägung 5a.

⁶⁰ BGE 129 I 217.

⁶¹ BGE 129 I 232.

⁶² Vgl. DANIEL THÜRER/MICHAEL FREI, Einbürgerungen im Spannungsfeld zwischen direkter Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, in: DANIEL THÜRER., Kosmopolitisches Staatsrecht, Grundidee Gerechtigkeit, Band 1, Zürich/Berlin 2005, S. 151 ff.

⁶³ Eine Suche der publizierten Leitenscheide des Bundesgerichts von 1954 bis 2006 (Stand August 2006) ergab 715 exakte Treffer für „EMRK“. Siehe unter www.bger.ch. Vgl. die Übersicht über die Rezeption einzelner EMRK-Garantien durch das Bundesgericht in HELEN KELLER, Rezeption des Völkerrechts, Berlin 2003, S. 615 ff.; HELEN KELLER, Reception of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) in Poland and Switzerland, in: Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht 2005, S. 304 ff.

⁶⁴ Vgl. Keller (FN 63 Völkerrecht), S. 644 ff.

Verletzung beim Bundesgericht angefochten werden könne; dies wurde vom Gericht bejaht.⁶⁵ In einem anderen Urteil kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die bevorzugte Behandlung von Ausländern aufgrund von internationalen Verpflichtungen dem internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung nicht entgegenstehe.⁶⁶

[VOLKSRECHTE]

Die politischen Rechte der Bürgerinnen und Bürger beschränken sich in der Schweiz nicht auf die Wahl von Repräsentanten ins Parlament, sondern umfassen auch die unmittelbare Partizipation an Sachentscheidungen. Mit der Stimmrechtsbeschwerde ans Bundesgericht kann die Verletzung von kantonalen und kommunalen politischen Rechten geltend gemacht werden. Das Bundesgericht entwickelte, z.B. in Bezug auf den Grundsatz der Einheit der Materie, wichtige Prinzipien der Verfahrensfairness. Das Erfordernis der Einheit der Materie besagt, dass zwei oder mehrere Sachfragen und Materien nicht in einer Art und Weise miteinander zu einer Abstimmungsvorlage verbunden werden dürfen, dass der freie Willen der Stimmberechtigten nicht mehr unverfälscht zum Ausdruck gebracht werden kann.⁶⁷ Ganz allgemein entschied das Bundesgericht, dass kein Abstimmungs- oder Wahlergebnis anerkannt werden soll, das nicht den freien Willen der Stimmbürger zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt.⁶⁸

[FÖDERALISMUS]

In der Schweiz kann der Einzelne vor dem Bundesgericht die Verletzung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV)⁶⁹ rügen.⁷⁰ Wichtig ist sodann die in Art. 50 Abs. 1 BV enthaltene Bestimmung, wonach die Gemeindeautonomie nach Massgabe des kantonalen Rechts gewährleistet ist.⁷¹ In der Schweiz kann eine Gemeinde vor Bundesgericht geltend machen, dass die vom kantonalen Recht eingeräumte

⁶⁵ BGE 124 III 90. Art.12 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes von 1989 lautet: „(1) Die Vertragsstaaten sichern dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zu, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äussern, und berücksichtigen die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife. (2) Zu diesem Zweck wird dem Kind insbesondere Gelegenheit gegeben, in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden.“

⁶⁶ BGE 123 I 19.

⁶⁷ BGE 129 I 366: Die Zürcher Kantonsverfassung sollte in Bezug auf das Verhältnis zwischen Kirchen und Staat neu geordnet werden. Gegen die vom Kantonsrat beschlossene Verfassungsänderung wurde mit einer Stimmrechtsbeschwerde geltend gemacht, dass diese den Grundsatz der Einheit der Materie missachten und daher nicht in dieser Form der Volksabstimmung unterbreitet werden dürfe; das Bundesgericht gelangte zum Schluss, dass der Grundsatz der Einheit der Materie gewahrt wurde.

⁶⁸ Art. 34 Abs. 2 BV (Politische Rechte) lautet: „Die Garantie der politischen Rechte schützt die freie Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe.“ BGE 131 I 442: Gegen die Wahl des Berner Gemeinderates (Exekutive) für die Amtsdauer 2005-2008, in der eine Kandidatin mit einem Vorsprung von 19 Stimmen gewählt wurde, führten Stimmbürger eine Stimmrechtsbeschwerde, da angesichts des knappen Resultats und konkreter Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Auszählung ein Anspruch auf Nachzählung bestehe; Das Bundesgericht hiess in Anbetracht der konkreten Gegebenheiten die Beschwerde gut.

⁶⁹ Art. 49 Abs. 1 BV (Vorrang und Einhaltung des Bundesrechts) lautet: „Bundesrecht geht entgegenstehendem kantonalem Recht vor.“

⁷⁰ BGE 130 I 82: Asylsuchende erhoben gegen eine Änderung des zürcherischen Sozialhilfegesetzes staatsrechtliche Beschwerde mit der Begründung, dass das Bundesrecht kantonale Einschränkungen von Fürsorgeleistungen an Asylsuchende nicht zulasse; die im Asylgesetz von 1998 vorgesehene Bestimmung sei abschliessend. Das Bundesgericht kam 2004 dagegen zum Schluss, dass die Bestimmung im Asylgesetz nicht abschliessend sei und die Änderung des zürcherischen Sozialhilfegesetzes den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts nicht verletze.

⁷¹ Zum Ganzen vgl. etwa HANSJÖRG SEILER, Gemeinden im schweizerischen Staatsrecht, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 491 ff.; REGULA KÄGI-DIENER, Art. 50, N. 5 ff, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2002; DANIEL THÜRER, Bund und Gemeinden – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu den unmittelbaren Beziehungen zwischen Bund und Gemeinden in der Bundesrepublik Deutschland, den Vereinigten Staaten von Amerika und der Schweiz (Beiträge des Max-Planck-Instituts zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Band 90), Berlin/Heidelberg/New York/London/Paris/Tokyo 1986.

Autonomie verletzt wurde.⁷² Eine Privatperson kann bei einer staatsrechtlichen Beschwerde vorfrageweise geltend machen, dass der angefochtene Akt gegen die Gemeindeautonomie verstosse.⁷³

[GRUNDSATZ DER GEWALTENTEILUNG]

Das Prinzip der Gewaltenteilung ist in der Bundesverfassung nicht explizit erwähnt. Das Bundesgericht hat aber seit jeher das Prinzip der Gewaltenteilung auch als verfassungsmässiges Recht der Bürger anerkannt.⁷⁴

C. Grundrechte in den Kantonsverfassungen

I. Grundrechtsschutz in den 26 Kantonsverfassungen

In den Kantonen nahm der Grundrechtsschutz in der Schweiz seinen Anfang. Die innovative, liberale Umbruchphase der Regeneration (1830-1848) hatte dazu den Boden geschaffen. Die Bundesverfassungen von 1848 und 1874 verbrieften nur diejenigen Grundrechte, die aufgrund der unterschiedlich ausgestalteten Kantonsverfassungen nicht oder nur unvollkommen gewährleistet waren oder deren Tragweite umstritten blieb. Seither verlor der kantonale Grundrechtsschutz allerdings an Bedeutung. Zwar legen auch die in der Bundesverfassung von 1999 garantierten Grundrechte noch immer bloss einen Minimalstandard fest, der von den kantonalen Bestimmungen nicht unterschritten werden darf. Im Dreiecksverhältnis Bundesverfassung – Europäische Menschenrechtskonvention – Kantonsverfassungen wurde das Gestaltungspotential der Kantone aber doch zusehends zurückgedrängt. Im Zuge einer langen Reihe von totalen Verfassungsrevisionen und bei der Ausgestaltung der politischen Rechte haben die Kantone jedoch nach wie vor verfassungs- und grundrechtliche Gestaltungskraft und Lebendigkeit bewiesen.⁷⁵

II. Totale Verfassungsrevisionen in den Kantonen

Die Kantone haben seit 1965 besondere schöpferische Energie in die Verfassungsgebung investiert. 20 Kantone haben ihre Verfassungen total revidiert.⁷⁶ Die kleinen (kantonalen)

⁷² In Art. 189 Abs. 1 lit. b BV (Verfassungsgerichtsbarkeit) ist festgehalten, dass das Bundesgericht Beschwerden wegen Verletzung der Gemeindeautonomie beurteilt.

⁷³ BGE 131 I 91: Die Munizipalgemeinde Ausserbinn im Kanton Wallis erhob gegen einen Grossratsbeschluss, welcher den verbindlichen Zusammenschluss der vier Munizipalgemeinden Ausserbinn, Ernen, Mühlebach und Steinhaus zu einer einzigen Gemeinde anordnete, staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung der Gemeindeautonomie: das Bundesgericht wies am 19. Januar 2005 die Beschwerde mit Bezug auf die Rechtslage im Kanton Wallis ab.

⁷⁴ BGE 128 I 327: Der Grosse Rat des Kantons Graubündens beschloss 2001 eine Teilrevision der Verordnung über die Kantonspolizei beschlossen, um die notwendigsten und dringendsten rechtlichen Instrumente für die bessere Kontrollierbarkeit von Grossanlässen wie des World Economic Forum (WEF) oder der Ski-Weltmeisterschaft im Oberengadin zu schaffen. Die Beschwerdeführer machten geltend, dass die angefochtenen Bestimmungen in der Form eines formellen, dem Referendum unterstehenden Gesetzes im Sinne der Kantonsverfassung von Graubünden hätten erlassen werden müssen. Das Bundesgericht urteilte, dass der Grundsatz der Gewaltenteilung nicht verletzt worden sei, da dem Grossen Rat gemäss Kantonsverfassung eine Polizeiverordnungskompetenz zukomme, welche durch in Frage stehende Verordnung nicht überschritten worden sei.

⁷⁵ Vgl. ALFRED KÖLZ, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, Bern 2004; DENISE BUSER, Kantonales Staatsrecht, Basel 2004, S. 155 ff; REGUALA KÄGI-DIENER, Grundrechtsschutz durch die Kantone, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 837 ff; RENÉ WIEDERKEHR, Die Kerngehaltsgarantie am Beispiel kantonaler Grundrechte, Bern 2000; MARTIN KURER, Die kantonalen Grundrechtsgarantien und ihr Verhältnis zum Bundesrecht, Zürich 1987; ALEXANDER FILLI, Grundrechte der Kantonsverfassungen im Gefüge des schweizerischen Staatsrechts, Basel 1984; ZACCARIA GIACOMETTI, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941.

⁷⁶ Nidwalden 1965, Obwalden 1968, Jura 1977, Aargau 1980 (vgl. hierzu KURT EICHENBERGER, Verfassung des Kantons Aargau, Aarau/Frankfurt am Main/Salzburg 1986, S. 55 ff.), Basel-Landschaft 1984, Uri 1984, Solothurn 1986, Thurgau 1987, Glarus 1988, Bern 1993 (vgl. hierzu JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte, in: Walter Kälin/Urs Bolz (Hrsg.), Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern/Stuttgart/Wien 1995, S. 29

Gemeinschaften haben sich dabei als Experimentierfelder oder Laboratorien erwiesen, in denen Vorteile und Nachteile traditioneller und innovativer Rechtsgestaltungen empirisch und gedanklich getestet werden konnten. Zwei alternative Grundpositionen stehen bei der Schaffung neuer Gliedstaatenverfassung offen.⁷⁷ Die „fragmentarische Methode“ beschränkt sich darauf, vom übergeordneten Recht offengelassene Freiräume zu bestimmen und das kantonale Verfassungsprojekt in diesen Rahmen einzufügen. Diesen Weg wählte etwa der Kanton Graubünden, indem er in seiner neuen Verfassung von 2003 pauschal auf die Gewährleistung der Grundrechte und Sozialziele im Rahmen der Bundesverfassung und auf die für die Schweiz verbindlichen internationalen Abkommen verwies.⁷⁸ Umgekehrt steht auch der Weg offen, vom Modell einer „Vollverfassung“ auszugehen. Besonders kühn war der Verfassungsgeber des „Kantons und der Republik Jura“, der den Leser gelegentlich vergessen lässt, dass er eine gliedstaatliche und nicht die Verfassung eines souveränen Zentralstaates vor sich hat.

[ERGÄNZUNG DER BV DURCH DIE KANTONALEN GRUNDRECHTE]

Obwohl in der Bundesverfassung von 1999 nunmehr ein ausführlicher Grundrechtekatalog aufgenommen wurde, enthält die Mehrheit aller Kantonsverfassungen bis heute grundrechtliche Garantien.⁷⁹ Die neuesten Kantonsverfassungen von Waadt (2003), Freiburg (2004) und Basel-Stadt (2005) zählen die verschiedenen Grundrechte detailliert auf.⁸⁰ Einen Mittelweg wählte der Kanton Zürich, indem er in seiner neuen Verfassung von 2005 pauschal auf die in der Schweiz geltenden Grund- und Menschenrechte verweist, anschliessend aber weitere kantonale Grundrechte nennt, die über das Bundesrecht hinausgehen sollen.⁸¹ Durch

ff.), Appenzell A. Rh. 1995 (vgl. hierzu DANIEL THÜRER, „Wir, die Männer und Frauen...“ - Ein Portrait der jüngsten schweizerischen Kantonsverfassung, in: ZBl 1996, S. 433 ff.), Tessin 1997, Neuenburg 2000, St. Gallen 2001, Schaffhausen 2002, Graubünden 2003, Waadt 2003 (vgl. etwa Olivier Meuwly (Hrsg.), *Les constitutions vaudoises 1803-2003*, Lausanne 2003), Freiburg 2004, Zürich 2005, Basel-Stadt 2005; 1 laufende Totalrevision: Luzern; nur noch 5 alte Verfassungen: Genf 1847, Appenzell I. Rh. 1872, Zug 1894, Schwyz 1898, Wallis 1907. Vgl. allgemein ETIENNE GRISSEL, *La révision totale des constitutions cantonales*, in: Andreas Auer/Jean-Daniel Delley/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier (Hrsg.), *Aux confins du droit, Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*, Basel 2001, S. 341 ff.

⁷⁷ DANIEL THÜRER, *Zürichs neue Verfassung: Wünschbarer Rahmen und Vorschläge für eine Präambel*, in: DERS., *Kosmopolitisches Staatsrecht, Grundidee Gerechtigkeit*, Band 1, Zürich/Berlin 2005, S. 279 ff, 284 ff; Zu den Möglichkeiten und Grenzen einer menschenrechtlich orientierten Aussenpolitik von Gliedstaaten vgl. etwa DANIEL THÜRER, *Federalism and Foreign Relations*, in: Raoul Blindenbacher/Arnold Koller (Hrsg.), *Federalism in a Changing World*, S. 26 ff.; BERNHARD EHRENZELLER/RUDOLF HRBEK/GIORGIO MALINVERNI/DANIEL THÜRER, *Federalism and Foreign Relations*, daselbst, S. 53 ff.

⁷⁸ Art. 7 KV GR vom 18. Mai 2003 „Die Grundrechte und Sozialziele sind im Rahmen der Bundesverfassung und der für die Schweiz verbindlichen internationalen Abkommen gewährleistet“; CHRISTINA BUNDI, *Der Entwurf für eine neue Bündner Kantonsverfassung*, in: Isabelle Häner (Hrsg.), *Nachdenken über den demokratischen Staat und seine Geschichte, Beiträge für Alfred Kölz*, Zürich 2003, S. 239 ff; vgl. auch Otmar Bänzinger/Reto Mengiardi/Marco Toller & Partner (Hrsg.), *Kommentar zur Verfassung des Kantons Graubünden*, Chur 2006.

⁷⁹ Vgl. PETER HÄBERLE, *Die Kunst der kantonalen Verfassungsgebung – das Beispiel einer Totalrevision in St. Gallen* (1996), in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 1999, S. 149 ff; DERS., *Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz, insbesondere auf kantonaler Ebene*, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 1985, S. 303 ff; KURT EICHENBERGER, *Von der Bedeutung und von den Hauptfunktionen der Kantonsverfassung*, in: *Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag*, Bern 1981, S. 155 ff.

⁸⁰ Art. 9 ff. KV VD vom 14. April 2003; Art. 8 ff. KV FR vom 16. Mai 2004; Art. 7 ff. KV BS vom 23. März 2005.

⁸¹ Art. 10 Abs. 1 KV ZH vom 27. Februar 2005 lautet: „Die Menschenrechte und Grundrechte sind gemäss der Bundesverfassung, den für die Schweiz verbindlichen internationalen Abkommen und der Kantonsverfassung gewährleistet“. Vgl. GIOVANNI BIAGGINI, *Die neue Zürcher Kantonsverfassung: Gesamtbetrachtung im Lichte der Verfassungsfunktionen*, in: Leo Lorenzo Fosco/Tobias Jaag/Markus Notter (Hrsg.), *Die neue Zürcher Kantonsverfassung*, Zürich 2006, S. 175 ff; 182; TOBIAS JAAG, *Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich*, 3. Aufl., Zürich 2005, S. 34 ff.

den Einbezug moderner Gesellschaftsthemen (wie etwa gleichgeschlechtliche Partnerschaft, die Integration von Ausländern oder die „gläserne Verwaltung“) haben die neuen totalrevidierten Kantonsverfassungen Schritte ins 21. Jahrhundert unternommen.⁸² Anders als 1848 wird der ausführliche und differenzierte Grundrechtekatalog des Bundes nunmehr aber durch die kantonalen Grundrechte ergänzt. Angesichts der neuen Bundesverfassung haben die Kantone ihre Schrittmacherfunktion weitgehend eingebüsst.⁸³ Es ist aber nicht zu verkennen, dass neue Kantonsverfassungen im Grundrechtsbereich immer noch eine Pionierrolle übernehmen können.⁸⁴ Der Grundrechtsschutz der Bundesverfassung kann durch die Kantone auf dreifache Weise durch kantonale Grundrechte ausgedehnt werden.⁸⁵

[SELBSTÄNDIGE KANTONALE GRUNDRECHTE]

Zum einen können selbständige kantonale Grundrechte, d.h. Grundrechte, welche auf Bundesebene nicht verankert sind, den Grundrechtsschutz im Bund ausdehnen. Dies ist – im Rahmen des Bundesrechts – z.B. der Fall beim Recht auf Arbeit, beim Recht auf Wohnung, beim Anspruch auf Stipendien, bei der Demonstrationsfreiheit, beim selbständig einklagbaren Grundrecht auf Schutz vor staatlicher Willkür⁸⁶, beim Anspruch auf Mutterschaftsschutz oder bei der Unterrichtsfreiheit.

[WEITERGEHENDER SCHUTZBEREICH KANTONALER GRUNDRECHTE]

Eine weitere Variante der Ausdehnung des Grundrechtsschutzes sind gleichartige kantonale Grundrechte mit weitergehendem Schutzbereich (z.B. die Petitionsfreiheit, welche in verschiedenen Kantonsverfassungen, anders als in der BV, das Recht auf eine materielle Behandlung miteinschliesst).

[ERWEITERTE KONKRETISIERUNG KANTONALER GRUNDRECHTE]

Schliesslich können kantonale Grundrechte durch die kantonale Rechtsprechung eine inhaltliche Ausdehnung erlangen, sodass sie, obwohl sie sich textlich mit der Bundesverfassung decken, eine eigenständige Bedeutung erhalten.

[KANTONALE VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT]

Die Mehrheit der Kantone kennt keine besondere Einrichtung für die Gewährleistung des Grundrechtsschutzes, d.h. sie haben weder ein Verfassungsgericht noch bestehen besondere Prozessarten der Verfassungsgerichtsbarkeit. Auf die nicht oder nur dürftig entwickelte Verfassungsgerichtsbarkeit in den Kantonen ist mitunter die marginale praktische Bedeutung der kantonalen Grundrechte zurückzuführen.⁸⁷ Der Kanton Jura besitzt indessen ein für die Schweiz einzigartiges System.⁸⁸ Auf Beschwerde hin kann das jurassische Verfassungsgericht Gesetze bereits *vor* ihrem Inkrafttreten auf die Verfassungsmässigkeit prüfen (sog. abstrakte, präventive Verfassungskontrolle).⁸⁹ Der Eindruck, dass die kantonalen Gerichte wenig grundrechtsbewusst entscheiden, könnte sich aber künftig durch die erweiterten

⁸² Vgl. DENISE BUSER, Die neuen Kantonsverfassungen als Brücken in die Moderne, in: NZZ vom 16. August 2006, S. 17.

⁸³ Kley (FN 55), S. 308.

⁸⁴ KURT NUSPLIGER, Wechselwirkungen zwischen neueren Kantonsverfassungen und der Bundesverfassung, in: U. Zimmerli (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Bern 2000, S. 72.

⁸⁵ Vgl. zum Folgenden BUSER (FN 78), S. 159 ff.

⁸⁶ Im „Willkürfall“ (BGE 121 I 267) hatte das Bundesgericht zu beurteilen, ob das Willkürverbot gemäss Art. 11 KV BE als eigenständiges Grundrecht gerügt werden kann. Vgl. hierzu die Kritik von WALTER KÄLIN, Legitimation zur Willkürbeschwerde und kantonales Verfassungsrecht, in: recht 1996, S. 76 ff.

⁸⁷ RHINOW (FN 26) S. 176. Zur Verfassungsgerichtsbarkeit durch die Kantone siehe AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (FN 9), S. 793 ff.

⁸⁸ Vgl. WALTER KÄLIN, Chancen und Grenzen kantonaler Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 1987, S. 233, 239 ff.

⁸⁹ Art. 104 Abs. 1 KV JU.

Zuständigkeiten der kantonalen Verwaltungsgerichte und die damit verbundene Professionalisierung im Bereich des Rechtsschutzes im öffentlichen Recht ändern.⁹⁰

III. Politische Rechte auf kantonaler Ebene

[GROSSER SPIELRAUM BEI DEN POLITISCHEN RECHTEN]

Die politischen Rechte auf Bundesebene, d.h. das Wahl- und Stimmrecht sowie das Initiativ- und Referendumsrecht, haben ihren Ursprung in den kantonalen Vorbildern.⁹¹ Über die Ausgestaltung der politischen Rechte in kantonalen und kommunalen Angelegenheiten können die Kantone selber bestimmen. Die Kantone haben lediglich die bundsrechtlichen Vorgaben (demokratische Verfassung, welche der Zustimmung des Volkes bedarf und revidiert werden können muss, wenn die Mehrheit der Stimmberechtigten es verlangt) zu beachten.⁹² Die kantonalen politischen Rechte sind durch Art. 34 BV grundrechtlich geschützt.⁹³

[LANDSGEMEINDEKANTONE]

In Glarus und Appenzell Innerrhoden bildet die Landsgemeinde, d.h. die Versammlung der Stimmberechtigten, das oberste politische Organ in kantonalen Angelegenheiten. Zuletzt hatten die Kantone Obwalden, Nidwalden und Appenzell Ausserrhoden ihre Landsgemeinde abgeschafft. Die Landsgemeinden gewähren den Bürgerinnen und Bürgern vielfältige, unmittelbar erlebbare Formen der Mitwirkung, doch sind die offenen Abstimmungen mit dem Grundsatz der freien Wahlen und Abstimmungen nicht vereinbar. Das Bundesgericht hatte die Institution der Landsgemeinde indessen unter Abwägung aller Umstände als verfassungskonform beurteilt.⁹⁴

[VOLKSRECHTE IN DEN KANTONEN]

Alle Kantonsverfassungen gehen insbesondere bei den demokratischen Mitwirkungsrechten über die Garantien der Bundesverfassung hinaus.⁹⁵ Anders als im Bund wird die Exekutive in allen Kantonen direkt vom Volk gewählt. Alle Kantone kennen das fakultative Gesetzesreferendum. Einzelne Kantone kennen zudem das obligatorische Gesetzesreferendum.⁹⁶ In den Kantonen Bern und Nidwalden verfügen die Stimmberechtigten auch über das konstruktive Referendum.⁹⁷ Die Gesetzesinitiative und das Finanzreferendum sind ausschliesslich auf Kantons- und Gemeindeebene verankert. Die Kantone Solothurn, Neuenburg und Schaffhausen kennen die Volksmotion, wonach eine bestimmte Anzahl von Stimmberechtigter das Recht besitzt, dem Parlament einen Antrag auf eine Beschlussfassung

⁹⁰ KÄGI-DIENER (FN 76), S. 841.

⁹¹ Vgl. HANGARTER/KLEY (FN 7), S. 525; ETIENNE GRISEL, Les droits populaires au niveau cantonal, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 397 ff; ADRIAN VATTER, Kantonale Demokratien im Vergleich, Opladen 2002, S. 219 ff.

⁹² Art. 51 Abs. 1 BV.

⁹³ Vgl. HANGARTER/KLEY (FN 7), S. 9.

⁹⁴ In BGE 121 I 138 hielt das Gericht fest, dass die Landsgemeinde von Appenzell Ausserrhoden trotz konkreter Unzulänglichkeiten des Abstimmungssystems verfassungskonform sei. In Bezug auf die Vorbehalte, welche die Schweiz zur Bestimmung über die Wahlfreiheit im UNO-Pakt II (Art. 25 lit. b) – welche im konkreten Fall jedoch von vorneherein nicht anwendbar gewesen, da eine Sachabstimmung und nicht eine Wahl zur Diskussion stand – zugunsten kantonalen und kommunalen Rechts, welches nicht geheime Wahlen vorsieht oder zulässt, angemerkt. Zu erwähnen sei auch, dass die Schweiz das 1. Zusatzprotokoll zur EMRK, welches in Art. 3 die Wahlfreiheit gewährleistet, nicht ratifiziert hat.

⁹⁵ Buser (FN 83), S. 107.

⁹⁶ Uri, Schwyz, Glarus, Solothurn, Basel-Landschaft, Schaffhausen, Appenzell Ausserrhoden, Appenzell Innerhoden, Graubünden und Aargau. Vgl. Buser (FN 83), S. 107.

⁹⁷ Dabei handelt es sich um einen Volksvorschlag zu einer Referendumsvorlage. Vgl. HANGARTNER/KLEY (FN 10), S. 862 ff; BUSER (FN 83), S. 127. Ausführlich hierzu THOMAS SÄGESSER, Das konstruktive Referendum, Bern 2000.

in dessen Zuständigkeitsbereich zu stellen.⁹⁸ Das Instrument der sog. Volksdiskussion ist nur im Kanton Appenzell Ausserrhoden vorhanden.⁹⁹

[STIMM- UND WAHLRECHT IN DEN KANTONEN]

Die Kantone verfügen bei der Ausgestaltung der politischen Rechte, insbesondere der Festlegung des Stimmrechtsalters, des Ausländerstimmrechts und des Stimmrechts der Auslandschweizerinnen und –schweizer, über einen relativ grossen Spielraum bei den politischen Rechten.¹⁰⁰ Die Kantone Basel-Stadt, Jura, Neuenburg, Appenzell Ausserrhoden, Genf, Waadt, Freiburg und Graubünden haben – in je variierenden Formen – von ihrer Kompetenz zur Einführung des Ausländerstimmrechts Gebrauch gemacht.¹⁰¹ Die Regelungen in den Kantonen Neuenburg und Jura garantieren ein kantonales Ausländerstimm- und wahlrecht auf Verfassungsstufe.¹⁰²

D. Völkerrechtlicher Schutz der Menschenrechte in der Schweiz

I. Ratifikation von Menschenrechtsabkommen durch die Schweiz

[RATIFIKATION DER EMRK UND DER UNO-PAKTE]

Die Schweiz hatte im 19. Jahrhundert im Bereiche des humanitären Völkerrechts sowie des internationalen Arbeitnehmerschutzes eine Pionierrolle übernommen¹⁰³; die Tatsache, dass die Schweiz Depositarstaat der Abkommen zum humanitären Völkerrecht und seit 1920 Sitzland der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) ist, zeugt noch heute vom damals vorherrschenden Geist völkerrechtlicher Aufgeschlossenheit. Gegenüber den Entwicklungen des internationalen Menschenrechtsschutzes, wie sie sich nach dem Zweiten Weltkrieg vor allem im Rahmen der UNO und des Europarates entfalteten, zeigte die Schweiz allerdings lange Zeit Zurückhaltung. Eine erste Öffnung erfolgte in den sechziger und siebziger Jahren, vorerst auf der europäischen Ebene mit dem Beitritt zum Europarat und dann mit einer aktiven Beteiligung am KSZE (heute OSZE)-Prozess. 1974 gelang mit der Ratifikation der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) ein entscheidender Schritt auf dem Wege zur Annäherung an das System des internationalen Menschenrechtsschutzes.¹⁰⁴ Zu Beginn der neunziger Jahre trat die Schweiz den beiden UNO-Menschenrechtspakten von 1966 bei. Heute ist sie Mitglied der wichtigsten Menschenrechtsabkommen sowohl auf der europäischen wie auch auf der universellen Ebene.

[VIELE VORBEHALTE UND DER AUSLEGENDEN ERKLÄRUNGEN]

⁹⁸ Art. 34 KV SO, Art. 41 KV NE, Art. 31 KV SH. Vgl. HANGARTNER/KLEY (FN 10), S. 941 ff; BUSER (FN 83), S. 127 f.

⁹⁹ Art. 56 KV AR.

¹⁰⁰ BUSER (FN 78), S. 100.

¹⁰¹ DANIEL THÜRER, Der politische Status der Ausländer in der Schweiz – Rechtsposition im Spannungsfeld zwischen politischer Rechtslosigkeit und Gleichberechtigung, in: Festschrift für Ulrich Häfelin, Zürich 1989, S. 183 ff. Zu den Auswirkungen eines Kommunalwahlrechts für Unionsbürger in der Schweiz vgl. ders., Kommunalwahlrecht in der Rechtsordnung der Europäischen Union – Auswirkungen auf die Schweiz im Falle eines EU-Beitritts, in: Konferenz der Kantonsregierungen (Hrsg.), Die Kantone vor der Herausforderung eines EU-Beitritts, Zürich 2000, S. 222 ff; TIZIANA LOCATI HARZENMOSER, Warum ein Stimmrecht für Ausländerinnen und Ausländer? In: Patricia M. Schiess Rütimann (Hrsg.), Schweizerisches Ausländerrecht in Bewegung? Zürich 2003.

¹⁰² Art. 37 Abs. 1 KV NE, Art. 73 KV JU.

¹⁰³ Vgl. DIETRICH SCHINDLER, Die Schweiz und das Völkerrecht, in: Alois Riklin/Hans Haug/Raymond Probst (Hrsg.), Neues Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Bern/Stuttgart/Wien 1992, S. 99 ff.

¹⁰⁴ Zum Ganzen LUZIUS WILDHABER, Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Zeitschrift für schweizerisches Recht 1979, 2. Halbband, S. 229 ff.

Um Widersprüche zur nationalen Gesetzgebung zu vermeiden, bedienten sich die schweizerischen Behörden anlässlich der Ratifikation von Menschenrechtsabkommen oft des Mittels der Vorbehalte und der auslegenden Erklärungen. Dies traf insbesondere auf die Europäische Menschenrechtskonvention zu¹⁰⁵, wobei die meisten Vorbehalte infolge Anpassungen im nationalen Recht mittlerweile zurückgezogen¹⁰⁶ oder für ungültig erklärt worden sind.¹⁰⁷ Zum UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II) brachte die Schweiz neun Vorbehalte¹⁰⁸, zum UNO-Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I) keinen Vorbehalt an.

[NICHT RATIFIZIERTE ABKOMMEN]

Nicht ratifiziert wurde trotz mehreren Anläufen die Europäische Sozialcharta.¹⁰⁹ Auch ist die Schweiz bis heute drei Zusatzprotokollen zur EMRK nicht beigetreten. Die Ratifikation des I. Zusatzprotokolls scheiterte an Bedenken der Kantone, das Recht auf Bildung sowie das Recht auf freie und geheime Wahlen nicht vollumfänglich gewährleisten zu können¹¹⁰; der Ratifikation des 4. Zusatzprotokolls stehen zur Zeit noch Bestimmungen des schweizerischen Ausländerrechts entgegen, die mit dem Recht auf Freizügigkeit nicht vereinbar sind; auch das 12. Zusatzprotokoll, das ein allgemeines Diskriminierungsverbot einführt, ist bis heute weder unterzeichnet noch ratifiziert. Die Schweiz ist sodann dem I. Fakultativprotokoll zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II), das ein Individualbeschwerderecht vorsieht, bisher noch ferngeblieben.

II. Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht

1. Geltung

[ADOPTIONSPRINZIP]

¹⁰⁵ Vgl. LUZIUS WILDHABER, Rund um Belilos. Die schweizerischen Vorbehalte und auslegenden Erklärungen zur Europäischen Menschenrechtskonvention im Verlaufe der Zeit und im Lichte der Rechtsprechung, in: Alois Riklin/Luzius Wildhaber/Herbert Wille (Hrsg.), Kleinstaat und Menschenrechte – Festgabe für Gerard Batliner, Basel/Frankfurt a.M. 1993, S. 324 ff.

¹⁰⁶ So konnte etwa der Vorbehalt zu Art. 5 EMRK betreffend gerichtliche Überprüfung bei administrativen Anstaltsversorgungen bereits 1982 zurückgezogen werden, nachdem die innerstaatliche Gesetzgebung über den fürsorgerischen Freiheitsentzug angepasst worden war. Auch sind nunmehr sämtliche Schweizer Vorbehalte zu Art. 6 EMRK zurückgezogen worden.

¹⁰⁷ Im Fall Belilos (Urteil vom 29. April 1988 i.S. Belilos c. Schweiz, Série A, Nr. 3), erklärte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die auslegende Erklärung zu Art. 6 Abs. 1 EMRK, welche das Recht auf Zugang zum Gericht auf die letztinstanzliche Überprüfung mit beschränkter Kognition reduzierte, für ungültig. Im Fall Weber (Urteil vom 22. Mai 1990 i.S. Weber c. Schweiz, Série A, Nr. 177) wurde der schweizerische Vorbehalt zum Grundsatz der Öffentlichkeit des Verfahrens bzw. der Urteilsverkündung ebenfalls für ungültig befunden, weil er die von Art. 57 EMRK geforderte Inhaltsangabe der betreffenden Gesetze nicht enthielt.

¹⁰⁸ Die Schweiz wollte u.a. diejenigen Bestimmungen wegbedingen, die über die EMRK hinausgehen. Die Rücksichtnahme auf die noch in wenigen Kantonen bestehende Landsgemeinden, auf denen traditionell durch Handerheben abgestimmt und gewählt wird, erforderte einen Vorbehalt zu Art. 25 lit. b UNO-Pakt II wegen des in dieser Bestimmung statuierten Prinzips des Stimmgeheimnisses. Vgl. GIORGIO MALINVERNI, Les réserves de la Suisse, in: Walter Kälin/Giorgio Malinverni/Manfred Nowak (Hrsg.), Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakete, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1997, S. 100 f, mit Verweis auf General Comment Nr. 18 und 24 des UNO-Menschenrechtsausschusses, denen der schweizerische Vorbehalt zuwiderläuft.

¹⁰⁹ Die Sozialcharta sieht vor dass Vertragsstaaten aus einem Kern von sieben Vertragsartikeln zumindest fünf und aus dem Kreise der übrigen materiellen Sozialrechtsbestimmungen insgesamt mindestens 10 Artikel bzw. 45 Absätze übernehmen muss. In der Schweiz erachtete das Parlament in verschiedenen Anläufen die erste Voraussetzung innerstaatlich als (noch) nicht erfüllt.

¹¹⁰ Während die noch in den Kantonen Glarus und Appenzell Innerrhoden praktizierten Landsgemeinden dem Prinzip der geheimen Wahlen zuwiderlaufen, ist die Befürchtung eines Eingriffs in die kantonale Schulhoheit unbegründet; vgl. MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl., Zürich 1999, S. 124 f.

Die Art der Einordnung des Völkerrechts in das innerstaatliche Rechtssystem ist auch nach der Totalrevision der Bundesverfassung von 1999 noch nicht abschliessend geklärt.¹¹¹ Unumstritten ist, dass das Völkerrecht in der Schweiz im Sinne des „Adoptionsprinzips“ automatische (d.h. „transformationsfreie“) Geltung besitzt.

2. Rang

[PRINZIPIELLER VORRANG DES VÖLKERRECHTS]

Art. 5 Abs. 4 der Bundesverfassung von 1999 statuiert: „Bund und Kantone beachten das Völkerrecht.“ Und in Art. 191 BV werden „Bundesgesetze und Völkerrecht ... (als) für das Bundesgericht und die anderen Behörden massgebend“ bezeichnet; dabei gehen Rechtsprechung und Lehre davon aus, dass das Völkerrecht im Rahmen der Normenhierarchie des innerstaatlichen Rechts grundsätzlich dem Gesetzesrecht übergeordnet ist.¹¹² Das Bundesgericht hat, was die Normstufe des Völkerrechts betrifft, insofern eine Klärung gebracht, als es festhielt: „(Es) ergibt sich, dass im Konfliktfall Völkerrecht dem Landesrecht prinzipiell vorgeht. Dies hat zur Folge, dass eine völkerrechtswidrige Norm im Einzelfall nicht angewendet werden kann. Diese Konfliktregelung drängt sich umso mehr auf, wenn sich der Vorrang aus einer völkerrechtlichen Norm ableitet, die dem Schutz der Menschenrechte dient.“¹¹³ Die schweizerische Verfassung erkennt sodann dem völkerrechtlichen „*ius cogens*“ Überverfassungsrang zu, indem sie Volksinitiativen auf Revision der Bundesverfassung, die „zwingende Bestimmungen des Völkerrechts“ verletzen, als ungültig bezeichnet (Art. 139 Abs. 3 BV).

3. Anwendbarkeit

[SELBSTÄNDIGE UND UNSELBSTÄNDIG ANWENDBARE NORMEN]

Völkerrechtliche Normen können von Gerichten und Verwaltungsbehörden unmittelbar auf den Einzelnen zur Anwendung gebracht werden, wenn sie hierzu geeignet („self-executing“) sind. Oft ist es allerdings nicht einfach zu ermitteln, ob eine Norm als solche Rechte oder Pflichten für die Einzelnen statuiert oder ob sie – da nicht unmittelbar anwendbar („non self-executing“) – zur effektiven Umsetzung auf eine weitere Konkretisierung auf dem Wege der innerstaatlichen Rechtsetzung angewiesen ist. Als Grundregel lässt sich davon ausgehen, dass liberale und politische Rechte, wie sie etwa in der EMRK oder im UNO-Pakt II gewährleistet sind, in die erste und die etwa in der Europäischen Sozialcharta oder im UNO-Pakt II verankerten wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte in die zweite Kategorie fallen. Doch ist letztlich von Norm zu Norm auf dem Auslegungsweg zu ermitteln, ob sie angesichts ihrer Präzision, ihres Sinns und Zwecks, ihrer systematischen Stellung im Text oder im gesamten Regelungszusammenhang darauf angelegt und geeignet ist, vom Richter bzw. Verwaltungsbeamten angewendet zu werden oder nicht.¹¹⁴

[ZÜRCHER STUDIENGEBÜHREN]

Zur Veranschaulichung der Komplexität der Problematik sei auf den Fall der Zürcher Studiengebühren hingewiesen. Studierende der Universität Zürich vertraten in einem Rechtsstreit mit dem Kanton Zürich die

¹¹¹ Vgl. hierzu KELLER (FN 77), S. 285 ff.; DANIEL THÜRER, Bundesverfassung und Völkerrecht, in: Jean-François Aubert/Kurt Eichenberger/Jörg Paul Müller/René Rhinow/Dietrich Schindler (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Einleitung zum Kommentar, Basel/Zürich/Bern 1996, S. 1 ff.; DERS., Verfassungsrecht und Völkerrecht, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 179 ff.

¹¹² Für den Fall, dass der Bundesgesetzgeber klar den Willen hat, sich über das Völkerrecht hinwegzusetzen, hat das Bundesgericht freilich dem Bundesgesetz Vorrang vor dem älteren Völkerrecht zuerkannt (BGE 99 Ib 39, 43 ff. Schubert; die sog. Schubert-Praxis wurde in späteren Entscheiden bestätigt).

¹¹³ BGE 125 II 425, Erw. 4 d (Propagandamaterial PKK).

¹¹⁴ Vgl. JÖRG KÜNZLI, Soziale Menschenrechte: blosser Gesetzauftrag oder individuelle Rechtsansprüche? Überlegungen zur direkten Anwendbarkeit des UNO-Sozialpaktes in der Schweiz, in: Aktuelle Juristische Praxis 1996, S. 527 ff.

Auffassung, dass durch eine Erhöhung der Studiengebühren das in Art. 13 Abs. 2 lit. c des Wirtschafts- und Sozialpakts verbrieftete Recht auf Bildung verletzt sei. Das Bundesgericht entschied 1994, auf die Beschwerde nicht einzutreten mit der Begründung, die von den Studierenden angerufene Menschenrechtsnorm habe lediglich einen programmatischen Charakter und begründe keinen Individualanspruch.¹¹⁵ Das UNO-Komitee zur Überwachung des Pakts vertrat demgegenüber die Meinung, das Recht auf Bildung schliesse als unmittelbar anwendbaren Teilgehalt zumindest ein Verbot der Erhöhung bestehender Studiengebühren für staatliche Bildungsanstalten ein.¹¹⁶

III. EMRK als Kernstück des schweizerischen Menschenrechtsschutzes

[GRUNDLEGENDER WANDEL DES SCHWEIZERISCHEN VERFASSUNGSRECHTS]

Am 28. November 1974 ist – ein Jahrhundert nach der damals geltenden Bundesverfassung – in der Schweiz die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) in Kraft getreten. Die EMRK und die Zusatzprotokolle enthalten eine Auswahl von Kerngarantien des modernen, liberalen Menschenrechtsschutzes und werden – dies ist ihre besondere Stärke und Originalität – durch einen eigenen gerichtlichen Kontrollmechanismus überwacht und fortentwickelt. Die EMRK stellt ein dynamisches Werk von internationalem Verfassungsrecht dar. Sie hat, in symbiotischer Verbindung, einen grundlegenden Wandel des schweizerischen Verfassungsrechts herbeigeführt, das – obwohl seit 1874 im Durchschnitt jedes Jahr ein Mal revidiert – gemessen an den seit dem Zweiten Weltkrieg einsetzenden internationalen Menschenrechtsentwicklungen erhebliche Lücken und Rückständigkeiten aufwies.¹¹⁷

[EMRK ALS MINIMALSTANDARD]

Die EMRK ist als Minimalstandard konzipiert, hat aber auf dem Wege der Komplementierung und interpretatorischen Anpassung doch erheblich zur Umgestaltung und Modernisierung des Grundrechtssystems in der Schweiz beigetragen. Bereits im Vorfeld und im Hinblick auf einen Beitritt der Schweiz zur EMRK wurden mit der Einführung des Frauenstimmrechts auf Bundesebene (1971) und der Beseitigung der konfessionellen Ausnahmeregelungen (1973) einige rechtsstaatlich längst fällige Verfassungsrevisionen vorgenommen. Auch zeitigte die Konvention insofern Vorwirkungen, als das Bundesgericht sich schon vor dem Beitritt zur Konvention anschickte, Grundrechte des eigenen Verfassungsrechts im Lichte der EMRK-Garantien und der Strassburger Praxis zu konkretisieren.¹¹⁸

[VIER SCHWERPUNKTE]

Überblickt man die Einwirkungen der Europäischen Menschenrechtskonvention auf die schweizerische Rechtsordnung insgesamt, so lassen sich vier Schwerpunkte ausmachen:

¹¹⁵ BGE 120 Ia 1 ff.

¹¹⁶ Siehe Abschliessende Bemerkungen des Ausschusses zum Schweizer Staatenbericht UN Doc. E/C.12/1 Add.30; vgl. auch WALTER KÄLIN/GIORGIO MALINVERNI/MANFRED NOWAK, Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel/Brüssel 1997.

¹¹⁷ Zum Ganzen vgl. etwa VILLIGER (FN 112); ders., EMRK und UNO-Menschenrechtspakte, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S.647 ff.; Vgl. DANIEL THÜRER, EMRK – Zu ihren Entwicklungen und zu ihren Umrisen, in: Daniel Thürer (Hrsg.), EMRK: Neuere Entwicklungen, Zürich 2005, S. 1 ff.; STEFAN TRECHSEL, Die Schweiz und die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in: Alois Riklin/Hans Haug/Hans Christoph Binswanger (Hrsg.), Handbuch der Schweizerischen Aussenpolitik, Bern/Stuttgart 1975, S. 361 ff.; DERS., Erste Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1979, S. 457 ff.

¹¹⁸ Vgl. etwa die bundesgerichtliche Praxis zur Persönlichen Freiheit. Zum Ganzen: STEFAN TRECHSEL, Die Europäische Menschenrechtskonvention, ihr Schutz der Persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozessrechte, Bern 1974; DANIEL THÜRER, Soft Law – Eine neue Form von Völkerrecht, in: ZSR 1985/I, S. 429 ff.

[REFORMEN IM AUSLÄNDERRECHT]

Eine wesentliche Auswirkung des internationalen Menschenrechtsschutzes und insbesondere der EMRK war eine stufenweise Angleichung des Grundrechtsschutzes der Ausländer an denjenigen der Schweizer: so wurden etwa die Vereins- und die Versammlungsfreiheit, die – zumindest im Falle politischer Betätigung – in Lehre und Praxis traditionell als den Schweizern vorbehaltene Staatsbürgerrechte verstanden wurden, nunmehr im Lichte der EMRK zu „Jedermanns-Rechten“ uminterpretiert.

[GARANTIE DES FAIREN RICHTSVERFAHRENS]

Die in Art. 6 EMRK niedergelegten Grundsätze des „fair trial“ erweiterten in mehreren Kantonen den Zugang Rechtssuchender zum Gericht und bewirkten ganz allgemein eine erhebliche Stärkung der richterlichen Funktion und insbesondere einen Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Sie führten zu vermehrten Kontrollen im Ablauf von Prozessen, etwa bezüglich der Verfahrensdauer.¹¹⁹

[„BESONDERES GEWALTVERHÄLTNISS“]

Bereits 1979 wurde die Schweiz im Fall „Eggs“ von der Strassburger Menschenrechtskommission einer Menschenrechtsverletzung bezichtigt, weil Angehörige der Armee ohne richterliche Kontrolle mit schweren Arreststrafen diszipliniert werden konnten, was eine Revision der Militärstrafprozessordnung zur Folge hatte.¹²⁰ Ganz allgemein machte Art. 5 EMRK, der die Haftbedingungen regelt, Anpassungen in Bezug auf die Funktionen des Untersuchungsrichters und die Änderungen des Haftprüfungsverfahrens notwendig.

[ERWEITERUNG DER VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT]

Tiefgreifend war auch die durch die EMRK induzierte Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit.¹²¹ Diese ist in der Schweiz nicht, wie in Deutschland oder in Österreich, bei einem hierzu besonders geschaffenen Gerichtshof monopolisiert, sondern kann – zumindest vorfrageweise – von irgend einem Gericht im Lande ausgeübt werden. Schwergewichtig wird sie freilich vom Bundesgericht wahrgenommen, das Fragen der Einhaltung der Verfassung auf dem Wege der Staats-, aber auch der Verwaltungs-, Zivil- und Strafgerichtsbarkeit prüfen kann. Im Vordergrund stand dabei die staatsrechtliche Beschwerde¹²², die dem Einzelnen, subsidiär zu andern zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln, die Rüge von Verletzungen verfassungsmässiger Rechte gestattete. Nun ist aber wichtig festzuhalten, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz insofern eingeschränkt ist, als ihr gemäss Art. 191 BV die Kontrolle von Bundesgesetzen entzogen ist. Eine Volksinitiative von 1939 und ein vom Bundesrat im Rahmen der Justizreform von 2000 dem Parlament unterbreiteter Antrag zur Beseitigung dieser Schranke der Verfassungsgerichtsbarkeit scheiterten an der in Parlament und Volk verbreiteten Auffassung, dass es nicht Sache des Richters sei, die demokratisch legitimierte Gesetzgebung zu kontrollieren; statt der Justiz sei die Kontrollfunktion über referendumspflichtige Erlasse dem Volk anzuvertrauen. Hier führte die EMRK einen entscheidenden Wandel herbei. Das Bundesgericht gelangte nämlich, um Rügen durch die Strassburger Konventionsorgane zu vermeiden, nach längerem Zögern zum Schluss, dass die staatsrechtlich gewährleisteten

¹¹⁹ Vgl. etwa den Fall Zimmermann und Steiner (Urteil vom 13. Juli 1983 betr. Série A, Band 66) betr. ein verwaltungsgerichtliches beschwerdeverfahren vor Bundesgericht in einer Enteignungssache.

¹²⁰ Vgl. hierzu VILLIGER (FN 112), S. 211 f.

¹²¹ Vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Band 39, Berlin/New York 1981, S. 53 ff.

¹²² Ab 1. Januar 2007 traten an die Stelle der staatsrechtlichen Beschwerde die Einheitsbeschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und subsidiäre Verfassungsbeschwerde. Siehe FN 40.

Grundrechte zumindest insofern dem Schutze der Verfassungsgerichtsbarkeit unterstehen, als sie sich mit Konventionsgarantien decken.¹²³

[PROPAGANDAMATERIAL PKK]

Bahnbrechend für die an der EMRK orientierten Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit war der Entscheid des Bundesgerichts im Fall „Propagandamaterial PKK“ (BGE 125 II 417).¹²⁴ In diesem Entscheid hatte das Bundesgericht die Zulässigkeit einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen einen Entscheid des Bundesrates zu beurteilen, beschlagnahmtes Propagandamaterial der Kurdischen Arbeiterpartei (PKK) aus Gründen der äusseren und inneren Sicherheit einzuziehen und zu vernichten. Während das innerstaatliche Recht (Art. 98 lit. a des Bundesrechtspflegegesetzes) den Rechtsweg ans Bundesgericht ausschloss, machten die Beschwerdeführer gestützt auf Art. 6 Abs. 1 EMRK einen Anspruch auf gerichtliche Überprüfung mit der Begründung geltend, der Einziehungsentscheid stelle einen Eingriff in die durch diese Bestimmung geschützten zivilrechtlichen Rechte dar. Das Bundesgericht entschied sich in diesem (nicht auf dem Wege der völkerrechtskonformen Auslegung des Landesrechts zu lösenden) Konflikt für die Anwendbarkeit der EMRK. Damit wurde – ein Ausnahmefall im System der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit – ein Entscheid des Bundesrates der richterlichen Kontrolle unterstellt. Vor allem aber hatte die Tatsache, dass das Bundesgericht sich bereit fand, ein Bundesgesetz auf seine Konventionskonformität hin zu überprüfen, zur logischen Folge, dass eine solche Kontrolle auch eingreifen musste, wenn sich eine Konventions- mit einer Verfassungsnorm deckte. Mit dieser Rechtsprechung des Bundesgerichts wurde in der Schweiz, indirekt und gleichsam „auf kaltem Wege“, ein wesentliches Stück Verfassungsgerichtsbarkeit selbst über die Bundesgesetzgebung geschaffen. Es gibt nunmehr in der Verfassung zwei „Klassen“ von Grundrechten: diejenigen, die – da sie auch durch die EMRK gewährleistet sind – dem Schutz der Verfassungsgerichtsbarkeit unterstellt sind, und diejenigen, bei denen (wie bei der Niederlassungsfreiheit, der Eigentumsgarantie, der Rechtsgleichheit, dem Willkürverbot usw.) dies nicht der Fall ist.

IV. Neuere Rechtsprechung des EGMR zur Schweiz¹²⁵

[VIEL GENUTZTE INDIVIDUALBESCHWERDE]

Die Effektivität der EMRK wird im Wesentlichen durch das Individualbeschwerdeverfahren verbürgt. Seit 1974 wurden über 2000 Beschwerden gegen die Schweiz registriert.¹²⁶ Neue Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zur Schweiz betreffen die unverhältnismässig lange Prozessdauer¹²⁷, die Verweigerung des rechtlichen Gehörs¹²⁸,

¹²³ Siehe BGE 117 Ib 371; zum Ganzen auch WALTER KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 1167, 1176 ff.; DANIEL THÜRER, Die Worte des Richters, in: ders., Kosmopolitisches Staatsrecht, Grundidee Gerechtigkeit, Band 1, Zürich/Berlin 2005, S. 407, 431 ff.

¹²⁴ Rechtsprechung bestätigt in BGE 130 I 318.

¹²⁵ Vgl. die jährlich in der Schweizerischen Zeitschrift für internationales und europäisches Recht (SZIER) erscheinende Praxis-Übersicht, zuletzt GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, La pratique suisse relative aux droits de l'homme 2004, in: Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht (SZIER) 2005, S. 535 ff.

¹²⁶ Siehe MARK E. VILLIGER, EMRK und UNO-Menschenrechtspakte, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 647, 650.

¹²⁷ Fall Müller gegen die Schweiz, Urteil vom 5. November 2002, Beschwerde-Nr. 41202/98; Fall Bianchi gegen die Schweiz, Urteil vom 22. Juni 2006, Beschwerde-Nr. 7548/04.

¹²⁸ Fall Ziegler gegen die Schweiz, Urteil vom 21. Februar 2002, Beschwerde-Nr. 33499/96; Fall Spang gegen die Schweiz, Urteil vom 11. Oktober 2005, Beschwerde-Nr. 45228/99; Fall Hurter gegen die Schweiz, Urteil vom 15. Dezember 2005, Beschwerde-Nr. 53146/99; Fall Ressegatti gegen die Schweiz, Urteil vom 13. Juli 2006, Beschwerde-Nr. 17671/02.

die Verweigerung einer Konzession für ein Spartenfernsehprogramm¹²⁹, die fürsorgliche Freiheitsentziehung¹³⁰, die Entscheidung eines Gerichts innerhalb kurzer Frist über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs¹³¹ und die Meinungsäusserungsfreiheit¹³². Im Folgenden werden zwei neuere Fälle genauer betrachtet.

[JÄGGI GEGEN DIE SCHWEIZ]

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) stellte im Fall „Jäggi gegen die Schweiz“¹³³ eine Verletzung von Art. 8 EMRK fest (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens). Gegenstand des Entscheids war die Verweigerung einer DNA-Analyse, welche der Antragsteller benötigte, um Klarheit über seinen leiblichen Vater zu erlangen. Der 1939 geborene Schweizer Andreas Jäggi hatte vor und nach dem Tod seines mutmasslichen Vaters im Jahr 1976 vergeblich versucht, Aufschluss über seine Herkunft zu bekommen. Im Jahr 1999 hatte das Bundesgericht die Exhumierung des Leichnams und einen DNA-Test mit der Begründung abgelehnt, dass das Recht des Verstorbenen auf Totenruhe höher zu bewerten sei als das Anliegen des Antragstellers, der in 60 Jahren seine Persönlichkeit auch ohne das Wissen um seinen Erzeuger habe festigen können. Der EGMR wertete hingegen das Recht zur Klärung der persönlichen Herkunft von Herrn Jäggi höher, welches auch mit zunehmendem Alter nicht abnehme.

[STOLL GEGEN DIE SCHWEIZ]

Im Fall „Stoll gegen die Schweiz“¹³⁴ stellte der EGMR mit 4:3 Stimmen eine Verletzung des Rechts auf freie Meinungsäusserung (Art. 19 EMRK) durch die Schweiz fest. Der Zürcher Reporter Martin Stoll hatte in der Sonntagszeitung aus einem vertraulichen Dokument des damaligen Schweizer Botschafters in den USA (Carlo Jagmetti) über Verhandlungen der Schweizer Banken mit dem Jüdischen Weltkongress zitiert. Er wurde in der Folge wegen Veröffentlichung „geheimer amtlicher Debatten“ zu einer Geldbusse verurteilt. Der EGMR fand, die im Dokument enthaltenen Informationen hätten eine zeitgenössische Debatte zur Rolle der Schweiz im Zweiten Weltkrieg betroffen. Das Interesse in der Öffentlichkeit über die damit verbundenen Verhandlungen und die zentrale Rolle, die der Botschafter darin spielte, hätten die Veröffentlichung von Informationen über seinen Standpunkt zu den Verhandlungen gerechtfertigt. Die Art und Weise der Darstellung habe allenfalls die Ansichten Jagmettis unverantwortlich dramatisiert und skandalisiert, aber die Form der Informationsaufbereitung sei für die Beurteilung von Verstössen gegen das Amtsgeheimnis nicht relevant; die Pressefreiheit erlaube einen gewissen Grad an Übertreibung und sogar Provokation.¹³⁵

D. Dynamisches System von Normen zwischen verschiedenen Polen

[VON PYRAMIDEN UND NETZWERKEN]

Es gibt zwei Formen der Organisation von Rechtsgemeinschaften: diejenige der „Pyramide“ und diejenige des „Netzes“.¹³⁶ Das (klassische) Modell der Pyramide geht davon aus, dass das Recht in Form von Befehlen unilateral von der Spitze der Hierarchie bis zur Basis geschaffen, angewendet und kontrolliert wird. Das (modernere) netzförmige, pluralistische, offene Modell beruht auf den Gedanken der flexiblen Koordination, Interaktion und Harmonisierung zwischen komplexen, gleichgeordneten, interdependenten Systemen und nicht des „Imperiums“ zentralisierter Macht. Der Schutz der Grundrechte in der Schweiz weist hybride Formen auf, die sowohl durch vertikale wie auch durch horizontale Kräfte bestimmt sind. Im Zentrum stehen für den Einzelnen die Grundrechte des Bundes. Diese erhielten ursprünglich Impulse von den Kantonen („von unten“), während heute wesentlichere Einflüsse aus den völkerrechtlichen Systemen des Menschenrechtsschutzes („von oben“) stammen. Auch von

¹²⁹ Fall Demuth gegen die Schweiz, Urteil vom 5. November 2002, Beschwerde-Nr. 38743/97.

¹³⁰ Fall H.M. gegen die Schweiz, Urteil vom 26. Februar 2002, Beschwerde-Nr. 39187/98.

¹³¹ Fall Fuchser gegen die Schweiz, Urteil vom 13. Juli 2006, Beschwerde-Nr. 55894/00.

¹³² Fall Dammann gegen die Schweiz, Urteil vom 25. April 2006, Beschwerde-Nr. 77551/01.

¹³³ Urteil vom 13. Juli 2006, Beschwerde-Nr. 58757/00.

¹³⁴ Urteil vom 25. April 2006, Beschwerde-Nr. 69698/01.

¹³⁵ Die Schweiz hat beim EGMR eine Neubeurteilung des Falls durch die Grosse Kammer beantragt. Dabei handelt es sich um den ersten solchen Antrag der Schweiz. Vgl. NZZ vom 17. August 2006, S. 14.

¹³⁶ DANIEL THÜRER, Grundrechtsschutz in Europa – Globale Perspektive, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht 2005/II, S. 51 ff, 67 ff., mit Hinweisen.

den europäischen (und internationalen) Rechtssystemen zum Schutz der Menschenrechte kann nicht gesagt werden, dass sie dem nationalen Recht schlechterdings übergeordnet sind. Vielmehr lässt sich in der tatsächlichen Funktionsweise ein subtiles, multipolares Gefüge von Strukturen und Rechtsprozessen beobachten, in denen es – wie etwa von JÖRG PAUL MÜLLER näher dargelegt¹³⁷ – im Grunde genommen keine oberste Instanz und kein letztes Wort gibt.

[PROZESS STETIGER RECHTSVERGLEICHUNG]

Die EMRK ist als Minimalgarantie konzipiert.¹³⁸ Die Rechtsprechung des EGMR verfolgt aber eine „dynamische und damit verfassungsgerichtsähnliche Linie“.¹³⁹ Der vielleicht interessanteste und originellste Grundzug der Strassburger Menschenrechtspraxis liegt in den vielfältigen Prozessen stetiger Rechtsvergleichung, welche die Rechtsprechung des Gerichtshofes prägen. Das „Schweifenlassen des Blicks“ zwischen den Rechtssystemen bildet die besondere Methode, ja wohl die Wesensform des „judicial reasoning“ des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte. Die EMRK bezieht ihre Lebendigkeit zu einem wesentlichen Teil aus der unablässigen Suche nach Konvergenzen (und Divergenzen) nationaler Regelungen, also gleichsam aus Gesprächen zwischen nationalen und europäischen Richtern.¹⁴⁰

[MARGE D'APPRÉCIATION]

Ein zweiter Wesenszug der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte liegt in der Spannung zwischen dem Ziel der einheitlichen Rechtsgewährleistung einerseits und der Respektierung pluralistischer Ordnungssysteme andererseits. Abwägungsprozesse zwischen gebotener Uniformität und legitimer Pluralität sind typisch für viele Prozesse der Rechtssetzung und Rechtsanwendung im Rahmen des europäischen Integrationssystems. Beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte spricht man von einer den Mitgliedstaaten zugestandenen „marge d'appréciation“: einem Kunstgriff, um trotz Einheitlichkeit des europäischen Menschenrechtsstandards Vielfalt der Gestaltungsformen zu bewahren und das nationale „droit à la différence“ zu achten. Es ist dies eine der wichtigsten, sensibelsten Aufgaben des Gerichtshofes: die Linie zwischen den unverzichtbaren Kerngehalten der Konvention und ihren variablen Elementen richtig zu ziehen. Es ist – so scheint es – eine Differenzierung zu machen zwischen Gewährleistungselementen, die einer Relativierung im Sinne einer „marge d'appréciation“ nicht zugänglich sind, und solchen, die nationale Eigengestaltungen zulassen.¹⁴¹ Zur Gruppe der absolut zu respektierenden Prinzipien gehören wohl etwa das Recht auf Leben, das Folterverbot sowie Kerngehalte der Freiheits- und Justizgarantien. Die vom Gerichtshof herausgebildeten Kategorien von Kerngehalten des Menschenrechtsschutzes liessen sich, „mutatis mutandis“, dogmatisch auch auf andere Gewährleistungen und Typen von Grundrechten (z.B. den Kerngehalt eines Rechts auf Nahrung, Obdach, Gesundheit) übertragen.

¹³⁷ JÖRG PAUL MÜLLER, Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa, ZSR 2005,II, S. 9, 18 ff.

¹³⁸ Art. 53 EMRK. Zur Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa siehe JÖRG PAUL MÜLLER, Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa – Einleitungsreferat, in: Zeitschrift für schweizerisches Recht 2005/II, S. 9 ff.

¹³⁹ JÖRG PAUL MÜLLER, Subsidiarität und Menschenrechtsschutz, in: Martin Morlok (Hrsg.), Die Welt des Verfassungsstaates, zu Ehren von Peter Häberle aus Anlass seines 65. Geburtstages, Baden-Baden 2001, S. 35 ff., 41.

¹⁴⁰ LUZIUS WILDHABER, The Role of Comparative Law in the Case-Law of the European Court of Human Rights, in: Jürgen Bröhmer/Roland Bieber/Christian Calliess/Christine Langenfeld/Stefan Weber/Joachim Wolf (Hrsg.), Festschrift für Georg Ress, Köln/Berlin/München 2005, S. 1101 ff.

¹⁴¹ Dazu siehe Eyal Benvenisti, Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards, 31 New York University Journal of International Law and Politics, p. 843 ff.

[BEDEUTUNG DES SUBSIDIARITÄTSPRINZIPS]

Wichtig für die Effektivität und die langfristige Glaubwürdigkeit des EMRK-Systems wird sein, dass dem Subsidiaritätsprinzip ein hoher Stellenwert beigemessen wird, nach welchem eine übergeordnete Einheit für eine Regelung erst zuständig wird, wenn eine kleinere Einheit dazu nicht in der Lage ist.¹⁴²

[WANDEL DES VERFASSUNGSVERSTÄNDNISSES]

Die Idee, der Geist und das Recht des internationalen Menschenrechtsschutzes hatten das schweizerische Staatsrecht von Anfang an beeinflusst und geprägt. Dies gilt vor allem für die klassisch-liberalen Menschenrechte und die verfahrensmässigen Garantien („procedural fairness“), während die Wirksamkeit der Normen sozialer Gerechtigkeit eher marginal blieb. Gewährleistungen des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes hatten gelegentlich, präventiv oder repressiv, zur Beseitigung widersprechender Normen des Landesrechts geführt. Im grossen und ganzen führten sie aber eher indirekt – d.h. auf dem Wege der völkerrechtskonformen Auslegung, Konkretisierung und Ausgestaltung des nationalen Rechts – zu einem Wandel des Verfassungsverständnisses sowie zu Anpassungen des Rechtssystems und insbesondere auch der Institutionen des Verfassungsschutzes. Die allmähliche, oft beinahe unbemerkte Durchdringung weiterer Bereiche des innerstaatlichen Rechts durch den internationalen Menschenrechtsschutz wurde begünstigt durch Strukturen der Verfassung, die offen sind für Einwirkungen von aussen und ihre flexible Verbindung mit den Normen im Innern.

[EIN „ENSEMBLE“ VON GRUND- UND MENSCHENRECHTSNORMEN]

Lässt sich aus dem System des Grundrechtsschutzes in der Schweiz eine allgemeine Lehre ziehen? Ergibt sich aus den spezifischen Erfahrungen der Schweiz ein Modell, das zu kennen sich für andere lohnt? Vielleicht liegt das besondere an der Grundrechteentwicklung und am Grundrechtsschutz darin, dass sie nicht von Gedanken der Hierarchie der Systeme, sondern von unablässigen Lernprozessen beherrscht sind, wie sie zwischen den verschiedenen (eidgenössischen, kantonalen und internationalen) Regelungswerken hin und her fliessen. MIREILLE DELMAS-MARTY hat diese Verbindung von notwendiger Einheit und Respekt vor der Vielfalt als „pluralisme ordonné“¹⁴³ bezeichnet. Hinter der Fassade hierarchisch strukturierter Regelungswerke oszillieren in vielfältigen Rhythmen Prozesse des pluralistischen Austausches, in dem auch etwa nationale Richter durchaus in der Lage sind, internationale **Regelungs.....** (vor allem die EMRK) nicht bloss zu applizieren, sondern auch nach Massgabe ihrer eigenen Traditionen und Ideen mitzugestalten. Angesichts **der pragmatischen Verbindung von Grundrechtsgarantien?? aller zeigt sich, wie sehr die Rolle des Souveräns Rechtsstaat durch den Gedanken einer weitgespannten „Rule of Law“ relativiert wird und in ein den (Bundes)Staat übergreifendes föderatives System eingefügt werden. Die Essenz dieser Betrachtungen ist vielleicht die Einsicht, wie sehr herkömmliche Schemen der Rechtshierarchie im Begriffe sind, durch Methoden der juristischen pluralistischen (raisonnement) im Rahmen integrativer Rechtsordnungen abgelöst zu werden.**

E. Bibliographie

Auer, Andreas/Malinverni, Giorgio/Hottelier, Michel, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Bern 2006.

¹⁴² JÖRG PAUL MÜLLER zufolge ist zu entscheiden, „welche Anliegen so dringlich und unverzichtbar sind und eine möglichst weite Perspektive in Raum und Zeit voraussetzen, dass sie nicht dem politischen Prozess oder der lokalen Überzeugung überlassen werden dürfen, sondern zwingend für alle gelöst werden müssen.“ Vgl. MÜLLER, Subsidiarität (FN 140), S. 43.

¹⁴³ MIREILLE DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Paris 2006.

- Biaggini, Giovanni*, Die neue Zürcher Kantonsverfassung: Gesamtbetrachtung im Lichte der Verfassungsfunktionen, in: Leo Lorenzo Fosco/Tobias Jaag/Markus Notter (Hrsg.), Die neue Zürcher Kantonsverfassung, Zürich 2006, S. 175 ff.
- Buser, Denise*, Kantonales Staatsrecht, Basel 2004.
- Häfelin, Ulrich/Haller, Walter*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6., stark überarbeitete Aufl., Zürich 2005.
- Hangartner, Yvo/Kley, Andreas*, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000.
- Kägi-Diener, Regula*, Grundrechtsschutz durch die Kantone, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 837 ff.
- Keller, Helen*, Rezeption des Völkerrechts, Berlin 2003.
- Kley, Andreas*, Der Grundrechtskatalog der nachgeführten Bundesverfassung – ausgewählte Neuerungen, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1999, S. 301 ff.
- Müller, Jörg Paul*, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Daniel Thürer/Jean François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 621 ff.
- ders.*, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999.
- Nuspliger, Kurt*, Wechselwirkungen zwischen neueren Kantonsverfassungen und der Bundesverfassung, in: Ulrich Zimmerli (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Bern 2000, S. 63 ff.
- Rhinow, René*, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel 2003.
- Schefer, Markus*, Die Beeinträchtigung von Grundrechten, Zur Dogmatik von Art. 36 BV, Bern 2006.
- ders.*, Die Grundrechte in der Schweiz - Ergänzungsband, Bern 2005.
- ders.*, Die Kerngehalte von Grundrechten, Bern 2001.
- Thürer, Daniel*, Kosmopolitisches Staatsrecht, Grundidee Gerechtigkeit, Band 1, Zürich/Berlin 2005.
- Thürer, Daniel/Aubert, Jean-François/Müller, Jörg Paul*, Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001.
- Villiger, Mark E.*, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl., Zürich 1999.