

2. Teil Verfassungsstaatlichkeit

§ 7 Grundfragen und Herausforderungen

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, La Constitution: son contenu, son usage, ZSR 1991 II, 9 ff.; BIAGGINI GIOVANNI, Die Idee der Verfassung – Neuausrichtung im Zeitalter der Globalisierung? ZSR 2000 I, 445 ff.; EICHENBERGER KURT, Sinn und Bedeutung einer Verfassung, ZSR 1991 II, 143 ff.; GRIMM DIETER, Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt a.M. 1991; HÄBERLE PETER, Europäische Verfassungslehre, 7. Aufl., Baden-Baden 2011; HAMILTON/MADISON/JAY, Federalist Papers; KÄGI WERNER, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich 1945; PETERS ANNE, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, Berlin 2001.

I. Begriff und Funktionen der Verfassung

1. Begriff der Verfassung

Der Begriff «Verfassung» bezeichnet das zentrale Rechtsdokument eines Gemeinwesens, in welchem die für die Einrichtung und Ausübung der Staatsgewalt *grundlegenden Normen* zusammengefasst sind. Die Verfassung *bindet alle Staatsorgane*. Als höchster Erlass des nationalen Rechts beansprucht die Verfassung *Vorrang* gegenüber den Gesetzen und den weiteren Staatsakten (erhöhte Geltungskraft). Damit einher geht typischerweise eine im Vergleich zu den Gesetzen *erschwerte Abänderbarkeit* des Verfassungsrechts. Damit soll Dauerhaftigkeit gesichert und die Verfassung der Disposition gerade aktueller Mehrheiten entzogen werden. Meist gelten im parlamentarischen Verfahren qualifizierte Mehrheitserfordernisse (z.B. Zwei-Drittel-Mehr, vgl. Art. 79 Abs. 2 des deutschen Grundgesetzes). In der Schweiz ist dies nicht der Fall; das qualifizierende Moment ist hier die obligatorische Volksabstimmung mit Doppelmehrerfordernis (Art. 142 Abs. 2 BV).

In der Verfassungsrechtslehre pflegt man zu unterscheiden zwischen der Verfassung im formellen Sinn und der Verfassung im materiellen Sinn. Unter *Verfassung im formellen Sinn* versteht man die Gesamtheit aller Normen, die im qualifizierten Verfahren der Verfassungsgebung zustande kommen und in der Verfassungsurkunde zusammengefasst sind.

Eine einheitliche Verfassungsurkunde besteht freilich nicht immer und überall. Im Frankreich der III. Republik (1871–1940) bestanden mehrere *lois constitutionnelles* nebeneinander. Das Vereinigte Königreich besitzt zwar verschiedene grundlegende Rechtstexte, aber keine geschriebene Verfassung. In Österreich finden sich Normen mit Verfassungsrang auch ausserhalb der Verfassungsur-

kunde, verstreut über die ganze Gesetzgebung. In der Schweiz spielten unter der Bundesverfassung von 1874 ungeschriebene Grundrechte eine bedeutende Rolle (vgl. § 30 N. 22 ff.).

- 4 Unter *Verfassung im materiellen Sinn* versteht man die Gesamtheit aller besonders wichtigen Normen betreffend den Staat und sein Verhältnis zum Einzelnen. Solche grundlegenden Normen stehen gewöhnlich in der Verfassungsurkunde (N. 2) oder gehören zum ungeschriebenen Recht mit Verfassungsrang (z.B. ungeschriebene Grundrechte; vgl. § 30 N. 22 ff.). Es kann aber auch vorkommen, dass eine Norm, die von ihrem Inhalt her – «materiell» gesehen – in die Verfassung gehören würde, lediglich auf Gesetzebene verankert ist. Auch solche Normen werden mitunter zur Verfassung im materiellen Sinn gezählt; sie haben aber dessen ungeachtet nicht Verfassungs-, sondern bloss Gesetzesrang (vgl. auch § 9).
- 5 Idealerweise sollten sich die Verfassung im formellen Sinn und die Verfassung im materiellen Sinn decken. Dass beides erheblich auseinanderklaffen kann, zeigt ein Blick auf die Rechtsentwicklung unter der Bundesverfassung von 1874 (vgl. § 8). Zu den erklärten Zielen der 1999 gutgeheissenen Totalrevision gehörte es, in dieser Hinsicht soweit möglich Übereinstimmung herzustellen (Bundesrat, Botsch. BV, BBl 1997 I 17 ff.), das heisst, ungeschriebenes Verfassungs(richter)recht zu kodifizieren, grundlegende Normgehalte der Gesetzebene auf die Verfassungsstufe anzuheben (z.B. Grundprinzipien des Umweltrechts, vgl. Art. 74 BV), weniger Wichtiges auf die Gesetzebene herabzustufen (z.B. Absinthverbot) sowie obsolet Gewordenes zu streichen (z.B. das Verbot von Brauteinzugsgebühren, Art. 54 Abs. 6 aBV). Unter den Rahmenbedingungen der schweizerischen direkten Demokratie (§ 24) ist die Wahrscheinlichkeit nicht gering, dass Regelungen in die Bundesverfassung Eingang finden, die sachlich eher auf die Normstufe des Gesetzes gehören.
- 6 Mit dem Begriff «Verfassung» verbindet sich seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert die Vorstellung, dass der *Verfassungsinhalt* bestimmten Grundanforderungen gerecht werden muss. Der berühmte Art. 16 der französischen Menschenrechts-erklärung von 1789 statuiert: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.» Die «Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates» (WERNER KÄGI) soll nicht nur die grundlegenden Rechte des Individuums (§§ 29 ff.) und die Gewaltenteilung (§ 17) sichern, sondern auch die Idee der Volkssouveränität verwirklichen (N. 29 ff.). Ein solchermaßen inhaltlich angereicherter, *normativer Verfassungsbegriff* ist das noch immer lebendige Erbe der Amerikanischen und der Französischen Revolution. Der Begriff «Verfassungsstaat» steht heute für ein freiheitlich-demokratisches, gewaltenteiliges Gemeinwesen, das auf der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes beruht.

2. Zentrale Verfassungsfunktionen

Im modernen Staatswesen soll die Verfassung bestimmte rechtliche und politische Grundfunktionen erfüllen. Sie soll 7

- den Staat und seine Organe einrichten und funktionsfähig machen und damit Handlungsfähigkeit und Stabilität sichern (*Ordnungs- und Organisationsfunktion*),
- dem Staat und seinen Organen Schranken setzen und auf diese Weise Macht begrenzen und die Freiheit der Bürgerinnen und Bürger sichern (*Machtbegrenzungs- und Freiheitsgewährleistungsfunktion*)
- und (jedenfalls nach der heute in der Schweiz vorherrschenden Auffassung) die inhaltliche Ausrichtung der Staatstätigkeit bestimmen, indem sie Ziele, Aufgaben und weitere Handlungsvorgaben normiert, vorzugsweise ohne dabei zu sehr ins Detail zu gehen (*Gestaltungs- und Steuerungsfunktion*).

Die historischen und aktuellen Verfassungen dienen diesen Funktionen in unterschiedlichem Masse. So gibt es Verfassungen, die sich im Wesentlichen darauf beschränken, eine grundlegende Zuständigkeits- und Verfahrensordnung für den politischen Prozess zu normieren (Verfassung als blosses «Organisationsstatut»). In diese Richtung geht die US-Verfassung von 1787. Auch ein Katalog der grundlegenden Rechte des Individuums gehörte lange nicht zum selbstverständlichen Inhalt einer Verfassung (vgl. die französische Verfassung von 1958, ursprüngliche Fassung). 8

Neben diesen Hauptfunktionen werden einer Verfassung regelmässig weitere Funktionen zugeschrieben. Gemäss den in der neueren Literatur anzutreffenden Funktionskatalogen soll die Verfassung 9

- den Bürgerinnen und Bürgern ein verständliches und wirklichkeitsnahes Bild des Staates und seiner Funktionen vermitteln (*Orientierungsfunktion*),
- der auf ihr beruhenden Rechtsordnung und den staatlichen Organen eine besondere demokratische Abstützung verschaffen (*Legitimationsfunktion*),
- den für ein gedeihliches Zusammenleben notwendigen gesellschaftlichen Zusammenhalt fördern und festigen (*Integrationsfunktion*; zur Bedeutung der Verfassung für die «Willensnation» Schweiz vgl. § 8 N. 53),
- die Beziehungen zur internationalen Gemeinschaft sowie das Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht ordnen (*Einbettungs- oder Brückenfunktion*).

II. Historische Entwicklung

Verfassungen im heute gebräuchlichen Sinn (N. 1) sind eine Errungenschaft des 18. Jahrhunderts und der darauf folgenden Zeit. Der Begriff «Verfassung» wird mitunter auch zur Bezeichnung von Phänomenen früherer Epochen verwendet. So spricht man etwa von der «Verfassungsgeschichte der alten Eidgenos- 10

senschaft». Schon im Mittelalter entstanden grundlegende Rechtsdokumente, die als Bollwerke gegen willkürlichen Machtgebrauch dienten, wie die Magna Charta von 1215. Man kann hierin Frühformen des Konstitutionalismus erblicken. Doch fehlen wichtige Elemente, die heute als konstitutiv für eine Verfassung gelten (vgl. N. 1: nicht bloss punktueller Charakter, erhöhte Geltungskraft, einseitiger Erlass, Rückführung auf die Volkssouveränität).

- 11 Der Begriff «Verfassung» (engl./frz. «constitution») kommt ab dem 17. Jahrhundert in England, ab dem 18. Jahrhundert auf dem Kontinent auf. Daneben finden sich Begriffe wie «fundamental laws» oder «leges fundamentales» (vgl. GERALD STOURZH, Wege zur Grundrechtsdemokratie, Wien/Köln 1989, 1 ff., 9 ff.). Das die Herrschaft des Lord Protectors OLIVER CROMWELL verfassende Dokument wird als «Instrument of Government» (1653) bezeichnet.
- 12 Erste Verfassungen im modernen Sinn entstanden in den ihre Unabhängigkeit proklamierenden nordamerikanischen Kolonien. 1787 folgte die Unionsverfassung (in Kraft getreten 1789). Sie ist die erste Bundesstaatsverfassung und noch heute in Geltung. In Europa blieb es zunächst bei Verfassungsentwürfen (unter anderem von Rousseau für die Insel Korsika). Als erste Verfassungsurkunde auf europäischem Boden gilt ein 1791 in Polen vom Reichstag verabschiedetes Regierungsgesetz mit 11 Artikeln. Die eigentliche Geburtsstunde der Verfassung auf dem Kontinent schlug mit der Französischen Revolution, wo unter dem Eindruck der geglückten Verfassungsgebung in Nordamerika ein regelrechtes «Verfassungsfieber» ausbrach. Überall im Land wurden «Gesellschaften der Verfassungsfreunde» («Sociétés des amis de la Constitution») gegründet, heute besser bekannt als Jakobinerklubs (vgl. WOLFGANG SCHMALE, Entchristianisierung, Revolution und Verfassung, Berlin 1988, 12 ff.). Die Abgeordneten des Dritten Standes erklärten sich zur Nationalversammlung und leisteten am 20. Juni 1789 den Schwur, nicht eher auseinanderzugehen, bis eine Verfassung geschaffen sei («Ballhaus»-Schwur). Am 3. September 1791 verabschiedete die Nationalversammlung die erste französische Verfassung.
- 13 Dies war der Auftakt zu einer wahren «valse des constitutions» (MAURICE DUVERGER, Les constitutions de la France, 15. Aufl., Paris 2004, 34 ff.). In den folgenden sechs Jahrzehnten wurden (je nach Zählweise) rund zehn Verfassungen beschlossen, die freilich zum Teil nur für kurze Zeit in Kraft waren oder ihre Wirkungen mangels Inkraftsetzung gar nicht erst entfalten konnten: *Verfassung von 1791* (konstitutionelle Monarchie); *Verfassung von 1793* (Montagnard-Verfassung; kam nicht zur Wirkung); *Verfassung von 1795* (Direktorialverfassung); *Verfassung von 1799* (Konsultatsverfassung); *Verfassung von 1814* (kam nicht zur Anwendung); *Charta von 1814* (von Louis XVIII oktroyiert); *Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire vom 22. April 1815*; *Charta von 1830* (Verfassung der Juli-Monarchie); *Verfassung von 1848* (II. Republik); *Verfassung von 1852* (II. Kaiserreich); *Lois constitutionnelles von 1875* (III. Republik).
- 14 Die Verfassungsexperimente in Frankreich haben die Verfassungsentwicklung weltweit massgeblich beeinflusst. Dies gilt auch für die Schweiz: in direkter Weise im Fall der ersten und der zweiten Helvetischen Verfassung (1798 bzw. 1802) und der Mediationsakte (1803), mittelbar in Gestalt mannigfaltiger späterer Einflüsse

auf die Verfassungsentwicklung in Bund und Kantonen (vgl. KÖLZ, Verfassungsgeschichte I, 98 ff. und Verfassungsgeschichte II, 41 ff., 477 ff.; KLEY, Verfassungsgeschichte, 207 ff.).

Nach gut zweihundert Jahren Verfassungsgeschichte kann man rückblickend 15 feststellen, dass die sich in der Aufklärungszeit ausprägende Idee der Verfassung weitreichende Wirkungen zu entfalten vermochte. Die Verfassung gehört heute zu den Insignien der Staatlichkeit. Ein Staat, der zur europäischen Staatenfamilie gehören will (Europarat, EU), muss eine Verfassung vorweisen können, die bestimmten rechtsstaatlich-demokratischen Mindeststandards gerecht wird. Mitunter wird in diesem Zusammenhang die Entstehung eines *gemeineuropäischen Verfassungsrechts* konstatiert (PETER HÄBERLE, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, EuGRZ 1991, 261 ff.). In Politikwissenschaft, Ökonomie und Philosophie ist ein (wieder) erwachendes Interesse an Verfassungsfragen zu beobachten.

Legitime Herrschaft (§ 2 N. 54 ff.) ist heute ohne eine Verfassung kaum denkbar. Umgekehrt 16 vermag das Vorhandensein einer Verfassung legitime Herrschaft nicht zu garantieren. Papier ist geduldig. Dies zeigt sich etwa beim Vergleich zwischen Verfassungstext und Wirklichkeit in kommunistisch beherrschten Staaten. Das verbreitete Phänomen der bloss «semantischen» Verfassung (vgl. LOEWENSTEIN, *Verfassungslehre*, 156) ist auch nach dem Fall des Eisernen Vorhangs 1989 nicht ganz verschwunden. Als Beispiel für Verfassungsskepsis im 19. Jahrhundert ist Ferdinand Lassalle (1825–1864) zu nennen, ein Vordenker der Arbeiterbewegung, der die Verfassung mit Blick auf die Verhältnisse in Preussen als ein blosses «Blatt Papier» betitelte: Was darauf «geschrieben wird, ist ganz gleichgültig, wenn es [...] den tatsächlichen Machtverhältnissen widerspricht» (FERDINAND LASSALLE, *Über Verfassungswesen*, 1862, 4. Aufl., Leipzig 1872, 24 und 28). LASSALLE'S Ausspruch berührt einen delikaten Punkt: Dass eine Verfassung zu gelebter Wirklichkeit wird, ist alles andere als selbstverständlich. Denn als «Ordnung des Politischen» hat die Verfassung die obersten Macht- und Entscheidungsträger des Staates zum Regelungsgegenstand. Sie selbst aber besitzt keinerlei Macht. Ihr Wirksamwerden ist daher sehr voraussetzungsreich.

III. Normtypen und strukturprägende Prinzipien

1. Normtypen im Überblick

Der Inhalt moderner Verfassungen und die auftretenden Normtypen sind Spie- 17 gelbild der unterschiedlichen Funktionen, die eine Verfassung heute zu erfüllen hat (N. 7 ff.). Ein Merkmal vieler Verfassungsnormen – im Vergleich mit Normen der Gesetzes- oder Verordnungsstufe – ist der hohe Abstraktionsgrad und die mitunter erhebliche Unbestimmtheit. Daraus resultieren Besonderheiten bei der Verfassungsauslegung und Verfassungsbildung (N. 44 ff.).

Typisierend lassen sich unterscheiden (vgl. KURT EICHENBERGER, *Verfassung des* 18 *Kantons Aargau, Aarau 1986, Einleitung, N. 49 ff.):*

– *Kreationsnormen*, die ein Staatsorgan schaffen und einrichten (z.B. Art. 148 BV: Bundesversammlung als Zweikammerparlament; Art. 174 BV: Bundesrat).

– *Kompetenznormen*, welche Zuständigkeiten des Staates oder eines Staatsorgans festlegen.

Dabei kann es sich um *bloße Befugnisse* handeln (z.B. Art. 81 BV, wonach der Bund öffentliche Werke errichten und betreiben kann) oder um einen eigentlichen *Auftrag* (z.B. Art. 184 BV, wonach der Bundesrat die auswärtigen Angelegenheiten besorgt). Im zweiten Fall ist die Kompetenznorm zugleich Aufgabennorm (siehe sogleich).

– *Aufgabennormen*, häufig in Gestalt von Gesetzgebungsaufträgen (z.B. Art. 74 BV: Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt).

– *Verfahrensnormen*, welche bestimmte wichtige Aspekte der Arbeitsweise von Staatsorganen bestimmen (mit Blick auf die eidgenössischen Räte z.B. Art. 156 BV: getrennte Verhandlung; Art. 158 BV: Öffentlichkeit der Sitzungen).

– *Grundrechtsnormen*, welche dem Individuum ein einklagbares Recht gegenüber dem Staat verschaffen (z.B. Art. 10 BV: Recht auf persönliche Freiheit).

– *Normen betreffend Grundpflichten* (in der Bundesverfassung nur vereinzelt; z.B. Art. 59 BV: allgemeine Wehrpflicht; Art. 62 Abs. 2 BV: Schulpflicht).

– *Gewährleistungsnormen*, welche ein Rechtsinstitut oder eine Institution schützen sollen (z.B. Art. 51 BV: Gewährleistung der kantonalen Verfassungen durch den Bund; Art. 99 Abs. 2 BV: Unabhängigkeit der Nationalbank).

– *Verfassungsprinzipien*, welche den Staatsorganen grundlegende Verhaltensanweisungen geben (z.B. Art. 5 BV: Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns).

– *Zielnormen* unterschiedlichen Abstraktionsgrades (z.B. Art. 2 BV: Zweckartikel als allgemeine Staatszielbestimmung; Art. 41 BV: Sozialziele; Art. 54 Abs. 2 BV: Ziele der Aussenpolitik); Zielnormen treten oft in Verbindung mit einer Staatsaufgabe auf (z.B. Art. 104 Abs. 1 BV: Ziele der Landwirtschaftspolitik).

Staatszielbestimmungen wie Art. 2 BV haben in erster Linie programmatische Bedeutung: Sie sprechen als Impulsnormen vor allem die staatsleitenden Behörden an (Parlament, Regierung). Unter Umständen können sie als Konkretisierungs- und Auslegungshilfe dienen. Sie begründen jedoch weder Bundeskompetenzen noch einklagbare individuelle Rechte.

Eine einzelne Verfassungsbestimmung kann mehreren Typen zuzuordnen sein.

19 Der Verfassung vorangestellt ist häufig ein feierlicher Vorspruch, die sogenannte *Präambel*. Diese soll «in konzentrierter Form den «Geist der Verfassung» zu Wort kommen» lassen (so Bundesrat, Botsch. BV, BBl 1997 I 122) und über die leitenden Motive Aufschluss geben. Die Präambel weist gewöhnlich nicht dieselbe Verbindlichkeit auf wie die Verfassung (anders z.B. bei der französischen Verfassung von 1958).

20 Die Präambel der Bundesverfassung umfasst drei Elemente: die Anrufung Gottes (*invocatio dei*), die Bezeichnung der Handelnden («Das Schweizervolk und die Kantone») sowie die Nennung

der Beweggründe (*narratio* oder Erzählung). Ungeachtet der fehlenden eigenständigen normativen Tragweite sind Verfassungspräambeln wegen ihres symbolischen und (staats-)politischen Gehalts oft Gegenstand intensiver öffentlicher Debatten im Prozess der Verfassungsgebung, so beispielsweise im Rahmen der 1999 beschlossenen Totalrevision der Bundesverfassung (wo der Text der Präambel erst im Verfahren der Einigungskonferenz bereinigt werden konnte) oder im Rahmen des gescheiterten EU-Verfassungsvertrages (vgl. N. 60).

Auch im Verfassungstext selbst finden sich mitunter Bestimmungen mit eher symbolischem Charakter und fraglichem normativem Gehalt. Beispiele dafür sind Art. 6 BV (Individuelle und gesellschaftliche Verantwortung) oder Art. 20 Abs. 4 des deutschen Grundgesetzes (Widerstandsrecht). In vielen Verfassungen finden sich zudem Bestimmungen über Attribute der Staatlichkeit (wie Flagge, Wappen, Wahlspruch, Nationalhymne; zur Bundesverfassung vgl. § 8 N. 40).

2. Verfassungsprägende Strukturprinzipien und Leitideen

Im Zuge der Verfassungsstaatsentwicklung hat es sich eingebürgert, grundlegende Verfassungsgehalte in einprägsame Kurzformeln zu fassen. Eine einflussreiche Formulierung findet sich in Art. 20 Abs. 1 des deutschen Grundgesetzes (1949): «Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.» Ähnlich statuiert Art. 1 Abs. 1 der Berner Kantonsverfassung (1993): «Der Kanton Bern ist ein freiheitlicher, demokratischer und sozialer Rechtsstaat.» Auch die schweizerische Bundesverfassung ist diesen Grundwerten in hohem Masse verpflichtet, sie verzichtet indes auf eine derartige Selbstcharakterisierung (§ 8). In der Literatur spricht man in diesem Zusammenhang gewöhnlich von *Rechtsstaatlichkeit*, *Demokratie*, *Sozialstaatlichkeit* und *Bundesstaatlichkeit*, mitunter auch – mit einer gewissen normativen Einfärbung – vom Rechtsstaats-, Demokratie-, Sozialstaats- beziehungsweise Bundesstaats*prinzip*.

Welche rechtliche Tragweite solchen strukturprägenden Prinzipien zukommt, muss von Verfassungsordnung zu Verfassungsordnung gesondert untersucht werden (für die Bundesverfassung vgl. § 8 N. 36 ff.). Unabhängig davon ist es für das bessere Verständnis des rechtswissenschaftlichen und des rechtspraktischen Diskurses wichtig zu wissen, mit welchen Errungenschaften der Verfassungsstaatsentwicklung die genannten Begriffe zusammenhängen.

Unter dem Begriff *Rechtsstaatlichkeit* (Rechtsstaatsprinzip) werden Anliegen wie Rechtsbindung, Rechtssicherheit (Vorhersehbarkeit und Verlässlichkeit staatlichen Handelns) und gerichtlicher Rechtsschutz zusammengefasst (vgl. § 21 und § 27). Neben solchen formell-verfahrensmässigen Elementen umfasst die Idee der Rechtsstaatlichkeit auch sogenannte materielle Elemente, insbesondere den Schutz der individuellen Freiheiten und anderer grundlegender Rechte (vgl. §§ 30 ff.).

Historisch verlief die Entwicklung unterschiedlich. In *Deutschland* trat im 19. Jahrhundert eine Rechtsstaatsbewegung prominent in Erscheinung. Eine nicht unerhebliche Rolle spielte der Um-

stand, dass in der fraglichen Zeit politische Forderungen nach Volkssouveränität und Demokratie praktisch kaum Realisierungschancen hatten. So verlegte man sich darauf, vom Fürsten wenigstens Rechtsstaatlichkeit einzufordern. Im *angelsächsischen Rechtskreis* ist das Anliegen der Bändigung staatlicher Macht dagegen traditionell mit der Idee einer unpersönlichen «Herrschaft des Rechts» – *rule of law (and not of men)* – verbunden. Im praktischen Ergebnis vermögen diese beiden unterschiedlichen Ansätze Vergleichbares zu leisten (wirksamer Schutz gegen Machtmissbrauch, Freiheitssicherung). Die Unterschiede in der Grundphilosophie und Herangehensweise sind indes beträchtlich: Während das Konzept der *rule of law* sich vorab am gerichtlichen Prozess und an der Idee der Verfahrensfairness orientiert (Schutz durch eine unabhängige, gestützt auf das *common law* urteilende Justiz; *due process of law*), liegt dem Rechtsstaatskonzept historisch die Idee eines Appells an den letztlich entscheidenden beziehungsweise gewährenden (fürstlichen) Souverän zugrunde.

- 26 Zentrale Anliegen des *Demokratieprinzips* sind die Volkssouveränität, das heisst die Rückführung aller Staatsgewalt auf die verfassungsgebende Gewalt des Volkes (N. 29 ff.), sowie die Forderung nach Partizipation am staatlichen Entscheidungsprozess auf der Grundlage des allgemeinen, gleichen, geheimen und freien Wahlrechts, allenfalls in weiteren direktdemokratischen Formen (vgl. §§ 24 und 42).
- 27 Die Idee der *Sozialstaatlichkeit* (Sozialstaatsprinzip) geht von der Erkenntnis aus, dass rechtsstaatliche Garantien und demokratische Partizipation alleine nicht genügen, um soziale Probleme und Missstände zu verhindern. Der Schriftsteller Anatole France hat dies treffend auf den Punkt gebracht: Das Gesetz in seiner «majestätischen Gleichheit» verbiete es Reichen wie Armen, «unter Brücken zu schlafen, auf den Strassen zu betteln und Brot zu stehlen.» (Die rote Lilie [1894], München 1925, 116). Neben formaler Gleichheit (Allgemeinheit des Gesetzes) ist auch ein gewisses Mass an materieller Gleichheit gefragt. Der Verwirklichung der Sozialstaatlichkeit dienen sozialpolitisch ausgerichtete Staatszielbestimmungen und Aufgabennormen (vgl. z.B. Art. 41 BV bzw. Art. 111 ff. BV betreffend Sozialversicherungen), weiter auch Verfassungsnormen, die auf Chancengleichheit zielen (z.B. Art. 2 Abs. 3 BV), sowie soziale Grundrechte, welche Leistungsansprüche gegenüber dem Staat begründen (§ 41).
- 28 In *Bundesstaaten* umfasst das verfassungsrechtliche Regelungsprogramm neben Normen über die Kompetenz- und Aufgabenverteilung auch Regeln über den Schutz der gliedstaatlichen Autonomie, über die Mitwirkung der Gliedstaaten auf Bundesebene sowie über gegenseitige Rücksichtnahme (§§ 10 ff.).

IV. Verfassungsgebung und Verfassungsfortbildung

1. Die Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes

- 29 In der Demokratie geht die Staatsgewalt vom Volk aus. Viele Verfassungen halten dies ausdrücklich fest (z.B. Art. 1 KV ZH; § 1 KV AG; Art. 20 Abs. 2 GG).

Woher aber kommt die demokratische Legitimation der Verfassung, wenn sie in einer Situation geschaffen wird, in der gefestigte demokratische Strukturen noch nicht bestehen? Dies war, stark vereinfacht, eines der grundlegenden Probleme, mit denen sich die Protagonisten der Französischen Revolution (1789) und, in etwas anderer Form, die Verfassungsväter in den Vereinigten Staaten (1787) und die Gründer des schweizerischen Bundesstaates (1848) konfrontiert sahen.

In Frankreich spielte die massgeblich von Emmanuel Joseph Sieyès (1748–1836) 30 entwickelte Lehre vom *pouvoir constituant* eine Schlüsselrolle. Der Begriff wird gewöhnlich mit «verfassungsgebende Gewalt» übersetzt (auch: «originär verfassungsschöpfende Gewalt»). Die verfassungsgebende Gewalt liegt beim Volk (nach französischem Vokabular: bei der Nation). Das Volk muss freilich, so die Auffassung von SIEYÈS, nicht zwingend selbst entscheiden, es kann auch durch ein Repräsentativorgan – wie die Nationalversammlung – vertreten sein.

Das Konzept des *pouvoir constituant* ist komplex. Mit gutem Grund ist in der Lehre 31 von einem «Grenzbegriff des Verfassungsrechts» die Rede (ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes*, Frankfurt a.M. 1986). In einer Situation originärer Verfassungsneuschöpfung kann eine schlüssige Ableitung des neuen Rechts aus vorbestehenden Rechtsautoritäten und früheren Ordnungen nicht gelingen. Der eingetretene Kontinuitätsbruch ist, juristisch gesehen, ein revolutionärer Akt (was nicht mit einem gegebenenfalls blutig verlaufenden Umsturz verwechselt werden darf). Inwiefern ist der verfassungsneuschöpfende demokratische *pouvoir constituant* dabei Bindungen unterworfen? Oder ist er gar ungebunden – *absolutus* – wie der absolutistische Monarch oder Despot, dem er entgegentritt? Würde sich damit aber nicht ein Widerspruch zu zentralen Elementen der Verfassungsidee ergeben (N. 6), denen das Volk, wenn es die verfassungsgebende Rolle für sich beansprucht, verpflichtet sein müsste? Die Frage soll hier offenbleiben. Wichtig ist die Feststellung, dass spätestens dann, wenn der *pouvoir constituant* gesprochen hat, die Zeit der Bindungen beginnt. Änderungen der neu geschaffenen Verfassungsordnung müssen fortan in den verfahrensmässigen Bahnen beraten und beschlossen werden, die vom Verfassungsgeber festgelegt wurden (Revisionsvorschriften). Innerhalb des einmal begründeten Verfassungsstaates gibt es nur noch *pouvoirs constitués*, das heisst eingesetzte Gewalten, die rechtlich gebunden sind. Dies gilt auch für die verfassungsändernde Gewalt (N. 35). Für die französische Nationalversammlung ergab sich daher mit dem Wirksamwerden der Verfassung von 1791 (N. 13) ein entscheidender Rollenwechsel.

Fragen betreffend den *pouvoir constituant* stellen und stellen sich immer wieder, so 32 beispielsweise in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts im Rahmen des Entkolonisierungsprozesses und in der Übergangssituation nach dem Fall des Eisernen Vorhangs, jüngst auch im Zusammenhang mit den (gescheiterten) Bestrebungen, die Europäische Union mit einem «Verfassungsvertrag» auszustatten (N. 60).

- 33 In der EU-Verfassungsdebatte wurde verschiedentlich der Vorwurf erhoben, den massgeblichen Akteuren (EU-Konvent, Staats- und Regierungschefs, Regierungskonferenz) fehle die nötige demokratische Legitimation und ein europäisches Volk, das als Träger verfassungsgebender Gewalt in Betracht komme, existiere nicht. Ohne auf das Für und Wider des damals gewählten Vorgehens näher eingehen zu können, sei hier darauf hingewiesen, dass sowohl die erste schweizerische Bundesverfassung (1848) als auch die amerikanische Unionsverfassung (1787) aus Prozessen hervorgegangen sind, die unter demokratischem Blickwinkel nicht in jeder Hinsicht tadellos und vorbildlich waren (für die Schweiz vgl. § 8 N. 5). So wurde der Text der Unionsverfassung anlässlich des Konvents von Philadelphia, der zwischen Mitte Mai und Mitte September 1787 stattfand, hinter verschlossenen Türen in einem diplomatisch-konferenziellen Rahmen ausgehandelt. Von den 74 Delegierten, die durch die verschiedenen Staatenlegislativen bestimmt worden waren, nahmen nur 55 am Konvent teil, und etliche Delegierte verliessen den Konvent aus Protest vorzeitig, so dass das Verfassungsdokument nur knapp 40 Unterschriften trägt. Erst der fertige Text war Gegenstand einer breiteren öffentlichen Diskussion (welcher wir unter anderem die *Federalist Papers* verdanken). In der Folge oblag es den einzelstaatlichen Ratifizierungskonventen, über die Annahme der Unionsverfassung zu entscheiden. Verfassungsreferenden gab es nicht, weder auf Unions- noch auf einzelstaatlicher Ebene.
- 34 Welche Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit eine Verfassung legitimerweise als Ausdruck der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes gelten kann? Beim Blick in die Verfassungsgeschichte wird zum einen deutlich, dass der *pouvoir constituant* sich mitunter in Prozessen und Formen äussert, die unseren heutigen Masstäben an demokratisches Entscheiden nicht durchweg gerecht werden. Zum anderen will es scheinen, dass – zumindest gewisse – «Geburtsfehler» einer Verfassung heilen können.

2. Verfassungsänderung: Verfahren und Organe

- 35 Wenn die originäre Verfassungsschöpfung abgeschlossen ist (N. 31), treten die *pouvoirs constitués* an die Stelle des *pouvoir constituant*. Die Änderung der Verfassung ist nicht Verfassungsneuschöpfung, sondern *abgeleitete* Verfassungsgebung. Diese erfolgt in den Formen, Verfahren und Grenzen, welche die bestehende Verfassung festlegt. Dies gilt nicht nur für Teiländerungen, sondern auch für *Gesamtänderungen*, wie sie in der Geschichte des schweizerischen Bundesstaates mehrfach vorkamen (Totalrevisionen von 1874 und von 1999; verfahrensmässig gesehen auch im Fall der Justizreform-Vorlage von 2000 und der NFA-Vorlage von 2004; vgl. § 23 N. 84 bzw. § 12 N. 9). Diese Gesamtänderungen oder Totalrevisionen sind nicht das Werk des *pouvoir constituant*, sondern der eingesetzten verfassungsändernden Gewalt (mitunter als *pouvoir constituant institué* bezeichnet).
- 36 Die in der Schweiz geläufige Unterscheidung zwischen *Totalrevision* und *Teilrevision* (Art. 193 und 194 BV; für die Kantone stellvertretend Art. 133 und 134 KV ZH) ist im internationalen Vergleich unüblich (zu den Ausnahmen zählen Österreich und Spanien). Wegen teilweise unterschiedlicher Verfahrensregeln ist eine Abgrenzung erforderlich. Diese bereitet der Praxis etwelche Mühe (§ 23 N. 83 ff.). In beiden Fällen ist der Verfassungsgeber rechtlichen Bindungen unterworfen, woran die umgangssprachliche Bezeichnung von Volk und Ständen als «Souverän» nichts zu ändern vermag.

Je nach Höhe der Hürden, die eine Verfassungsänderung nehmen muss, kann man zwischen (relativ) *starr*en und (relativ) *flexiblen Verfassungen* unterscheiden. Die leichte (d.h. im Vergleich zu Gesetzen kaum oder gar nicht erschwerte) Änderbarkeit hat den Vorzug, dass die Verfassung relativ rasch an sich wandelnde Gegebenheiten angepasst werden kann. Es besteht dann freilich die Gefahr einer Tyrannei knapper Mehrheiten oder einer Aushöhlung der Verfassung. 37

Ein Beispiel für Letzteres bildet der *Statuto Albertino*. Von König Carlo Alberto ursprünglich als Verfassung für das Königreich Sardinien-Piemont erlassen (1848) und in der Folge auf das geeinte Königreich Italien (1861) und die hinzutretenden Gebiete ausgedehnt, diente der Statuto Albertino als Grundlage für ein parlamentarisches Regierungssystem. Auch nach dem Übergang zur faschistischen Herrschaft, die rund 20 Jahre dauern sollte, blieb der Statuto Albertino formal in Kraft, freilich zunehmend überlagert und verdrängt durch Anordnungen der neuen Machthaber. 38

Auch hohe Änderungshürden können sich als problematisch erweisen. Die erschwerte Abänderbarkeit schafft zwar Stabilität, kann jedoch unter Umständen zu Blockierungen führen oder gar zum Verfassungsbruch verleiten (etwa wenn Regierende glauben, rasch Handeln zu müssen). Je aufwändiger das Verfahren der Verfassungsänderung, desto stärker macht sich gewöhnlich das Bedürfnis nach ausdehnender Interpretation beziehungsweise richterlicher Verfassungsfortbildung bemerkbar (N. 44 ff.). In den USA, wo eine Verfassungsänderung (*Amendment*) im üblichen Verfahren ein Zwei-Drittel-Mehr in beiden Häusern des Kongresses sowie die Ratifikation durch drei Viertel der (heute 50) Einzelstaaten erfordert (Art. V US-Verfassung), sorgte der Supreme Court mit einer phasenweise sehr schöpferischen Rechtsprechung für eine Weiterentwicklung der Verfassung, dies nicht zuletzt im Bereich der Bundeskompetenzen und der Grundrechte. Es verwundert nicht, dass gerade in den USA die Frage nach Methoden und Grenzen der Verfassungsauslegung Gegenstand intensiver Debatten in Wissenschaft und Praxis ist. Die schweizerische Bundesverfassung wird wegen der hohen Änderungshürden im nachparlamentarischen Verfahren (obligatorische Volksabstimmung; Volks- und Ständemehr) meist zu den relativ starren Verfassungen gezählt; praktisch erweist sie sich jedoch als recht anpassungsfreudig (§ 8). 39

In Bezug auf die Ausgestaltung des *Änderungsverfahrens* und die Entscheidungszuständigkeiten herrscht verfassungsvergleichend grosse Vielfalt. Häufig ist ein Zusammenwirken mehrerer Organe erforderlich. Beteiligt ist regelmässig das Parlament, das freilich oft nicht abschliessend entscheiden kann (z.B. Erfordernis eines Referendums, des Einbezugs der Gliedstaaten, der Zustimmung des Fürsten). Für die Totalrevision der Verfassung (N. 35) ist mitunter die Einsetzung eines besonderen Organs (Verfassungsrat) vorgesehen, teils obligatorisch (z.B. § 144 KV BL), teils fakultativ (z.B. Art. 134 Abs. 2 KV ZH). Unüblich ist die Verfassungsänderung «am Parlament vorbei», wie sie beim präsidial initiierten Referendum in Frankreich möglich ist (Art. 11 der Verfassung von 1958). Auch die Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung (Art. 139 BV) ermöglicht Verfassungsänderungen gegen den Willen des Parlaments (§ 23 N. 88 ff.). 40

3. Schranken der Verfassungsänderung

- 41 Bei einer Änderung der Verfassung sind die *Revisionsvorschriften* der Verfassung einzuhalten. Ob und inwieweit für Verfassungsänderungen darüber hinaus auch *inhaltliche* («materielle») *Schranken* bestehen, ist von Verfassungsordnung zu Verfassungsordnung gesondert zu untersuchen. Dem besseren Verständnis der unterschiedlichen Regelungen dienen Unterscheidungen nach folgenden Kriterien:
- *geschriebene* (ausdrückliche) und *ungeschriebene* (stillschweigende) Schranken;
 - *heteronome* (fremdgesetzte) und *autonome* (selbstgesetzte) Schranken;
 - «*obere*» Schranken (Unantastbarkeit bestimmter grundlegender Normen) und «*untere*» Schranken (Verbot der Aufnahme unwesentlicher Normen).
- 42 Die 1949 aufgrund historischer Erfahrungen geschaffene «Ewigkeitsklausel» des deutschen Grundgesetzes (Art. 79 Abs. 3) statuiert die Unabänderlichkeit bestimmter als fundamental eingestuftes Verfassungsgehalte, nämlich die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung sowie die in Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze (insb. Menschenwürdegarantie und bestimmte verfassungsrechtliche Grundprinzipien). Art. 89 der französischen Verfassung von 1958 sowie Art. 139 der italienischen Verfassung von 1947 erklären die republikanische Staatsform für unantastbar.
- 43 In der *schweizerischen Bundesverfassung* werden drei Schranken genannt (Art. 139, 193, 194 BV: Einheit der Form, Einheit der Materie, Wahrung der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts). Hinzu kommt eine ungeschriebene Schranke (Undurchführbarkeit von Volksinitiativen; zum Ganzen näher § 23 N. 69 ff.). Die Handhabung dieser Schranken sowie die Frage, ob weitere inhaltliche Schranken bestehen beziehungsweise anerkannt werden sollen, gehören zu den umstrittensten Fragen des Bundesstaatsrechts. Ausdrücklich ausgeschlossen werden zeitliche Schranken (Art. 192 BV: jederzeitige Änderbarkeit). Auf kantonaler Ebene hat sich vereinzelt die unter anderem von Thomas Jefferson propagierte Idee einer Beschränkung der Geltungszeit von Verfassungen gehalten, dies in Form der Verpflichtung zur periodischen Überprüfung der Frage, «ob eine Totalrevision an die Hand genommen werden soll» (so Art. 114 Abs. 1 KV AR: alle 20 Jahre).

4. Verfassungsauslegung sowie Verfassungsbildung ohne förmliche Verfassungsänderung

- 44 Verfassungsrecht kann sich auch ohne förmliche Textänderung weiterentwickeln, sei es durch Rechtsfortbildung im Wege schöpferischer Interpretation, sei es durch Bildung ungeschriebenen Verfassungsrechts; die Grenzen sind fließend (zum Ganzen z.B. ELISABETH CHIARIELLO, *Der Richter als Verfassungsgeber?* Zürich/St. Gallen 2009; WALTER HALLER, *Verfassungsbildung durch Richterrecht*, ZSR 2005 I, 5 ff.). Das Phänomen ist – was *prima vista* überraschen mag – auch

in der direktdemokratisch geprägten Schweiz stark verbreitet. Den Hintergrund dafür bilden gewisse Besonderheiten des Verfassungsrechts. Wie alle Rechtstexte ist auch die Verfassung interpretationsbedürftig. Wegen der Offenheit und Weite zahlreicher Bestimmungen (N. 17) gilt dies für die Verfassung sogar in erhöhtem Mass, insbesondere im Bereich der Verfassungsgrundsätze und der Grundrechte (§ 30). Hinzu kommt die (im Vergleich zu Gesetzesbestimmungen) erschwerte Abänderbarkeit und vergleichsweise lange Lebensdauer von Verfassungsnormen.

In der Schweiz richtet sich die *Auslegung von Verfassungsbestimmungen* nach weithin 45 geteilter Auffassung «grundsätzlich nach denselben methodischen Regeln [...], wie sie für die Auslegung der einfachen Gesetze entwickelt wurden» (so das Bundesgericht in BGE 116 Ia 359, E. 5; vgl. BIAGGINI, Komm. BV, Einleitung, N. 18 ff., mit weiteren Hinweisen). Somit ist der Sinn der Regelung ausgehend vom Wortlaut (grammatikalisches Element) unter Berücksichtigung des Zwecks der Regelung (teleologisches Element), der Entstehungsgeschichte und der Materialien (historisches Element) sowie des Zusammenhangs mit anderen Bestimmungen (systematisches Element) zu ermitteln (vgl. § 26). Mit zunehmender Internationalisierung des Rechts (§ 4) wächst die Bedeutung der völkerrechtskonformen Auslegung der Verfassung (§ 9 N. 15, 30). Immer häufiger wird die Verfassungsvergleichung als Quelle der Inspiration genutzt.

Im Übrigen spielt der Normtypus (N. 17 f.) eine wichtige Rolle. So bedürfen 46 gemäss Bundesgericht *Grundrechtsnormen* eher der Konkretisierung als der Auslegung: «einer Konkretisierung, welche auch sich wandelnden geschichtlichen Bedingungen und gesellschaftlichen Vorstellungen Rechnung zu tragen vermag» (so BGE 112 Ia 208, E. 2a). Das Wort «*Konkretisierung*» steht dabei nicht für ein gefestigtes methodisches Programm. Angesprochen ist ein eigenständiger, schöpferischer Beitrag des Interpreten, der auf Wertungen und Abwägungen beruht und erhöhte Anforderungen an Begründung und Transparenz mit sich bringt. Die Übergänge zur Auslegung (nach der einen Seite hin) und zur Anerkennung ungeschriebenen Verfassungsrechts (nach der anderen Seite hin) sind fliessend. Bei *organisatorischen* Bestimmungen (insb. Kompetenz- oder Aufgabennormen) ist der Auslegungsspielraum gewöhnlich enger begrenzt. In diesem Bereich ist gemäss Bundesgericht «vermehrt den historischen Elementen Rechnung zu tragen» (BGE 128 I 327, E. 2.1). Verfassungsbildung durch Auslegung ist hier zwar nicht prinzipiell ausgeschlossen, doch ist «allenfalls sich wandelnden Auffassungen» (BGE 112 Ia 208, E. 2a) gewöhnlich nicht durch interpretative Rechtsschöpfung, sondern durch förmliche Verfassungsänderung zu begegnen.

Bei der Auslegung der Bundesverfassung ist zu berücksichtigen, dass die deutsche, die französische 47 und die italienische Fassung in gleicher Weise verbindlich sind (zu den praktischen Vorzügen einer Mehrzahl von Sprachversionen vgl. das Beispiel bei BIAGGINI, Komm. BV, Art. 94, N. 4). Bedeutsam ist auch, dass die Schweiz auf Bundesebene kein spezialisiertes Verfassungsgericht kennt. Bei der Verfassungsauslegung haben in bestimmten Fragen politische Instanzen das «letzte

Wort» (Beispiel: Auslegung von Art. 139 BV im Rahmen der Gültigkeitsprüfung bei Volksinitiativen; vgl. § 23 N. 78 ff.). Die höchstrichterliche Aufgabe, die Einheit der Verfassungsauslegung zu gewährleisten, wird dadurch erheblich erschwert; der Erfolg hängt im Wesentlichen von der Kraft des guten Arguments ab. Schliesslich gilt es zu beachten, dass die Bundesverfassung von 1999 im Zeichen der «Verfassungsnachführung» entstanden ist (§ 8 N. 21 ff.), weshalb die «nachgeführten» Bestimmungen der alten Bundesverfassung und die dazu ergangene Praxis einzubeziehen sind.

V. Sicherungen zugunsten der Verfassung

1. Problemstellung und Lösungsansätze

- 48 Als «Ordnung des Politischen» hat die Verfassung die obersten Macht- und Entscheidungsträger im Staat zum Regelungsgegenstand. Sie selbst besitzt keinerlei Macht. Dass die Verfassung nicht als blosses «Blatt Papier» endet (N. 16), sondern das Handeln der Macht- und Entscheidungsträger zu prägen vermag, ist daher alles andere als selbstverständlich. Wie lässt sich die Beachtung der Verfassung sichern? Und: «Wer soll der Hüter der Verfassung sein?» (so die Titelfrage einer Schrift von HANS KELSEN aus dem Jahr 1931). Heute steht die Verfassungsgerichtsbarkeit im Zentrum der Aufmerksamkeit (§ 27). Die Staatspraxis kennt einen breiten Fächer von weiteren Möglichkeiten.
- 49 Historisch spielt der – gelegentlich als Bürgereid bezeichnete – *politische Eid* (auf die Verfassung) eine wichtige Rolle (vgl. THOMAS P. HODEL, *Der politische Eid in der Schweiz*, Zürich 1992, 88 ff.). Die Methode ist nicht konfliktfrei, wie der Streit um die Eidesleistung des französischen Klerus in der Revolutionszeit zeigt. Heute ist die Wirksamkeit des Mittels fraglich. Der politische Eid wird vor allem in der Form des Amtseids von Mandatsträgern praktiziert (vgl. Art. 3 ParlG).
- 50 Im modernen Verfassungsstaat dienen der Sicherung der Verfassung (u.a.):
- die Aufteilung der Macht im Sinne der Gewaltenteilungslehren (vgl. § 17);
 - die Einsetzung von Kollegialbehörden (statt Einzelpersonen; vgl. § 19);
 - die vorgängige (präventive) Verfassungsmässigkeitskontrolle vor dem Wirksamwerden eines Gesetzes bzw. sonstigen Aktes (vgl. Bundesrat, Bericht präventive Rechtskontrolle, BBl 2010 2187);
 - die nachträgliche Verfassungsmässigkeitskontrolle durch Gerichte (vgl. § 27), allenfalls durch andere Organe (z.B. Art. 51 BV: Prüfung kantonaler Verfassungen durch die Bundesversammlung; vgl. § 15);
 - die persönliche Verantwortlichkeit der Amtsträger (politisch, rechtlich);
 - eine gesicherte Stellung für Staatsangestellte (vgl. Art. 33 Abs. 5 des deutschen Grundgesetzes: Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums);
 - Gewährleistung und richterlicher Schutz grundlegender Individualrechte.

Für die Aufgabe des «Hüters der Verfassung» kommen prinzipiell alle Staatsorgane in Betracht (mit je spezifischen Vorzügen und, teilweise erheblichen, Nachteilen): 51

- die *Volksvertretung* (Parlament): In der Tradition der französischen Nationalversammlung (1789) verstehen sich Parlamente nach wie vor (auch) als Hüter der Freiheit. In der Schweiz gehört die Entscheidung bestimmter verfassungsrechtlicher Fragen noch heute zu den Zuständigkeiten der Bundesversammlung (vgl. Art. 173 Abs. 1 Bst. f, i BV).
- die *Regierung*: Als Aufsichts- und Beschwerdeinstanz hat sie für die (Verfassungs-)Rechtmässigkeit der Entscheidungen der Verwaltung zu sorgen.
- das *Staatsoberhaupt*: Manche Verfassungen weisen dem Staatsoberhaupt ausdrücklich die Rolle des Wählers der Verfassung zu, dies nicht zuletzt für den Krisenfall (z.B. Art. 5 und Art. 16 der französischen Verfassung von 1958).
- die *Justiz*: Neben den ordentlichen und sonstigen Gerichten kann auch ein spezielles Verfassungsgericht mit der Aufgabe betraut sein.

Nicht zu vergessen sind Akteure jenseits der staatlichen Sphäre (wie eine wachsame Zivilgesellschaft, freie Medien, Bürgerinnen und Bürger mit Gemeinsinn).

2. Bewältigung ausserordentlicher Lagen

Eine besondere Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat und seine Verfassung bildet der sogenannte *Staatsnotstand*. Darunter versteht man existenzielle Notlagen (z.B. kriegerische Auseinandersetzungen, Naturkatastrophen, AKW-Grossunfälle), welche die Funktionsfähigkeit der Behörden und die Erfüllung elementarer Staatsaufgaben in Frage stellen (Gewährleistung der inneren und äusseren Sicherheit, vgl. § 2) und den Einsatz spezieller Massnahmen erfordern. 52

Verfassungsvergleichend begegnet man unterschiedlichen Herangehensweisen. Das antike republikanische Rom kannte die Institution der Diktatur. In der kontinentalen Tradition haben sich Begriffe wie Ausnahme- oder Belagerungszustand eingebürgert; in der angelsächsischen Tradition spricht man von Kriegsrecht (vgl. FRIEDRICH, Verfassungsstaat, 672). Manche moderne Verfassungsordnungen setzen auf eine detaillierte verfassungsrechtliche Normierung in Form einer *Notstandsverfassung* (z.B. Art. 115a ff. GG: Verteidigungsfall). Andere begnügen sich mit der Erteilung von eher vage formulierten Sondervollmachten an die Exekutivspitze (z.B. Art. 16 der französischen Verfassung, Art. 48 der Weimarer Reichsverfassung: Sondervollmachten des Staatspräsidenten). 53

Die US-Verfassung kennt keine vergleichbaren Regeln. Auch die Schweiz hat 54

keine geschriebene Notstandsverfassung. Die Handlungsbefugnisse, wie sie die Bundesversammlung gestützt auf Art. 173 Abs. 1 Bst. a–c BV und der Bundesrat gestützt auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV besitzen, sind verfassungsrechtlich limitiert und nicht als Staatsnotstandsklauseln einzustufen (vgl. § 25 N. 45 ff.).

- 55 Entsprechendes gilt für die Vorgängerbestimmungen der Bundesverfassung von 1874 (Art. 85 Ziff. 6–8; Art. 102 Ziff. 8–10 aBV). Ohne direkten Anknüpfungspunkt in der Verfassung erliess die Bundesversammlung am 3. August 1914 beziehungsweise 30. August 1939 zwei sogenannte Vollmachtenbeschlüsse, die dem Bundesrat weitreichende Befugnisse einräumten (zur Problematik des extrakonstitutionellen Staatsnotstandsrecht vgl. § 22 N. 42 ff., § 25 N. 59 ff.). Ein derartiges *Ad-boc*-Vorgehen ist aus demokratischer und rechtsstaatlicher Sicht ausserordentlich heikel. Freilich ist auch eine im Verfassungstext verankerte Notstandsregelung (N. 53) zweischneidig: Die Krisenbewältigung wird zwar in vorgegebene Bahnen gelenkt, zugleich jedoch erhöht sich die Missbrauchsgefahr (verfassungsrechtliche Regelung als «Einladung zum Gebrauch»).
- 56 Typische Bedürfnisse im Staatsnotstand sind die Konzentration der Kräfte und die Ermöglichung raschen Handelns. Zu den Begleiterscheinungen des Notstands gehören regelmässig *Kompetenzverlagerungen* – vom Parlament zur Exekutive, von der unteren Ebene (Gliedstaaten) zur oberen Ebene (Bund) – sowie die weitreichende *Beschränkung von Individualrechten* (z.B. der Wirtschaftsfreiheit, der Pressefreiheit, der Bewegungsfreiheit) bis hin zur Suspendierung. Normen wie Art. 15 EMRK setzen dem eine Schranke, indem bestimmte Garantien für *notstandsfest* erklärt werden (so insb. das Folterverbot gemäss Art. 3 EMRK).
- 57 Neuralgische Punkte der Notstandsbewältigung sind (schon seit der Antike):
- Wie verhindert man eine Selbstermächtigung (Entscheid über den Notstand)?
 - Wie lässt sich sicherstellen, dass das Handeln stets am Zweck der Wiederherstellung des verfassungsmässigen Zustands orientiert bleibt?
 - Wie verhindert man, dass die treuhänderisch erteilten Sondervollmachten nicht zur Errichtung eines autoritären Regimes missbraucht werden?
 - Was ist vorzukehren, um einer Perpetuierung des Notstands entgegenzuwirken und die raschestmögliche Rückkehr zum verfassungsmässigen Zustand zu befördern?

Die Beantwortung dieser Fragen fällt nicht leicht. Ein zentraler Gesichtspunkt ist die Etablierung wirksamer demokratischer und rechtsstaatlicher Kontrollen.

VI. Ausblick

- 58 Begriff und Idee der Verfassung haben seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert einen eigentlichen «Siegeszug» angetreten: Es gibt kaum einen Staat ohne Verfas-

sungsurkunde und kaum einen Staat, der sich nicht als demokratischer Rechtsstaat präsentiert (was freilich längst nicht immer mit der Realität in Einklang steht). Die Idee der Verfassung strahlt, zumindest in Europa, weit über die nationale Ebene hinaus: Die EMRK und der Strassburger Gerichtshof für Menschenrechte nehmen mit Blick auf den Schutz von Individuen ähnliche Funktionen wahr wie die nationale Verfassungsgerichtsbarkeit. Der Integrationsprozess im Rahmen der Europäischen Union lässt allmählich einen europäischen «Verfassungsverbund» entstehen. Der EuGH hat schon vor geraumer Zeit die völkerrechtlichen Verträge, auf denen die EU beruht, als «Verfassungsurkunde der Gemeinschaft» betitelt (EuGH, Rs. 294/83, *Les Verts*/Europäisches Parlament, Slg. 1986, 1339, 1365). In der Tat erfüllen die EU-Verträge ähnliche Funktionen wie eine nationale Verfassung (N. 7). Auch in der Völkerrechtsordnung lassen sich schon seit einiger Zeit Konstitutionalisierungsphänomene beobachten (vgl. JOCHEN ABR. FROWEIN, Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in: *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Band 39, Heidelberg 2000, 427 ff.), so unter anderem auch eine gewisse Hierarchisierung innerhalb des Völkerrechts (vgl. § 9 N. 23).

Diese Entwicklungen werfen vielfältige Fragen auf. So stellt sich die Frage nach dem Stellenwert und der Bedeutung nationaler Verfassungen unter den Bedingungen der Internationalisierung des Rechts (§ 4). Es ist nicht ausgeschlossen, dass im Zuge der Internationalisierung rechtsstaatliche und demokratische Ernungenschaften unter Druck geraten können. Umgekehrt ist zu fragen, inwieweit die Verfassungsidee (N. 6) und die damit verbundenen zentralen Gehalte (Individualrechte, Gewaltenteilung, verfassungsgebende Gewalt des Volkes) für die übernationale Ebene fruchtbar gemacht werden können. 59

Dass eine Bezugnahme auf das Verfassungskonzept gut überlegt sein will, zeigt unter anderem das Schicksal des «Vertrags über eine Verfassung für Europa»: Dieser völkerrechtliche Vertrag mit zahlreichen Anleihen im Verfassungsvokabular wurde im Rahmen der EU in einem aufwändigen mehrstufigen Verfahren erarbeitet und am 29. Oktober 2004 in Rom feierlich unterzeichnet, scheiterte indes im darauf folgenden Ratifizierungsprozess am Nein der französischen sowie der niederländischen Stimmberechtigten (2005). Der in der Folge ausgearbeitete Vertrag von Lissabon (in Kraft seit 1. Dezember 2009) verzichtet auf Verfassungsrhetorik und -symbolik. 60

4. Teil Demokratisch-rechtsstaatliche Staatsorganisation

§ 17 Grundfragen und Herausforderungen

HAMILTON/MADISON/JAY, *Federalist Papers*; ISMAYR WOLFGANG (Hrsg.), *Die politischen Systeme Westeuropas*, 4. Aufl., Wiesbaden 2009; DERS. (Hrsg.), *Die politischen Systeme Osteuropas*, 3. Aufl., Wiesbaden 2010; LINDER, *Schweizerische Demokratie*; MAHON PASCAL, *Le principe de la séparation des pouvoirs*, in: VRS, § 65; RIKLIN ALOIS, *Machtteilung: Geschichte der Mischverfassung*, Darmstadt 2006; SEILER HANSJÖRG, *Gewaltenteilung*, Bern 1994; STÜWE KLAUS/RINKE STEFAN (Hrsg.), *Die politischen Systeme in Nord- und Lateinamerika*, Wiesbaden 2008.

I. Macht und Machtbegrenzung im Verfassungsstaat

Eine zentrale Aufgabe der für den Staat handelnden Organe (Parlament, Regierung, Verwaltungsbehörden, Gerichte) ist die *Herstellung verbindlicher Entscheidungen* (§ 22), sei dies in der Form der Rechtsetzung (§ 23), sei dies in Form der Rechtsanwendung (§ 26). Im modernen Verfassungsstaat ist der Entscheidungsbedarf enorm. Es ist Aufgabe des (Staats-)Organisationsrechts, Entscheidungsträger einzurichten, funktionsfähig zu erhalten und deren jeweilige Zuständigkeiten und Entscheidungsbefugnisse festzulegen und abzugrenzen. 1

Die Befugnis, kollektiv oder individuell bindende Entscheidungen zu treffen, verschafft eine *Machtstellung*. Eine Machtstellung kann missbraucht werden. Dies ist dann besonders gravierend, wenn grundlegende Rechte des Individuums (§§ 30 ff.) auf dem Spiel stehen. Diese Gefahrenlage besteht nicht nur in autoritären Staaten (§ 3 N. 6 ff.). Auch im rechtsstaatlich-demokratischen Gemeinwesen stellt Machtmissbrauch ein nicht zu unterschätzendes Problem dar. 2

Es mag daher überraschen, dass das Wort «Macht» im heutigen *Verfassungsvokabular* kaum präsent ist (zumindest im deutschsprachigen Raum). Von «Macht» ist gelegentlich in Verfassungspräambeln die Rede (z.B. KV ZH), seltener im Verfassungstext selbst (z.B. § 14 KV BL: «Niemand darf Grundrechte durch Missbrauch seiner Machtstellung beeinträchtigen»; vgl. Art. 3 KV ZH; Art. 66 KV BE; § 69 KV BS). Die Machtfrage klingt zudem an im schillernden Verfassungsbegriff der «Souveränität» (z.B. Art. 3 BV; Art. 3 der französischen Verfassung von 1958; vgl. § 2). 3

Das *Machtproblem* ist in der Verfassung allgegenwärtig: Die Verfassung will (und muss) Machtbefugnisse schaffen, damit originäre Staatsaufgaben wie die Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit (vgl. § 2 N. 62 ff.) erfüllt werden können. Der demokratisch-rechtsstaatlich organisierte Staat muss über Rechtset- 4

zungs- und Rechtsdurchsetzungs-Macht verfügen. Umgekehrt will (und muss) eine demokratisch-rechtsstaatliche Verfassung der Machtausübung Schranken setzen, um die Freiheit der Bürgerinnen und Bürger zu sichern. Das Anliegen der Machtbegrenzung fehlt denn auch in keinem Katalog der Verfassungsfunktionen (vgl. § 7 N. 7 ff.). Die Suche nach geeigneten Mitteln zur Lösung des Machtproblems ist ein durchgehender Grundzug der Geschichte des Verfassungsstaates.

- 5 Die französische *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* von 1789 bringt den Zusammenhang von Machtbegrenzung und Verfassung in ihrem berühmten Artikel 16 auf die prägnante Formel: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.» Fortan ist der Begriff «Verfassung» sehr eng mit dem Anliegen der Grundrechtssicherung und der Errichtung eines Systems getrennter Gewalten verknüpft. MONTESQUIEU, einer der Begründer der Gewaltenteilungslehre, hat die hier sichtbar werdende Grundidee wie folgt auf den Punkt gebracht: «*Il faut [...] que le pouvoir arrête le pouvoir*» (De l'esprit des lois, 1748, XI 4). In der bildhaften, an die Uhrmacherskunst erinnernden Sprache der US-Verfassungsväter ist von *checks and balances* die Rede, d.h. von den in die Verfassung eingebauten «Hemmungen und Gegengewichten» (vgl. Federalist Papers, No. 9, 47, 48, 51).
- 6 Neben der Gewaltenteilungsidee und den Grundrechten stehen auch andere Verfassungselemente im Dienst der Machtbegrenzung: Wahl auf Amtsdauer (Art. 145 BV), Zweikammersystem (Art. 148 BV), periodische Wahlen der Volksvertretung (Art. 149 BV), Wiederwahlbeschränkung und Rotation bei Ämtern (Art. 152 BV), Kollegialprinzip (Art. 177 BV), Herstellung von Öffentlichkeit und Transparenz (Art. 30, 158, 180 BV), Kontrolle in Formen direkter Demokratie (Art. 138 ff. BV), richterlicher Rechtsschutz (Art. 29a, 188 ff. BV); allgemein: die Verantwortlichkeit (politisch und rechtlich) und die Bundesstaatlichkeit (zur föderalistischen Machtbrechung vgl. § 10).

II. Theorie und Praxis der Gewaltenteilung

1. Das verfassungstheoretische Leitbild und seine Grenzen

- 7 Die Gewaltenteilung als fundamentales Organisationsprinzip des liberalen Verfassungsstaates zielt darauf ab, mittels Machtbegrenzung und Kontrolle *Machtmissbrauch zu verhindern*. Zu diesem Zweck wird die staatliche Macht auf eine Mehrzahl von Organen aufgeteilt, die einander wechselseitig kontrollieren und im Zaume halten sollen. Durch (Auf-)Teilung der Staatsgewalt soll die individuelle und politische Freiheit der Bürgerinnen und Bürger gesichert werden.
- 8 In den traditionellen Lehren wird diese Grundidee mit der Lehre von den *Staatsfunktionen* verknüpft. Die drei hauptsächlichen Funktionen, nämlich:
 - die Rechtsetzung (Erlass generell-abstrakter Normen),
 - der Vollzug (administrative Rechtsanwendung) und

- die Rechtsprechung (richterliche Rechtsanwendung)

sollen auf voneinander unabhängige Staatsorgane bzw. Organgruppen aufgeteilt werden, nämlich auf:

- die Legislative (Parlament/Gesetzgeber),
- die Exekutive (im weiten Sinne, d.h. Regierung und Verwaltung umfassend),
- die Judikative (Gerichte).

Jeder Organgruppe ist in diesem Idealschema eine Stammfunktion zugeordnet.

Die hier skizzierte *organisatorisch-funktionelle* Gewaltenteilung wird traditionell mit der Idee der *personellen oder subjektiven Gewaltentrennung* verknüpft. In einem Gemeinwesen soll ein und dieselbe Person nicht mehreren Gewalten angehören (Verhinderung der Konzentration persönlicher Macht). Die Vorkehrungen zur Machtbändigung werden sodann ergänzt durch die Idee der *Gewaltenhemmung* mittels wechselseitiger Kontroll- und Interventionsmöglichkeiten. 9

Die Staatspraxis setzt dieses verfassungstheoretische Leitbild oder «Gewaltenteilungsschema» – das (zu Unrecht) häufig Montesquieu zugeschrieben wird – aus guten Gründen nicht mit letzter Konsequenz um. 10

- Einmal wäre dies wenig ratsam, da eine rigorose Umsetzung des «Schemas» die Gefahr einer Blockierung des staatlichen Entscheidungsprozesses birgt.
- Hinzu kommt, dass der theoretische Ansatz ohnehin nicht vollumfänglich in die Praxis umgesetzt werden könnte.

Die Grundfunktionen «Rechtsetzung» und «Rechtsanwendung» lassen sich nämlich nicht so kategorisch scheiden, wie es das Idealschema will (eingehend RENÉ RHINOW, *Rechtsetzung und Methodik*, Basel 1979, 195 ff.). Wichtige staatliche Tätigkeiten wie Wahlen, Haushaltsführung, Planung entziehen sich einer eindeutigen Zuordnung. Bedeutende Politikfelder wie die auswärtigen Angelegenheiten liegen quer zu den klassischen Staatsfunktionen und sind auf ein arbeitsteiliges Zusammenwirken von Regierung und Parlament angelegt und angewiesen. Aus praktischer Notwendigkeit kommt man nicht umhin, Regierung und Verwaltung an der Ausübung der Rechtsetzungsfunktion – gemäss Idealschema allein der Legislative zugeordnet – zu beteiligen (Vorbereitung der Gesetze, Umsetzung durch Verordnungen; vgl. § 23). Ohne richterliche Rechtsfortbildung (§§ 7, 26) würde die Rechtsordnung unweigerlich erstarren. 11

Ein Blick in moderne Verfassungen macht deutlich, dass keine der drei traditionellen Staatsgewalten auf die ihr zugeordnete Stammfunktion beschränkt ist. Exemplarisch zeigt sich dies in den verfassungsrechtlichen Zuständigkeitskatalogen für die Bundesversammlung (Art. 163 ff. BV) und den Bundesrat (Art. 180 ff. BV), die thematisch viele Parallelen aufweisen (§§ 18, 19). 12

Man kann die erwähnten Verschränkungen und Relativierungen als «Durchbrechungen» der Gewaltenteilung bezeichnen (wie dies in der älteren Literatur mitunter geschah). Für die Lösung des Machtproblems ist damit letztlich wenig gewonnen. Viel wichtiger erscheint es, klar zu unterscheiden zwischen: 13

- der Gewaltenteilung als einer (*rechts*)*politischen Leitidee* und
 - der Gewaltenteilung als einer *Vorgabe des positiven (Verfassungs-)Rechts*.
- 14 Im schweizerischen Staatsrecht begegnet uns die Gewaltenteilung in letzterer Form zum Beispiel als Vorgabe der Bundesverfassung an die *kantonale Staatsorganisation* (Art. 51 BV; vgl. § 11) oder als Vorgabe der Bundesverfassung betreffend die *Arbeitsteilung zwischen Legislative und Regierung* (Verordnungsgeber) im Bereich der Rechtsetzung (sog. Delegationsregeln; vgl. BGE 128 I 113, E. 3c; vgl. § 22 N. 25 ff.).
- 15 Die eben genannten Phänomene (N. 14) gehören in die Sphäre der *Verfassungsdogmatik*. Als Leitidee hingegen ist die Gewaltenteilung in erster Linie ein Thema der *Verfassungstheorie* und der allgemeinen Staatslehre, wo es in erster Linie darum geht, Grundlagen zu erarbeiten und weiterzuentwickeln, Zusammenhänge aufzuzeigen, Vor- und Nachteile unterschiedlicher theoretischer Lösungsansätze herauszuarbeiten. In der juristischen Literatur trifft man immer wieder auf die Aussage, diese oder jene Vorgehensweise oder Ausgestaltung der Staatsorganisation stelle einen «Verstoss gegen die Gewaltenteilung» dar. Es ist sehr wichtig, jeweils zu klären, ob eine derartige Aussage der verfassungsdogmatischen oder der verfassungstheoretischen Sphäre zuzuordnen ist. Im ersten Fall wird eine Verletzung der Verfassung behauptet, im zweiten Fall bloss eine Abweichung vom verfassungstheoretischen Leitbild (was nicht mit einer Verfassungsverletzung gleichzusetzen ist). – Dass dem Gewaltenteilungsargument je nach Kontext eine unterschiedliche Bedeutung und Tragweite zukommen kann, zeigt sich auch im Rahmen der Rechtsvergleichung. Als Beispiele für das starke Variieren der nationalen Gewaltenteilungsverständnisse seien etwa die unterschiedliche Stellung und Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit (vgl. § 27) und die unterschiedliche Einordnung der Staatsanwaltschaft im Gewaltengefüge genannt (je nach Verfassungsordnung: näher bei der Justiz oder näher bei der Exekutive). Den in Praxis und Lehre so beliebten «Ableitungen» aus «der» Gewaltenteilung sollte man mit grösster Vorsicht begegnen.

2. Gewaltenteilung als Leitidee im Bund

- 16 Der Aufbau der Bundesverfassung – namentlich der 5. Titel mit den grundlegenden Normen betreffend die *drei «obersten Bundesbehörden»* (Bundesversammlung, Bundesrat, Bundesgericht) – macht deutlich, dass sich der eidgenössische Verfassungsgeber bei der Behördenorganisation von der Idee der Gewaltenteilung leiten liess: Die drei zentralen Staatsfunktionen (Gesetzgebung, Vollzug, Rechtsprechung) sind auf voneinander unabhängige Organe verteilt. Wie schon 1848 und 1874 diente die Gewaltenteilung freilich nur als Leitidee und allgemeine Richtschnur. Auf die Nennung des Begriffs «Gewaltenteilung» wurde bewusst verzichtet (anders z.B. Art. 3 KV ZH; Art. 66 KV BE; § 10 KV TG). Man wollte damit nicht zuletzt verhindern, dass aus einer entsprechenden Verfassungsbestimmung vorschnell konkrete rechtliche Folgerungen abgeleitet werden.
- 17 Die *personelle* Gewaltentrennung ist im Bund streng verwirklicht (vgl. Art. 144 BV). Anders als in vielen europäischen Verfassungsordnungen sind Regierungsamt und Parlamentsmandat nicht vereinbar. Dagegen wird die *organisatorisch-*

funktionelle Gewaltenteilung, wonach die drei obersten Bundesbehörden je «ihre» Stammfunktion wahrnehmen, mannigfach relativiert (Gewaltenverschränkung).

- *Bundesversammlung* (näher § 18): Neben der Gesetzgebung (unter Vorbehalt des Referendums) obliegt ihr u.a. der Entscheid über wichtige Einzelakte und bestimmte staatsrechtliche Streitigkeiten. Umgekehrt besitzt sie kein «Rechtsetzungsmonopol». Die Verfassung hebt die Bundesversammlung gegenüber den anderen Behörden etwas heraus (Art. 148 Abs. 1 BV: «übt unter Vorbehalt der Rechte von Volk und Ständen die oberste Gewalt im Bund aus»).
- *Bundesrat* (näher § 19): Neben der Verantwortung für den Vollzug der Gesetzgebung (durch die Verwaltung; Art. 182 Abs. 2 BV) obliegen dem Bundesrat wichtige Aufgaben in den Bereichen Staatsleitung (Planung, auswärtige Beziehungen) und Rechtsetzung. Dabei hat der Bundesrat die der Bundesversammlung zuerkannten (Entscheidungs- und Beteiligungs-)Rechte zu achten.
- Das *Bundesgericht* (näher § 21) nimmt neben der Rechtsprechungsfunktion (innerstaatlich: letztinstanzlich) auch gewisse Selbstverwaltungs- und Aufsichtsaufgaben wahr (Art. 188 Abs. 3 BV; Art. 1 BGG), vereinzelt auch Rechtsetzungsaufgaben (vgl. Art. 13 und 15 BGG; Beispiel: BGerR).

Häufig sind die verfassungsrechtlichen Aufgaben und Befugnisse in einer Weise 18 verteilt, die ein *Zusammenwirken* von zwei (oder mehr) Organen erfordert (insb. Aussenpolitik, Bundeshaushalt). Die mehr oder weniger symmetrisch aufgebauten verfassungsrechtlichen Aufgaben- und Zuständigkeitskataloge von Bundesversammlung und Bundesrat (N. 11) machen die Notwendigkeit arbeitsteiliger Kooperation sichtbar. Besonders heikle Schnittstellen bilden die Aussenpolitik (Art. 166 und 184 BV) und die parlamentarische Kontrolle der Verwaltung (Art. 169 BV; vgl. BERNHARD EHRENZELLER, *Legislative Gewalt und Aussenpolitik*, Basel 1993; PHILIPPE MASTRONARDI, *Kriterien der demokratischen Verwaltungskontrolle*, Basel 1991). Unter dem Aspekt der Gewaltenhemmung fällt weiter auf, dass das Handeln der Bundesversammlung der richterlichen Kontrolle weitgehend entzogen ist (vgl. Art. 189 Abs. 4 und Art. 190 BV; vgl. § 27).

Die Zuordnung bereitet nicht nur bei den Staatsfunktionen Schwierigkeiten (N. 10), sondern mit- 19 unter auch bei den Staatsorganen. So wird die Schweizerische Nationalbank – in Art. 99 BV als «unabhängige Zentralbank» bezeichnet – sowohl von der Legislative als auch von der Exekutive deutlich getrennt. Die Eidgenössische Finanzkontrolle steht als oberstes Finanzaufsichtsorgan im Dienste sowohl der Bundesversammlung als auch des Bundesrates (Art. 1 FKG). Die Bundesanwaltschaft und die neu geschaffene Aufsichtsbehörde (Art. 23 StBOG) bewegen sich an einer Schnittstelle zwischen Exekutive und Justiz.

Unter dem Aspekt der Gewaltenteilung erweist sich die Verfassungsordnung des 20 Bundes als ein *historisch gewachsenes*, nicht systematisch durchkonstruiertes Gebilde aus *organisatorisch und personell geteilten, auf Kooperation angelegten und angewiesenen Gewalten*. Gerade in der Schweiz ist daher Vorsicht im Umgang mit «dem» Gewaltenteilungsargument geboten (N. 15).

III. Regierungsformen im gewaltenteiligen Verfassungsstaat

1. Überblick

- 21 Die Gewaltenteilung als Leitidee belässt dem Verfassungsgeber viel Gestaltungsspielraum für unterschiedliche Lösungen im Umgang mit dem Machtproblem. Dies gilt insbesondere für die Regelung der zentralen politischen Organe (Parlament, Regierung) und ihres gegenseitigen Verhältnisses (Regierungsform). In der Verfassungsstaatsentwicklung haben sich *zwei Haupttypen* herausgebildet, nämlich das parlamentarische Regierungssystem und das Präsidialsystem. Eine nähere Betrachtung dieser beiden Haupttypen (N. 25 ff., 31 ff.) lässt die Eigenheiten des schweizerischen Regierungssystems deutlicher hervortreten (N. 38 ff.).
- 22 Im *Präsidialsystem* (Hauptbeispiel: USA) steht dem Parlament ein relativ unabhängiger, auf eine feste Amtszeit (allenfalls: volks-)gewählter Präsident gegenüber. Der Präsident als monokratische Spitze der Exekutive ist von Fachministern umgeben, die ihm gegenüber verantwortlich sind.
- 23 Im *parlamentarischen Regierungssystem* (Beispiele: Grossbritannien, Deutschland, Italien) ist die Regierung vom fortdauernden *Vertrauen des Parlaments* abhängig. Praktisch bewirkt dies, dass jene Partei oder Parteienkoalition, die in den Parlamentswahlen die Mehrheit errungen hat, die Regierung stellt. Entzieht das Parlament der Regierung (bzw. dem Regierungschef) anlässlich einer Vertrauensabstimmung die Unterstützung (Misstrauensantrag, Vertrauensfrage), so führt dies typischerweise zum vorzeitigen kollektiven Rücktritt der Regierung. Im Gegenzug besteht gewöhnlich die Möglichkeit, das Parlament vorzeitig aufzulösen und vorgezogene Neuwahlen herbeizuführen. Die Wählerschaft wird dabei gleichsam zum «Schiedsrichter» im Parteienwettbewerb um Regierungsmacht. Die Exekutive ist typischerweise *zweigliedrig*: Neben der Regierung (mit ihrer Verwaltung) besteht ein eigenständiges *Staatsoberhaupt* (gewählter Staatspräsident oder durch Erbfolge bestimmter Monarch) mit vorwiegend repräsentativen Aufgaben. In bestimmten Phasen des demokratischen Prozesses kann dem Staatsoberhaupt politische Bedeutung zuwachsen (z.B. Regierungsbildung, Parlamentsauflösung).
- 24 Die Staatenpraxis kennt viele Variationen und Mischformen. Erwähnt sei hier das sog. *semi-präsidentielle System* in Frankreich (V. Republik; seit 1958). Der volksgewählte Präsident hat aufgrund seiner verfassungsrechtlichen Stellung (insb. Ernennungsrechte, Parlamentsauflösungsrecht, Einsatz plebiszitärer Instrumente) eine gewichtige politische Rolle. Frankreich gehört zu den wenigen EU-Mitgliedstaaten, die im Europäischen Rat mit dem Staatsoberhaupt, nicht mit dem Regierungschef, vertreten sind. Die Regierung ist sowohl vom Präsidenten als auch vom Parlament abhängig. Wenn die Parlamentsmehrheit (Nationalversammlung) und der Präsident nicht aus demselben politischen Lager stammen (sog. *cobabitation*), verringert sich das politische Gewicht des Präsidenten markant (so in den Jahren 1986–88, 1993–95, 1997–2002).

2. Der Typus des parlamentarischen Regierungssystems

Das parlamentarische Regierungssystem ist in Europa stark verbreitet. Historisch ist es aus dem Konflikt hervorgegangen, der sich – vorab in England – zwischen der Krone (Monarch) und einem immer selbstbewusster auftretenden Parlament abspielte. Auch wenn sich die heutigen parlamentarischen Systeme von diesem Entstehungskontext mehr oder weniger stark gelöst haben, finden sich nach wie vor viele institutionelle Reminiszenzen an alte Zeiten (z.B. Rolle des Staatsoberhauptes bei der Einsetzung der Regierung oder bei der Parlamentsauflösung). Das als Prototyp geltende britische System betont die (Parteien-)Konkurrenz. Eine wichtige jüngere Variante ist das deutsche Modell. 25

Die *Regierung* (Regierungskollegium, Kabinett) umfasst eine verfassungsrechtlich zumeist nicht fixierte grössere Zahl von (Fach-)Ministern (10 bis 20). An der Spitze steht ein *Regierungschef* (Premierminister, Ministerpräsident, Bundeskanzler). Dieser verfügt gewöhnlich über eine herausgehobene Stellung – zumindest faktisch, meist auch rechtlich – und spielt eine wichtige Rolle bei der Regierungsbildung und bei der Festlegung der Regierungspolitik. 26

Die *Regierungsbildung* läuft in parlamentarischen Systemen nach unterschiedlichen Regeln ab (und ganz anders als in der Schweiz; § 19 N. 11 ff.). Typischerweise ist das Verfahren zweistufig. Nach den Wahlen wird in einem ersten Schritt der (künftige) Regierungschef bestimmt (gewöhnlich der Spitzenkandidat der siegreichen Partei). Dieser benennt, allenfalls nach Konsultationen, die weiteren Regierungsmitglieder. Der formelle Akt der Regierungseinsetzung ist unterschiedlich geregelt. In manchen Systemen erfolgt die Einsetzung der Regierung abschliessend durch das Staatsoberhaupt. In anderen Systemen muss sich der Regierungschef (mit seiner Regierungsequipe und/oder seinem Regierungsprogramm) dem Parlament stellen, sei es zur förmlichen Wahl, sei es zu einer Vertrauensabstimmung. Je nach Ausgang der Wahlen zum Parlament können Koalitionsverhandlungen und der Abschluss einer Koalitionsvereinbarung erforderlich werden. 27

Die für das parlamentarische Regierungssystem kennzeichnende Abhängigkeit im Verhältnis zwischen Parlament und Regierung hat zur Folge, dass sich die *politische Verantwortlichkeit* der Regierung im Prinzip *jederzeit* realisieren kann (d.h. nicht erst nach Ablauf der Amtsperiode, wie in der Schweiz; vgl. § 19 N. 15). Es ist daher ein zentrales Ziel der Regierung (bzw. der sie bildenden Parteien), sich auf Dauer eine stabile Mehrheit im Parlament zu sichern. Zentrale Faktoren sind dabei die Loyalität der einzelnen Parlamentarier des Regierungslagers und die Wahrung der sog. *Fraktionsdisziplin* (zumindest in Bezug auf die zentralen Fragen der Regierungspolitik). Regierung und Parlamentsmehrheit verschmelzen zu einer Aktionsseinheit, wobei die Führungsrolle typischerweise bei der Regierung liegt. Auch in klassischen Domänen des Parlaments (Gesetzgebung, Staatshaushalt) hat das Wort der Regierung grosses Gewicht. Mitunter spielen Gremien ausserhalb der staatlichen Sphäre (Parteizentralen, Koalitionsausschüsse) eine bedeutende Rolle. Der Machthemmung und demokratischen Kontrolle dient weniger das Gespielspiel zwischen Parlament und Regierung als jenes zwischen *Regierungslager und* 28

Opposition. Die periodisch durchzuführenden Parlamentswahlen bieten den Wahlberechtigten die Möglichkeit einer «Abwahl» der Regierung.

- 29 Zu den *Vorzügen* parlamentarischer Systeme gehört, dass rasch gehandelt werden kann (sofern man sich im Regierungslager einig ist). Die Führbarkeit des Systems ist in der Regel hoch; dies namentlich dann, wenn es dem Regierungschef gelingt, sich eine starke Position zu verschaffen und seine Befugnisse und faktischen Einflussnahmemöglichkeiten (z.B. bei Personalentscheidungen) auszuschöpfen. In konkurrenzgeprägten Systemen kann eine gut organisierte Opposition die Regierung wirksam unter Handlungsdruck setzen und auf einen Regierungswechsel hinarbeiten.
- 30 Zu den *Nachteilen* gehört, dass die Regierungsstabilität bei unklaren oder schwankenden Mehrheitsverhältnissen erheblich herabgesetzt sein kann. So haben Frankreich (III. und IV. Republik; 1870–1940, 1946–1958) und Italien (bis Mitte der 1990er Jahre) lange Phasen mit schwachen – häufig wechselnden – Regierungen erlebt. Bei Regierungs- oder Koalitionskrisen oder nach Wahlen, die keine klaren Mehrheitsverhältnisse hervorbringen, kann der politische Entscheidungsprozess längere Zeit blockiert sein (Beispiel: Belgien 2010/11). Vorgehen zur Stabilisierung und Stärkung der Regierung können leicht zu einer Schwächung des unmittelbar demokratisch legitimierten Parlaments führen. Probleme stellen sich auch ein, wenn Regierungswechsel rar sind oder sogar – etwa wegen anhaltender innerer Zerrissenheit der Opposition – ganz ausbleiben. Kleinen Parteien bzw. Fraktionen kann eine überproportionale Bedeutung als Mehrheitsbeschaffer zuwachsen («Zünglein an der Waage»). Im Wahlrecht finden sich nicht selten Massnahmen gegen eine allzu starke Parteienzersplitterung (z.B. Majorzsystem; Proporzsystem mit Sperrklausel).

3. Der Typus des Präsidialsystems

- 31 Im Präsidialsystem ist die *Regierungsmacht in einer Person konzentriert*. Dass eine Einzelperson über einen sehr grossen Einfluss verfügt, lässt sich unter Gewaltenteilungsaspekten nur rechtfertigen, wenn hinreichend starke *Gegengewichte* bestehen. Zu denken ist in erster Linie an ein starkes, eigenständiges Parlament, aber auch an eine mit geeigneten Kontrollbefugnissen ausgestattete, unabhängige Justiz. Im US-amerikanischen System – dem historischen und aktuellen Prototyp, der nachfolgend im Vordergrund steht – sind solche Gegenpole vorhanden (Kongress, Supreme Court). In Lateinamerika, wo das Präsidialsystem ebenfalls auf eine lange Tradition zurückblicken kann, gilt dies nicht überall gleichermassen.
- 32 Charakteristisch für das Präsidialsystem des US-amerikanischen Typus ist eine stark ausgeprägte Gewaltentrennung – in objektiver wie in subjektiver Hinsicht. Der Präsident als monokratische Spitze der Exekutive wird auf eine bestimmte Amtsdauer fest gewählt; sein Verbleiben im Amt ist, anders als in parlamentarischen Regierungssystemen, nicht vom permanenten Vertrauen einer Parlamentsmehrheit abhängig. Umgekehrt besteht keine Möglichkeit der vorzeitigen Parlamentsauflösung. Die dadurch geförderte Stabilität ist einer der wesentlichen Vorzüge des US-Präsidialsystems im Vergleich mit parlamentarischen Regierungssystemen. Eine vorzeitige Absetzung des Präsidenten (und anderer Amtsträger) ist möglich, dies jedoch nur aufgrund des – aus England entlehnten (dort ausser

Gebrauch gekommenen) – Instruments der Staatsanklage (*Impeachment*) wegen bestimmter schwerwiegender Verbrechen oder Vergehen (*treason, bribery, or other high crimes and misdemeanors*), mit dem Repräsentantenhaus (erste Parlamentskammer) in der Rolle des Anklägers und dem Senat (zweite Kammer) in der Rolle der beurteilenden Instanz (Art. II Sec. 4 US-Verfassung).

Gegen einen US-Präsidenten wurde erst drei Mal ein *Impeachment*-Verfahren eingeleitet. In zwei 33
Fällen scheiterte die Amtsenthebung im Senat: Bei Andrew Johnson (1867/68) wurde das erforderliche Zwei-Drittel-Mehr um eine Stimme verfehlt. Im Fall von William Clinton (1998/99) scheiterte das Verfahren in den beiden verbliebenen Anklagepunkten Meineid (45:55) und Justizbehinderung (50:50). Richard Nixon, der wegen seiner Verstrickung in die Watergate-Affäre unter Druck geraten war, kam durch Rücktritt der förmlichen Anklageerhebung zuvor (1974).

Der US-Präsident ist *gleichzeitig Staatsoberhaupt* und *Regierungschef* sowie Oberbefehlshaber der Streitkräfte. Im Unterschied zu anderen Präsidialsystemen erfolgt die Wahl in den USA indirekt über Wahlmänner (*Electors*). Ungeachtet dieses etwas anachronistisch anmutenden Verfahrens verfügt der Präsident als einziger US-Amtsträger über eine landesweite Wählerlegitimation. Die für ein Ministerium (*Department*) verantwortlichen Mitglieder der Regierung (meist als *Secretary* bezeichnet) stehen in einem starken Abhängigkeitsverhältnis zum Präsidenten. Anders als in parlamentarischen Systemen fehlt eine kollektive Verantwortlichkeit der Regierungsmitglieder gegenüber der Volksvertretung. Der US-Präsident verfügt nicht über die formelle Gesetzesinitiative (vgl. § 23 N. 6); dafür besitzt er die Möglichkeit, Gesetzesvorlagen (*Bills*) des Kongresses zu stoppen, indem er seine Unterschrift verweigert. Das präsidentiale Veto als charakteristisches Element im System der *checks and balances* (N. 5) kann durch eine Zwei-Drittel-Mehrheit in beiden Kammern überstimmt werden – in der Praxis eine sehr hohe Hürde. 34

Das präsidentiale Veto – in welchem das Erfordernis der königlichen Zustimmung des englischen 35
Staatsrechts nachklingt – ist unter demokratischem Blickwinkel nicht unproblematisch. Eine innere Rechtfertigung kann man darin erblicken, dass der quasi-volksgewählte Präsident (N. 34) dank diesem Instrument über eine Möglichkeit verfügt, gewichtige, jedoch im Kongress nicht oder nur schlecht repräsentierte allgemeine Interessen zur Geltung zu bringen.

Angesichts seiner herausgehobenen Stellung und seiner Schlüsselrolle im Bereich 36
der Aussenpolitik überrascht es nicht, dass der US-Präsident im Ruf steht, der «mächtigste Mann der (demokratischen) Welt» zu sein. Diese Einschätzung ist zu einseitig, da sie die Bedeutung anderer Machtfaktoren vernachlässigt. So steht dem Präsidenten ein starker Kongress gegenüber, vor allem im Bereich der Innenpolitik, teilweise auch im Bereich der Aussenpolitik. Als wichtiges Element im System der *checks and balances* sind die besonderen Befugnisse des Senats zu nennen: Dieser muss bei wichtigen Personalentscheidungen und beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge (*Treaties*) – hier sogar mit Zwei-Drittel-Mehr – zustimmen (Art. II Sec. 2 Cl. 2 US-Verfassung). Unter Machtbegrenzungsaspekten ist das parlamentarische Gegengewicht unabdingbar. Die daraus resultierende Gefahr

einer gegenseitigen Blockierung der Gewalten gehört zu den nicht zu vernachlässigenden potenziellen *Nachteilen* des Präsidentsystems nach US-Modell.

- 37 In historischer Perspektive hat der US-Präsident seine starke Stellung im politischen System erst im Verlauf des 20. Jahrhunderts erlangt. Die ersten Jahrzehnte der amerikanischen Verfassungsgeschichte standen eher im Zeichen des Kongresses, wenn man von einigen herausragenden Präsidentenpersönlichkeiten wie Abraham Lincoln absieht.

4. Das schweizerische Regierungssystem

- 38 Das *Regierungssystem im Bund* geht im Wesentlichen auf die Bundesstaatsgründung von 1848 zurück. Es entzieht sich einer Einordnung in die gängige Typologie der politischen Systeme. Im Vergleich mit den parlamentarischen Regierungssystemen britischen oder kontinentaleuropäischen Zuschnitts sind Parlament und Regierung in der Schweiz je sehr eigenständig (ähnlich wie in den USA). Der Bundesrat ist nach erfolgter Wahl nicht vom permanenten Vertrauen der Bundesversammlung abhängig. Letztere besitzt kein Instrument zur vorzeitigen Abberufung der Gesamtregierung oder eines einzelnen Regierungsmitglieds. Anders als im Präsidentsystem des US-amerikanischen Typus steht an der Spitze der Exekutive ein *Regierungskollegium*. Alle Regierungsmitglieder werden vom Parlament gewählt (nicht bloss bestätigt oder durch andere Staatsorgane ernannt wie in parlamentarischen Systemen üblich); und alle Regierungsmitglieder verfügen über die gleiche – rechtsvergleichend: hohe – demokratische Legitimation.
- 39 Das singuläre schweizerische System wird mitunter in Anlehnung an Regierungsformen der französischen Revolutionsepoche als «Direktorialsystem» bezeichnet (z.B. MASTRONARDI, Verfassungslehre, 268). Zu den Merkmalen zählen:
- das *Fehlen* der für parlamentarische Systeme typischen Instrumente (Misstrauensantrag, Vertrauensabstimmung, Regierungssturz, Parlamentsauflösung),
 - das *Fehlen* eines Regierungschefs (keine Hierarchie innerhalb der Regierung),
 - das *Fehlen* eines gesonderten Staatsoberhauptes (Regierungskollegium als Repräsentationsorgan nach innen und aussen; vgl. § 19 N. 69).
- 40 Im Vergleich mit anderen Regierungssystemen fallen umgekehrt auf:
- die stark ausgebauten *direkt-demokratischen Instrumente*, die einerseits eine gewisse Unruhe und Unberechenbarkeit ins System bringen, andererseits das Fehlen einer eigentlichen Opposition im Parlament ausgleichen (Referendum) und der Gefahr von Blockierungen entgegenwirken können (Volksinitiative),
 - die vergleichsweise geringen direkten praktischen Auswirkungen der Parlamentswahlen für den Fortgang der Politik sowie

- ein ausgeprägtes Denken in Kategorien der *proportionalen Repräsentation* und der *Konkordanz* (vgl. § 8 N. 42; § 24 N. 3 ff.). In der schweizerischen «Vielparteienregierung» sind im Prinzip alle massgeblichen politischen Kräfte vertreten (vgl. § 19 N. 23).

Zu den Vorzügen des schweizerischen Systems gehören dessen grosse Stabilität, die hohe demokratische Legitimität der einmal getroffenen Entscheidungen und, damit verbunden, die gute Akzeptanz und Umsetzbarkeit staatlicher Massnahmen. Der Preis dafür sind ein vergleichsweise schwerfälliges Entscheidungsverfahren mit einer gewissen Anfälligkeit für Blockaden und «unheilige Allianzen», was sich besonders in (Krisen-)Situationen mit erhöhtem Bedarf an raschen Entscheidungen negativ bemerkbar machen kann (vgl. § 19 N. 8, § 25 N. 45 ff.).

Der Ruf nach Reformen ertönt immer wieder. Mitunter wird dabei mit dem Wechsel zu einem «Konkurrenzsystem» (parlamentarisches System) geliebäugelt. Ein solcher Wechsel hätte nicht nur starke Auswirkungen auf das politische System, er würde wohl auch tiefe Eingriffe in das Verfassungsgefüge erfordern (Wahlrecht, Zweikammersystem, direktdemokratische Instrumente; vgl. Expertenkommission «Führungsstrukturen des Bundes», Zur Frage der Wünschbarkeit des Übergangs zu einem parlamentarischen Regierungssystem, BBl 1993 III 1112 ff.).

Die *Kantone* besitzen bei der Ausgestaltung ihres Regierungssystems einen grossen Gestaltungsspielraum. Art. 51 BV verlangt von den Kantonen «eine demokratische Verfassung». Dazu gehört eine gewaltenteilige Staatsorganisation (§ 11 N. 24 ff.); diese muss aber nicht dem Idealschema entsprechen (N. 7. ff.). Das Spektrum der Möglichkeiten reicht von einer im Wesentlichen repräsentativen Demokratie über die vielfältigen Formen der Referendumsdemokratie bis hin zur Landsgemeindedemokratie. Bei aller Verschiedenheit zeigen die kantonalen Regierungssysteme viele Gemeinsamkeiten (insb. Volkswahl der Regierungsmitglieder, ausgebauter Referendums- und Initiativrechte). Kein Kanton kennt ein Präsidialsystem oder ein parlamentarisches System.

IV. Herausforderungen

Im Umgang mit dem Machtproblem gibt es keine Patentrezepte. Die in der Erklärung der Menschenrechte von 1789 hervorgehobene Gewaltenteilung ist eine wichtige Richtschnur, liefert aber keine handfesten Antworten für die Lösung konkreter Probleme der Staatsorganisation. In der halbdirekten Demokratie schweizerischer Prägung muss die Gewaltenteilungsidee zudem mit der im Idealschema nicht berücksichtigten Rolle des Volkes als Entscheidungsträger zusammengeführt werden (vgl. RHINOW/SCHEFER, N. 2298). Eine auf Dauer gut funktionierende, menschengerechte, freiheitliche Grundordnung bedarf stabiler, entscheidungsfähiger Institutionen. Die «hohe Schule» der Verfassungsgebung und Staatskunst besteht darin, das Anliegen der Machtbegrenzung mit dem Anliegen der Handlungsfähigkeit des Staates und seiner Organe zu verbinden.

Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass in den neueren Gewaltenteilungslehren häufig von einem «kooperativen» *Gewaltenteilungsverständnis* die Rede ist und der Gedanke des arbeitsteiligen *Zusammenwirkens* in den Vordergrund ge-

rückt wird (so z.B. MASTRONARDI, SG-Komm., Vorbemerkungen zu Art. 143–191, N. 31; vgl. auch RHINOW/SCHEFER, N. 2267 ff.). Nicht unterschätzt werden darf dabei die Gefahr, dass die Kooperation von Parlament und Regierung eine Vermischung und Verwischung von Verantwortlichkeiten herbeiführen kann, was einem zentralen Anliegen der Gewaltenteilungsidee – kontrollierte Machtausübung, und dies setzt Zurechenbarkeit voraus – zuwiderläuft.

- 46 Eine Herausforderung, mit der die ersten Theoretiker und Praktiker der Gewaltenteilung noch nicht konfrontiert waren, ist die Überlagerung der historisch gewachsenen Institutionen durch das Phänomen der *politischen Parteien*. Vor allem in parlamentarischen Regierungssystemen (wo Regierung und Parteispitzen typischerweise personell eng miteinander verflochten sind), aber auch im Präsidialsystem des US-amerikanischen Typus und im schweizerischen System können die zwischen den obersten politischen Behörden eingerichteten Machtausgleichs- und Kontrollmechanismen überspielt werden. Parteiprogramme, Koalitionsvereinbarungen, konkrete Absprachen unter Parteileitungen prägen – über verfassungsrechtliche Zuständigkeitsabgrenzungen hinweg – die Inhalte staatlicher Entscheidungen in massgeblicher Weise. Umso wichtiger wird das Vorhandensein anderer wirksamer Begrenzungen und Kontrollen (unabhängige Justiz, Instrumente direkter Demokratie, Föderalismus als «vertikale» Gewaltenteilung).
- 47 In der Literatur ist mitunter von der Gewaltenteilung als einer «umfassenden Ordnungsidee» die Rede. Dieser «Ordnungsidee» fehlen freilich bislang die Konturen. Auch die recht beliebte Erweiterung der klassischen Gewalten um eine «vierte» (oder «fünfte» usw.) Gewalt (z.B. Medien, öffentliche Meinung, Zivilgesellschaft) hat bisher mehr Fragen aufgeworfen als beantwortet (nicht zuletzt jene nach der Kontrolle solcher weiterer «Gewalten»).
- 48 Im Zuge der zunehmenden Institutionalisierung der internationalen Zusammenarbeit (vgl. § 4) wird die Frage der *Übertragbarkeit der Gewaltenteilungsidee* auf die *internationale oder supranationale Ebene* diskutiert, dies insbesondere mit Blick auf die Europäische Union. Die EU verfügt über ein Parlament, ein Exekutivorgan (Kommission) und eine ausgebaute Judikative. Das institutionelle Gefüge – mit insgesamt sieben Organen (Art. 13 EUV) und einer ausgeklügelten Arbeitsteilung bei den Leitungs- und den Rechtsetzungsaufgaben – unterscheidet sich jedoch derart stark von den Organisationsstrukturen auf staatlicher Ebene, dass Zweifel an der Übertragbarkeit der Gewaltenteilungslehren bestehen.
- 49 Ziel sollte demgemäss nicht ein Transfer des Idealschemas auf die supranationale Ebene sein, sondern die sorgfältige Analyse der Machtstrukturen und die Entwicklung passender, dem EU-Kontext angemessener, wirksamer Machtbegrenzungsmechanismen im Sinne EU-spezifischer *checks and balances*. Bei dem vom EuGH anerkannten Grundsatz des *«institutionellen Gleichgewichts»* (vgl. Urteil vom 29. Oktober 1980, Rs.138/79, Roquette Frères, Slg. 1980, 3333, Rz. 33) handelt es sich denn auch nicht um eine blosser Kopie oder Weiterentwicklung des staatsrechtlichen Gewaltenteilungsprinzips, sondern um ein europarechtliches Pendant mit eigenständigen Gehalten (vgl. THOMAS OPPERMANN/CLAUS DIETER CLASSEN/MARTIN NETTESHEIM, *Europarecht*, 4. Aufl., München 2009, § 7 N. 8 ff.).

5. Teil Demokratisch-rechtsstaatliche Prozesse

§ 22 Grundfragen und Herausforderungen

BRÜHL-MOSER, Staatsleitung; MÜLLER GEORG, Inhalt und Formen der Rechtsetzung als Problem der demokratischen Kompetenzverteilung, Basel/Stuttgart 1979; DERS., Rechtsetzungslehre; SALADIN PETER, Wozu noch Staaten?, Bern/München/Wien 1995.

I. Entscheidungszuständigkeit, Mitsprache und Kontrolle

Neuere Verfassungen, die mehr als die blossen Zuständigkeiten innerhalb der Staatsorganisation regeln, enthalten verschiedene Staatsaufgaben und andere inhaltliche Vorgaben für das staatliche Handeln. Sowohl die Bundesverfassung als auch die Kantonsverfassungen weisen diese *Gestaltungs- und Steuerungsfunktion* auf (§ 7 N. 7 ff.).

Die verfassungsrechtliche Zuständigkeitsordnung legt sodann fest, welche Behörde auf welcher Ebene diese staatlichen Aufgaben wahrnehmen darf oder muss. In der Regel wirken verschiedene Behörden, unterschiedliche Gemeinwesen (Bund, Kantone, Gemeinden) sowie in zahlreichen Fragen das Stimmvolk mit, wenn Regelungen geschaffen und Entscheide gefällt werden müssen (§§ 23–25). Im Bund sind beispielsweise Bundesrat und Bundesverwaltung an der Initiierung oder Vorbereitung von Bundesgesetzen stark beteiligt, obwohl diese formell von der Bundesversammlung beschlossen werden (§ 23 N. 9, 19 ff.). Darüber hinaus konkretisieren Bundesrat und Verwaltung die gesetzlichen Bestimmungen in Verordnungen, was praktisch sehr wichtig ist (§ 23 N. 130 ff.).

Die Stimmberechtigten sind in der Schweiz durch die demokratischen Mitwirkungsrechte in besonderem Mass in die Gesetzgebung eingebunden. Die demokratische Partizipation im Vorfeld der Gesetzgebung (z.B. im Vernehmlassungsverfahren, siehe § 23 N. 29 ff.) und bei der Beschlussfassung über ein Gesetz oder einen völkerrechtlichen Vertrag (Referendum) ist stark ausgebaut (§ 24 N. 28 ff.). Beim Erlass von Verfassungsrecht wird durch das Erfordernis des Ständemehrs zudem die Mitwirkung der Kantone abgesichert (§ 13 N. 15 f.).

Die *Rechtsanwendung im Einzelfall*, d.h. die Anwendung von Normen in einer konkreten Situation durch Verwaltung und Gerichte, ist sodann nicht nur für die Betroffenen zentral, sondern weist aufgrund ihrer präjudiziellen Bedeutung oft über den Einzelfall hinaus (§ 26 N. 20).

Die *Kontrolle der Rechtmässigkeit* staatlicher Massnahmen wiederum ist aufgeteilt: Wenn auch aus der Sicht der Einzelnen der Individualrechtsschutz im Vorder-

grund steht (§ 27), der durch die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) sogar grundrechtlich abgesichert ist (§ 40 N. 4 ff.), so deckt dieser bei weitem nicht die gesamten Kontrollfunktionen ab. Nicht nur die Justizbehörden nehmen solche Funktionen wahr, sondern beispielsweise auch die Bundesversammlung gegenüber Bundesrat, Bundesverwaltung, eidgenössischen Gerichten und anderen Trägern von Aufgaben des Bundes (siehe Art. 169 Abs. 1 BV; vgl. § 18 N. 41 ff.) und der Bundesrat gegenüber der Bundesverwaltung (Art. 187 Abs. 1 Bst. a BV; vgl. § 19 N. 52, § 20 N. 21).

II. Handlungsformen

- 6 Das Spektrum staatlicher Handlungsformen ist breit und vielfältig. Die klassischen, juristisch eingehend bearbeiteten Handlungsformen des Staates sind die Rechtsetzung (§ 23) und die Rechtsanwendung in der Form von Einzelakten (§ 26). Sie reichen nicht aus, um sämtliche Staatsaufgaben zu erfüllen. Insbesondere die Weichenstellungen im Rahmen des Finanzhaushalts sowie die politische Planung bilden weitere wichtige Akte, die sich auf das ganze Staatswesen auswirken (§ 25 N. 21 ff.).
- 7 Weiter nimmt auch die Bedeutung der staatlichen Informationsbeschaffung, -verarbeitung und -verbreitung zu (vgl. § 25 N. 27 ff.). So lässt sich beispielsweise die Gesundheitsprävention, die zunehmend als staatliche Aufgabe wahrgenommen wird, nur teilweise mit Verbots- und Gebotsnormen verwirklichen. Im Vordergrund stehen vielmehr Informations- und Lernstrategien (§ 25 N. 40 ff.). Mit der Ausweitung staatlicher Aufgaben geht insgesamt eine Erweiterung staatlicher Handlungsformen einher, die jeweils in die verfassungsrechtliche Zuständigkeitsordnung eingepasst werden müssen.

III. Staatsleitung

- 8 Die gesamten Staatsaufgaben müssen geplant, priorisiert und koordiniert werden. Diese komplexe Aufgabe wird häufig als Staatsleitung bezeichnet. Der Begriff der Staatsleitung wird in Politik und Staatsrechtslehre auch deshalb gerne verwendet, «weil er so bedeutungsvoll und feierlich tönt und gleichzeitig so unbestimmt ist, dass wir darunter ganz Verschiedenes verstehen können» (GEORG MÜLLER, Staatsleitung und Gewaltenteilung im Bund, in: Parlament 2/2005, 16).
- 9 Zentrale *Funktion* der Staatsleitung ist es, dem weiteren staatlichen Handeln Zielvorgaben zu geben, d.h. Grundsatzentscheidungen für die Entwicklung des Staates zu treffen. Zudem zählen auch die Auswahl und Planung der Massnahmen,

die in Angriff genommen werden sollen, sowie die Steuerung der Staatsfinanzen zur Staatsleitung.

Diese Aufgaben fallen *nicht in die alleinige Zuständigkeit eines einzelnen Staatsorgans* 10 wie der Bundesversammlung oder des Bundesrats. Nach geltendem schweizerischem Verfassungsrecht wirken diese Organe vielmehr zusammen, um diese richtungsweisenden Entscheidungen zu treffen. Staatsleitung ist «nicht als vierte Staatsfunktion, aber insofern doch als gewaltenüberwältigend zu verstehen, als an der Staatsleitung bzw. Regierung jeder Staatsleitungsträger innerhalb seiner Grundfunktion seinen aus dem Gewaltenteilungsprinzip begründeten Anteil trägt» (BRÜHL-MOSER, 1115).

Gleichwohl kommt der *Regierung* innerhalb der Staatsleitung eine herausragende 11 Stellung zu, da sie grundsätzlich permanent handlungsbereit ist und durch die fachlich spezialisierte Verwaltung unterstützt wird. Insbesondere in ausserordentlichen Lagen, die ein rasches Handeln erfordern, weist die Verfassung der Regierung die Leitungsfunktion zu (N. 42; sowie § 25 N. 45 ff.).

In der Schweiz ist auch das Volk punktuell an der Staatsleitung beteiligt, indem es Verfassungsinitiativen lancieren oder referendumspflichtige Vorlagen in der Form von Verfassungsbestimmungen, 12 Gesetzen, völkerrechtlichen Verträgen oder – auf kantonaler Ebene – von wichtigen Einzelakten, wie z.B. Ausgabenbewilligungen, gutheissen oder ablehnen kann.

Die schweizerischen Besonderheiten der Referendumsdemokratie lassen eine 13 *Führungsrolle des Bundesrates* jedoch *nur in engen Grenzen* zu, da der Einfluss des Parlaments und damit – auf dem Weg über das Referendum – des Volkes, gross ist. Dies zwingt den Bundesrat zu einem umsichtigen und eher bedächtigen Vorgehen, wenn er die Unterstützung von Bundesversammlung und Volk nicht verlieren will (siehe KURT EICHENBERGER, Von der Staatsleitung in der Referendumsdemokratie, in: Festschrift Kurt Furgler, Zürich/Köln 1984, 11 ff.).

Die heutigen Strukturen der Staatsleitung genügen den gestiegenen Anforderungen in einem 14 internationalisierten Umfeld nicht mehr voll, weshalb seit mehreren Jahrzehnten an einer Staatsleitungsreform gearbeitet wird. Das gegenwärtig laufende Reformvorhaben wurde im Anschluss an die «Nachführung» der Bundesverfassung in Angriff genommen und ist nach wie vor hängig (Bundesrat, Botsch. Staatsleitungsreform, BBl 2002 2095 ff., sowie Bundesrat, Zusatzbotschaft Regierungsreform, BBl 2010 7811 ff.; hierzu § 19 N. 96 ff.).

IV. Rechtsetzungsbefugnisse

Die Rechtsetzung, d.h. der Erlass verbindlicher, generell-abstrakter Normen, 15 steht auch im modernen Verfassungsstaat im Zentrum staatlicher Steuerung (§ 23). Die Zuweisung von Rechtsetzungsbefugnissen gehört zu den wesentlichen Weichenstellungen jeder Verfassungsordnung. Deshalb ist auch die Abgrenzung der unterschiedlichen Rechtsetzungsbefugnisse von zentraler Bedeutung.

1. Verfassungsgebung

- 16 Die Verfassung ist der normhierarchisch höchste innerstaatliche Erlass. Sie wird in einem qualifizierten Verfahren verabschiedet und kann auch nur in einem solchen Verfahren ergänzt und abgeändert werden (§ 7 N. 1, 35 ff.). Im schweizerischen Verfassungsrecht bedürfen Erlass, Aufhebung und Abänderung von Verfassungsrecht der *Zustimmung von Volk und Ständen* (Art. 140 Abs. 1 Bst. a BV; § 23 N. 64).
- 17 Inhaltlich enthält sie die *wichtigsten Normen*, was jedoch nicht ausschliesst, dass auch weniger wichtige Normen Eingang in den Verfassungstext finden. Sie bildet den *Rahmen für die tieferrangige Rechtssetzung* (Gesetz- und Verordnungsgebung) und bindet die normerzeugenden sowie die rechtsanwendenden Organe (§ 9 N. 5).

2. Gesetzgebung

- 18 Bei der Umsetzung der Verfassungsziele und Staatsaufgaben steht in Bund und Kantonen, trotz der wachsenden Vielfalt staatlicher Handlungsformen, die Gesetzgebung im Vordergrund. Die Entscheidungszuständigkeit in Bezug auf den Inhalt der Gesetze liegt bei den demokratisch legitimierten Parlamenten und bei den Bürgerinnen und Bürgern (Referendumsrecht und allenfalls Gesetzesinitiativrecht). Aufgrund der ausgeprägten demokratischen Einbettung der Gesetzgebung sind inhaltlich *wichtige Entscheide*, die sich nicht direkt der Verfassung entnehmen lassen, *dem Gesetzgeber vorbehalten*.
- 19 Auf Bundesebene statuiert Art. 164 Abs. 1 BV ausdrücklich, dass wichtige rechtsetzende Bestimmungen in der Form des (Bundes-)Gesetzes zu erlassen sind. Die Wichtigkeit der Regelung bestimmt sich nach deren *Inhalt*, d.h. nach deren materiellem Gehalt. Beispielhaft werden in Art. 164 Abs. 1 BV einige Bereiche genannt, in denen die «grundlegenden Bestimmungen» – was nach der herrschenden Lehre mit *wichtigen* Bestimmungen gleichgesetzt wird – durch die Bundesgesetzgebung zu regeln sind. Welche Regelungen dabei als grundlegend oder wichtig gelten, lässt sich dem Verfassungstext nicht entnehmen.
- 20 In diesem Zusammenhang wird häufig von einem *materiellen Gesetzesvorbehalt* gesprochen. Der Vorbehalt der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers ist insofern «materiell», als er inhaltlich bedeutsame Rechtssetzungsakte zum Gegenstand hat. Diese sollen im parlamentarisch-demokratischen Verfahren ergehen und, zumindest im Bund, dem Referendum unterstehen (RHINOW/SCHEFER, N. 2720).
- 21 In den letzten Jahrzehnten haben Rechtsprechung und Lehre *Kriterien* entwickelt, die Rückschlüsse auf die *Wichtigkeit* einer Regelung zulassen. Diese Kriterien dürfen allerdings nicht schematisch angewendet werden, sondern sind je nach Sachbereich anders zu gewichten (siehe G. MÜLLER, Inhalt und Formen der Rechts-

setzung, 110 ff.; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 164 N. 6; TSCHANNEN, SG-Komm., Art. 164 N. 8; BGE 131 I 13, E. 6.3; 130 I 1, E. 3.4.2).

Wichtig kann eine Regelung sein, weil sie (alternativ oder in Kombination): 22

- stark in die Rechtsstellung der Adressaten eingreift;
- erhebliche finanzielle Folgen nach sich zieht;
- von besonderer Bedeutung für die politische Willensbildung, die Behördenorganisation oder das Verfahren ist;
- besonders umstrittene Fragen zum Gegenstand hat;
- einen grossen Adressatenkreis oder eine grosse Zahl von Lebenssachverhalten betrifft.

Dies bedeutet aber nicht, dass in Bundesgesetzen ausschliesslich wichtige Fragen 23 geregelt werden dürfen. Die Bundesversammlung bestimmt selbst, mit welchem Detaillierungsgrad sie ihre Erlasse abfasst, und ob sie auch weniger wichtige Gegenstände regelt. Grundsätzlich untersagt ist ihr jedoch, die Regelung wichtiger Fragen an den Ordnungsgeber zu delegieren (N. 35 f.).

Auf kantonaler Ebene finden sich ähnliche Regelungen (z.B. Art. 69 Abs. 4 KV 24 BE; Art. 38 KV ZH). Im Wesentlichen ergibt sich aber auch hier aus dem *Grundsatz der Gewaltenteilung*, dass die wichtigen Fragen der Regelung durch den kantonalen Gesetzgeber vorbehalten sind (z.B. BGE 134 I 322, E. 2.4).

3. Verordnungsgebung

a) Zuständigkeit zur Verordnungsgebung

Es gehört zu den traditionellen Aufgaben der Exekutive, den Vollzug der Gesetze 25 zu gewährleisten und entsprechende Vollzugsvorschriften, d.h. *Vollzugsverordnungen*, zu erlassen (z.B. Art. 182 BV; vgl. § 19 N. 33 f.). Eine besondere gesetzliche Ermächtigung ist hierfür nach neuerer Auffassung nicht erforderlich.

Gewisse Materien eignen sich nicht dafür, in einem Gesetz geregelt zu werden, 26 weil sie beispielsweise zu technisch sind oder weil sie periodisch angepasst werden müssen. Deren Regelung in einer Verordnung geht allerdings über den blossen Vollzug von Gesetzesrecht hinaus, weshalb man von *gesetzesvertretenden Verordnungen* spricht.

Gesetzesvertretende Verordnungen bedürfen einer Grundlage, die sich – in seltenen Fällen (z.B. Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV) – direkt in der Verfassung, im Normalfall jedoch in einem Gesetz, findet. Im letzteren Fall darf der Gesetzgeber jene Entscheidungen, die ihm die Verfassung zwingend zuweist, 27

nicht übertragen (N. 18 ff.); andererseits muss sichergestellt werden, dass sich der Verordnungsgeber keine Regelungsbefugnisse anmasst, die ihm nicht zustehen.

- 28 Die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen vom Gesetz- auf den Verordnungsgeber wird auch als *Delegation* bezeichnet (Gesetzesdelegation). Delegiert wird nicht die Rechtsetzungskompetenz, die als von der Verfassung zugewiesene Kompetenz nicht übertragen werden kann, sondern die Befugnis, eine gesetzvertretende Norm zu schaffen, die auch von der delegierenden Behörde selbst erlassen werden könnte. Diese kann denn auch die Übertragung rückgängig machen und eine zuvor delegierte Materie selbst regeln.
- 29 Das Bundesgericht hat in langjähriger Rechtsprechung zum kantonalen Recht Voraussetzungen entwickelt, unter denen Rechtsetzungsbefugnisse vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber an die Regierung oder eine andere Behörde übertragen werden können (z.B. BGE 134 I 322, E. 2.4). Nach dieser Rechtsprechung ist eine Delegation der Rechtsetzungsbefugnis zulässig, wenn sie im betreffenden Bereich *nicht durch die Verfassung* (des Bundes oder des jeweiligen Kantons) *ausgeschlossen* ist, die Delegationsnorm in einem (referendumpflichtigen) *Gesetz* enthalten ist (BGE 126 I 180, E. 2a), die Delegation sich auf ein *bestimmtes Sachgebiet beschränkt* und die *Grundzüge der delegierten Materie* bereits in der Delegationsgrundlage selbst enthalten sind.
- 30 Beispiel: Den «Psychiatrischen Diensten Graubünden», die als selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt organisiert sind, wurde in einem Gesetz die Ermächtigung erteilt, die Anstellungsbedingungen in Abweichung vom übrigen kantonalen Personalrecht zu regeln. Diese Ermächtigung enthielt keine weiteren Angaben, insbesondere auch nicht dazu, in welcher Weise und in welchen Situationen Abweichungen möglich sein sollten. Das Bundesgericht befand, dass es sich um eine unzulässige «Blankodelegation» handle, die den Delegationsvoraussetzungen nicht genüge (BGE 128 I 113, E. 3f).
- 31 Ausgangspunkt der Rechtsprechung zu den Delegationsvoraussetzungen bildet das klassische Gewaltenteilungsmodell, nach welchem die Rechtsetzung in erster Linie beim Parlament und beim Volk liegt, die Regierung und die Verwaltung dagegen vor allem mit dem Vollzug betraut sind.
- 32 Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass die Exekutive auch ohne ausdrückliche Delegation für die Regelung «unwichtiger» Fragen, die über den blossen Vollzug hinausgehen, zuständig ist. Nach dieser Ansicht macht die Konstruktion einer Delegation keinen Sinn. Eine allfällige Delegationsnorm wäre nach dieser Lehrmeinung als blosse gesetzgeberische Stellungnahme zur Frage zu verstehen, was dieser als «wichtig» einstuft und deshalb selbst regelt (z.B. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 411 f.; G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, N. 231).
- 33 In einigen neueren *Kantonsverfassungen* sind die Delegationsvoraussetzungen ausdrücklich verankert. In der Regel wird der Kreis derjenigen Personen und Behörden umschrieben, an die Rechtsetzungsbefugnisse delegiert werden können. So kommt laut Art. 69 Abs. 1 KV BE nur der Regierungsrat als Delegationsempfänger in Betracht, während beispielsweise § 45 Abs. 3 KV LU den Regierungsrat,

das Kantonsgericht sowie weitere mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben beauftragte Personen und Organisationen nennt.

b) Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen im Bund

Laut Art. 164 Abs. 2 BV können Rechtsetzungsbefugnisse durch Bundesgesetz 34 übertragen werden, soweit dies nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen ist. Eine Verordnung, die mehr als nur Vollzugsvorschriften i.S.v. Art. 182 BV enthält und keine direkte Grundlage in der Verfassung hat, kann demnach nur gestützt auf ein formelles Gesetz ergehen, das eine Übertragung vorsieht (siehe BIAGGINI, Komm. BV, Art. 164, N. 10).

Der wichtigste verfassungsrechtliche Ausschlussgrund einer Übertragung findet 35 sich in Art. 164 Abs. 1 BV: Wichtige rechtsetzende Bestimmungen müssen vom Bundesgesetzgeber selbst erlassen werden (N. 18 ff.). Diese Einschränkung wird für schwere Grundrechtseingriffe (Art. 36 Abs. 1 BV), für den Freiheitsentzug (Art. 31 Abs. 1 BV) sowie für bestimmte Fragen des Abgabenrechts in der Verfassung ausdrücklich konkretisiert (§ 30 N. 19).

Die Unterscheidung zwischen wichtigen Fragen, deren Regelung dem Gesetzge- 36 ber vorbehalten ist, und delegierbaren Fragen ist jedoch nicht trennscharf und muss im jeweiligen Regelungskontext *differenziert* beurteilt werden. Richtschnur für die Beurteilung bildet die Frage, ob Parlament und Stimmvolk in der Lage waren, auf der Grundlage der Delegationsnorm das Ausmass und den Charakter des delegierten Ordnungsrechts abzuschätzen. Nur in diesem Fall verfügt das delegierte Ordnungsrecht über eine demokratisch hinreichend legitimierte Grundlage. Diese Einschätzung ist leichter möglich, wenn bereits eine längere Übung oder Praxis zu einem Rechtsbereich besteht, dessen Regelung durch den Ordnungsgeber erfolgen soll, und keine grundlegenden Abweichungen vorgesehen sind (z.B. BGE 128 I 113, E. 3c, m.w.H.). In solchen Situationen müssen dem Ordnungsgeber in der Delegationsnorm weniger dichte Vorgaben gemacht werden als bei der Regelung neuer oder umstrittener Fragen. Der Bundesrat hat nicht zuletzt aus diesem Grund im Rahmen seiner Botschaft zu einer Gesetzesvorlage die darin enthaltenen Delegationen zu erläutern (Art. 141 Abs. 2 Bst. b ParlG; siehe § 23 N. 23 f.).

Je stärker eine zu regelnde Materie technisch geprägt oder einem laufenden Anpassungsdruck 37 unterworfen ist, desto eher rechtfertigt es sich, die Delegationsnorm auf zentrale Vorgaben zu beschränken. So beruht das schweizerische Lebensmittelrecht auf einem sehr grundsätzlich gehaltenen Gesetz mit lediglich 61 Artikeln (Lebensmittelgesetz; LMG), das durch nicht weniger als 35 teilweise sehr detaillierte Verordnungen ergänzt wird. Je stärker eine Regelung jedoch die Einzelnen in ihrer persönlichen Lebensgestaltung betrifft, desto höher sind die Anforderungen an die Vorgaben in der Delegationsgrundlage. So erachtete das Bundesgericht 1977 die damaligen Art. 57 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 1 SVG, die den Bundesrat zum Erlass von Ausführungsbestimmungen zum Strassenverkehrsgesetz ermächtigten, nicht als genügende Grundlage für die Einführung

eines Obligatoriums für Sicherheitsgurten (BGE 103 IV 192, E. 2). Hierfür war eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung erforderlich (siehe jetzt Art. 57 Abs. 5 Bst. a SVG, in Kraft seit 1. Juli 1981).

- 38 Die Übertragung erfolgt in der Regel an den Bundesrat. Als Adressaten einer solchen Übertragung kommen aber auch das Bundesgericht oder die Bundesversammlung in Betracht (§ 23 N. 121 f.), wobei die Weiterübertragung (*Subdelegation*) auf Departemente nicht ausgeschlossen ist. Eine Übertragung auf Gruppen und Ämter, d.h. auf die unterhalb der Departemente liegenden Verwaltungseinheiten, ist nur zulässig, wenn ein Bundesgesetz dazu ermächtigt (Art. 48 RVOG).
- 39 Für die Übertragung gelten sinngemäss die zum kantonalen Recht entwickelten Grundsätze (N. 29), d.h., sie darf nicht durch die Verfassung ausgeschlossen sein, muss auf einem Bundesgesetz beruhen und hat sich auf ein bestimmtes Sachgebiet zu beschränken. Zudem müssen die Grundzüge der Regelung im delegierenden Gesetz enthalten sein (siehe BIAGGINI, Komm. BV, Art. 164, N. 13).

c) Gerichtliche Durchsetzung der Delegationsregeln

- 40 Gegenüber kantonalen Erlassen kann die Verletzung der Delegationsregeln gerichtlich durchgesetzt werden. Rügegrund bildet in denjenigen Fällen, in denen das kantonale Verfassungsrecht die Frage regelt (N. 33), in erster Linie dessen Verletzung. Fehlt eine entsprechende Norm, so kann die Missachtung der Delegationsregeln als *Verletzung des Grundsatzes der Gewaltenteilung* gerügt werden, der als ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht gilt, und zwar selbst in jenen Kantonen, in denen er sich nicht direkt aus der Verfassung ergibt (siehe § 30 N. 20).
- 41 Bei Bundeserlassen gestaltet sich die Durchsetzung der Delegationsregeln schwieriger. Anders als bei kantonalen Normen ist das Anwendungsgebot von Bundesgesetzen zu beachten (Art. 190 BV). Wenn die Delegationsnorm in einem Bundesgesetz den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügt (N. 34 ff.), weil sie beispielsweise dem Verordnungsgeber nur sehr vage Vorgaben macht, so sind die rechtsanwendenden Organe dennoch an sie gebunden (§ 27 N. 98 f.). Eine gesetzesvertretende Verordnungsregelung, die auf einer *mangelhaften Delegation* in einem Bundesgesetz beruht, ist deshalb insofern zu beachten, als sie sich an den Delegationsrahmen hält und damit auf eine bundesgesetzliche Grundlage stützt. Die Einhaltung der Delegationsvoraussetzungen und von Art. 164 BV im Allgemeinen kann somit gerichtlich nicht durchgesetzt werden. Hingegen lässt sich gerichtlich überprüfen, ob der vom Bundesgesetz definierte Delegationsrahmen respektiert worden ist (§ 27 N. 101). Soweit eine Verordnungsnorm diesen Rahmen überschreitet, muss sie nicht angewendet werden (als Beispiel N. 37).

V. Entscheidungsverfahren in Krisen- und Notlagen

Für Krisen- und Notlagen kennen die meisten Verfassungen besondere Bestimmungen, die – unter jeweils verschiedenen definierten Voraussetzungen – *verkürzte, vereinfachte oder beschleunigte Verfahren für staatliche Interventionen und Regelungen* zur Verfügung stellen. Diese Bestimmungen sehen häufig eine Verlagerung der Regelungszuständigkeit auf Exekutivorgane vor, die rascher zu handeln vermögen als etwa Parlamente (z.B. Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV; vgl. § 7 N. 52 ff. und § 25 N. 45 ff.). 42

Bei besonders massiven Gefährdungen des Gesamtstaates, beispielsweise im Kriegsfall, können sich die verfassungsrechtlich vorgesehenen Handlungsinstrumente allenfalls als unzureichend erweisen. Die Schweiz wurde etwa in den beiden Weltkriegen sowie zuvor beim deutsch-französischen Krieg von 1870/1871 auf der Grundlage von *«extrakonstitutionellem Notrecht»* (Vollmachtenbeschlüsse der Bundesversammlung) regiert, d.h. auf einer Grundlage, die keine Stütze in der Verfassung hatte (§ 25 N. 59 ff.). 43

Aus der Sicht der Einzelnen besteht zwischen den beiden beschriebenen Situationen ein nicht unerheblicher Unterschied. Im Rahmen der verfassungsrechtlich vorgesehenen Massnahmen dürfen Grundrechte zwar eingeschränkt werden, doch kommen die allgemeinen Einschränkungsvoraussetzungen zur Anwendung (§ 30 N. 101 ff.). In Fällen des Staatsnotstandes, in denen zu verfassungsrechtlich nicht vorgesehenen, d.h. *«extrakonstitutionellen»* Massnahmen gegriffen werden muss, kann der Grundrechtsschutz gegebenenfalls auf ein *«notstandsfestes»* Minimum reduziert werden (vgl. § 30 N. 80). 44

§ 25 Staatsleitende Prozesse ausserhalb der Rechtsetzung

BESSON MICHEL, Behördliche Information vor Volksabstimmungen, Bern 2003; BRÜHL-MOSER, Staatsleitung; EICHENBERGER KURT, Staatsreformen und Regierungsbild in der Schweiz, in: DERS., Der Staat der Gegenwart, Ausgewählte Schriften, Basel/Frankfurt a. M. 1980, 398 ff.; SÄGESSER, RVOG, Bern 2007; TSCHANNEN PIERRE, Amtliche Warnungen und Empfehlungen, ZSR 1999 II 355 ff.

I. Weitere Dimensionen der Staatsleitung

- 1 Die Staatsleitung bezieht sich auf die gesamte Politikgestaltung. Ausserhalb der Rechtsetzung und des Handelns im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten (vgl. § 19 N. 27 ff., 40 ff.; § 22 N. 8 ff.) umfasst sie verschiedenste Handlungsformen wie etwa Finanzbeschlüsse, Konzessionen für Grossvorhaben, Realakte und Informationen (§ 22 N. 6 ff.). In einem Rechtsstaat müssen alle diese Akte auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen (Art. 5 Abs. 1 BV). Für den Bereich des Finanzhaushalts (N. 2 ff.), der politischen Planung (N. 19 ff.) sowie der staatlichen Information (N. 26 ff.) kann dies in aller Regel gewährleistet werden. In Krisensituationen, die rasches Handeln erfordern, fehlen aber mitunter entsprechende Grundlagen, wodurch ein Heranziehen besonderer Regeln erforderlich werden kann (N. 42 ff.).

II. Finanzhaushalt, Budget und Finanzplan

1. Praktische Bedeutung

- 2 Die Haushalte von Bund, Kantonen und Gemeinden sind volkswirtschaftlich sehr bedeutend. Die Staatsquote, d.h. das Verhältnis der gesamten Staatsausgaben zum Bruttoinlandprodukt (BIP), beträgt in der Schweiz etwa einen Drittel. Finanzbeschlüsse weisen dementsprechend starke Rückwirkungen auf die Gesamtwirtschaft auf.
- 3 Im Jahr 2009 haben Bund, Kantone und Gemeinden 197,9 Mrd. eingenommen und 188,9 Mrd. ausgegeben. Von den Ausgaben entfielen 68,1 Mrd. auf den Bund, 76,6 Mrd. auf die Kantone, 41,8 Mrd. auf die Gemeinden und 53,2 Mrd. auf die in separater Rechnung geführten Sozialversicherungen. Die gesamthaften Schulden betragen 208,6 Mrd. Davon entfallen 110,7 bzw. 54,8 und 43,2 Mrd.

auf die drei entsprechenden Ebenen (alle Beträge sind in Schweizer Franken angegeben, siehe Taschenstatistik der Schweiz, Ausgabe 2011, 41 f.).

Der Staatshaushalt hat in der Schweiz, wie in den meisten demokratischen Staaten, eine wachsende Bedeutung. Die Staatsquote ist laufend angestiegen. Die Erwartungen verschiedenster Interessengruppen an den Staat sind hoch, für eine zunehmende Zahl gesellschaftlicher Probleme wird eine Lösung vom Staat gefordert. Staatsleitung bedeutet hier, die Überforderung des Staates zu vermeiden, damit die wichtigen Aufgaben auf Dauer erfüllt werden können (§ 2 N. 67 ff.). 4

2. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Die Bundesverfassung kennt moderne finanzpolitische Instrumente. Sie enthält eine sogenannte *Ausgabenbremse* (Art. 159 Abs. 3 Bst. b BV): Für grössere Ausgaben wird die Zustimmung der Mehrheit der Mitglieder jeder Parlamentskammer verlangt; dieses qualifizierte Mehr soll das Ausgabeverhalten des Parlaments zügeln. Diese Bestimmung allein erwies sich jedoch als ungenügend, um die verfassungsrechtliche Zielvorgabe, wonach der Haushalt auf Dauer ausgeglichen sein muss (Art. 126 Abs. 1 BV), zu erreichen. Der Verfassungsgeber beschloss deshalb im Jahr 2001, Mechanismen einzuführen, um entstandene Mehrausgaben in den Folgejahren zu kompensieren (Art. 126 BV; sogenannte «*Schuldenbremse*»; vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Nachhaltigkeit und bundesstaatliche Finanzordnung in der Schweiz, in: Wolfgang Kahl [Hrsg.], Nachhaltige Finanzstrukturen im Bundesstaat, Tübingen 2011, 106 ff.). Dieser verfassungsrechtlichen Innovation, die im europäischen Umfeld viel Beachtung findet, dürfte künftig eine erhebliche praktische Bedeutung zukommen. 5

Die Bundesverfassung regelt die wichtigsten Grundsätze des Finanzhaushalts in den Art. 126–135. Dazu zählen die folgenden Elemente: 6

- Wird das Gebot des Haushaltsgleichgewichts gemäss Art. 126 Abs. 1 BV nicht eingehalten (N. 5), so kommt die Schuldenbremse gemäss Art. 126 Abs. 2–5 BV zur Anwendung.
- Die Einnahmen des Bundes werden wegen des Prinzips der Einzelermächtigung bei den Bundeskompetenzen (Art. 42 Abs. 1 BV; vgl. § 12 N. 3) in der Verfassung geregelt (Art. 128–133 BV); die Besteuerung hat besonderen rechtsstaatlichen Anforderungen zu genügen (Art. 127 BV; vgl. § 30 N. 19).
- Die föderalistische Ordnung der Schweiz bedingt Regelungen betreffend die Steuerharmonisierung (Art. 129 BV), den Ausschluss der kantonalen Besteuerung für bestimmte Steuerobjekte (Art. 134 BV) sowie den bundesstaatlichen Finanz- und Lastenausgleich (Art. 135 BV; vgl. § 16 N. 10 ff.).

- 7 Der Gesetzgeber hat die Grundsätze der Haushaltsführung im Finanzhaushaltgesetz (FHG) umgesetzt, wogegen er die Einnahmen mittels verschiedener Steuern, die Steuerharmonisierung sowie den Finanz- und Lastenausgleich in besonderen Bundesgesetzen geregelt hat (z.B. DBG, MWStG, StHG, FiLaG).

3. Handhabung der verfassungsrechtlichen Vorgaben

- 8 Der Grundsatz des Haushaltgleichgewichts ist vom Bundesrat zu beachten, wenn er den Finanzplan erarbeitet, den Voranschlag entwirft und die Staatsrechnung erstellt (Art. 183 Abs. 1 BV). Entsprechendes gilt für die Bundesversammlung, wenn sie den Voranschlag festsetzt, Ausgaben beschliesst und die Staatsrechnung abnimmt (Art. 167 BV). Die Haushaltsführung verlangt ein *Zusammenwirken von Bundesrat und Bundesversammlung*. Die detaillierten Regelungen finden sich im Finanzhaushaltgesetz (N. 11 ff.).
- 9 In ausserordentlichen Situationen können zudem Ausgabenbeschlüsse gefasst werden, die vom normalen Finanzhaushaltsverfahren abweichen (dringliche Krediterteilung, N. 56 f.).
- 10 Bundesrat und Bundesversammlung bedienen sich bei der Handhabung der finanzrechtlichen Verfassungsvorgaben der bundesgesetzlich geschaffenen *Eidge-nössischen Finanzkontrolle* (EFK). Diese ist unabhängig und unterstützt die Bundesversammlung als externes und den Bundesrat als internes Finanzaufsichtsorgan. Wegen dieser doppelten Funktion bedarf die Wahl des Direktors durch den Bundesrat der Genehmigung durch die Bundesversammlung (Art. 2 Abs. 2 FKG).

4. Voranschlag (Budget)

- 11 Der Bundesrat entwirft jährlich bis Ende August den Voranschlag für das nächste Haushaltjahr, das dem Kalenderjahr entspricht (Art. 29 FHG). Der Voranschlag enthält die bewilligten Gesamtausgaben in Form der Aufwände und der Investitionsausgaben sowie die *geschätzten* Gesamteinnahmen in Form der Erträge und der Investitionseinnahmen (Art. 30 Abs. 2 FHG). Die Bundesversammlung hat den Voranschlag festzusetzen (Art. 167 BV).
- 12 Die in Art. 126 Abs. 2–5 BV verankerte «Schuldenbremse» verlangt von Bundesrat und Bundesversammlung, dass sich die im Voranschlag zu bewilligenden Ausgaben – unter Berücksichtigung der Wirtschaftslage – nach den geschätzten Einnahmen richten. Das bedeutet nicht zwingend, dass nur so viel ausgegeben werden darf, wie eingenommen wird. Vielmehr erlaubt ein sog. «Konjunkturfaktor» (Art. 13 FHG) eine Abweichung des Höchstbetrages nach oben oder unten im Verhältnis zu den geschätzten Einnahmen. Besteht ein ausserordentlicher

Zahlungsbedarf, so darf auch dieser Höchstbetrag überschritten werden (Art. 126 Abs. 3 BV; Art. 15 FHG), wenn die absolute Mehrheit beider Räte zustimmt (Art. 159 Abs. 3 Bst. c BV). Die gemäss Staatsrechnung ausgewiesenen Mehrausgaben sind in den Folgejahren zu kompensieren (Art. 126 Abs. 4 BV; Art. 16 ff. FHG).

Der Voranschlag untersteht nicht dem Referendum. Dementsprechend ergeht er 13 in Form des einfachen Bundesbeschlusses (Art. 25 Abs. 2 ParlG).

5. Besondere Ausgabenbeschlüsse

Der Voranschlag weist alle Ausgaben des Bundes im kommenden Jahr auf. Für 14 bestimmte Kreditbegehren muss der Bundesrat der Bundesversammlung eine besondere Botschaft unterbreiten (Art. 23 Abs. 1 FHG; z.B. für Grundstücke und Bauten mit Gesamtausgaben von über 10 Mio. Franken). Darüber hinaus kann der Bundesrat weitere politisch bedeutsame Kreditbegehren mit besonderer Botschaft vorlegen (Art. 23 Abs. 2 FHG). In der Praxis werden etwa grosse Liegenschaftskäufe, Kreditbegehren für Botschaftsbauten im Ausland, militärische Bauten und Beschaffungen oder Kredite für die wissenschaftliche Forschung oder die internationale Entwicklungszusammenarbeit in gesonderten Botschaften des Bundesrates beantragt. Das hat zur Folge, dass die parlamentarische Debatte über den allgemeinen Voranschlag stark an politischer Bedeutung einbüsst. Im Gegensatz dazu wird in ausländischen Staaten mit parlamentarischem Regierungssystem die Budgetdebatte oft für eine politische Abrechnung der Opposition mit der Regierung genutzt, bei der das Ausgabengebaren und damit die gesamte Politik der Regierung kritisiert wird.

Enthält der Voranschlag für eine Ausgabe keinen oder keinen ausreichenden 15 Kredit, hat der Bundesrat dem Parlament einen Antrag auf Gewährung eines *Nachtragskredites* vorzulegen (Art. 33 FHG). Da Kostensteigerungen und Projektänderungen an der Tagesordnung sind, kommt es häufig zu derartigen Nachtragskrediten. Sie dürfen – politisch betrachtet – nicht zu hoch ausfallen, wie das Beispiel der sog. «Mirage-Affäre» zeigt.

Für die 1961 genehmigte Beschaffung der Kampfflugzeuge «Mirage III» im Umfang von 871 16 Mio. Franken beantragte der Bundesrat 1964 einen Nachtragskredit von 576 Mio. Franken. Diese Summe erschien der Öffentlichkeit und dem Parlament als exorbitant hoch, weshalb eine parlamentarische Untersuchungskommission eingesetzt wurde (Bericht der vom Nationalrat und vom Ständerat eingesetzten Kommissionen an die Eidgenössischen Räte über die Abklärung der Mirage-Angelegenheit vom 1. September 1964, BBl 1964 II 273 ff.). Die «Mirage-Affäre» zeigte die Mängel verschiedener Verfahren und Abläufe auf und initiierte zahlreiche Reformvorhaben, darunter auch die Einrichtung der Eidgenössischen Finanzkontrolle (vgl. auch § 18 N. 38).

Ein vom Parlament genehmigter *Verpflichtungskredit* erlaubt es dem Bundesrat, 17 für Vorhaben (Aufwand oder Investitionen), die über das laufende Voranschlags-

jahr hinaus andauern, finanzielle Verpflichtungen einzugehen. Der jährliche Zahlungsbedarf wird in den jeweiligen Voranschlägen eingestellt (Art. 21 Abs. 5 FHG). Es kann sich um umfangreiche Beschaffungsvorhaben handeln, zum Beispiel Rüstungsvorhaben. Während der Laufdauer darf der Bundesrat das Geld bis zum Höchstbetrag ausgeben. Benötigt er mehr Geld, so hat er um einen *Zusatzkredit* nachzusuchen (Art. 27 FHG).

6. Abnahme der Staatsrechnung

- 18 Die Staatsrechnung stellt die gesamten Einnahmen und Ausgaben des abgelaufenen Jahres detailliert dar. Sie erlaubt die Kontrolle, ob die Ausgabenseite des Voranschlags eingehalten worden ist. Abweichungen davon müssen vom Bundesrat begründet werden oder durch genehmigte Nachtrags- und Zusatzkredite gedeckt sein.
- 19 Die Bundesversammlung hat die vom Bundesrat gemäss Art. 183 Abs. 1 BV erstellte Staatsrechnung zu genehmigen (Art. 167 BV). Die Staatsrechnung unterliegt der Revision durch die eidgenössische Finanzkontrolle; die parlamentarische Vorprüfung erfolgt danach durch die Finanzkommissionen von National- und Ständerat (Art. 50 Abs. 1 ParlG; vgl. § 18 N. 45). Nimmt das Parlament die Staatsrechnung ab, so genehmigt es alle darin aufgeführten Ausgabenposten.
- 20 Die Abnahme der Staatsrechnung entlastet den Bundesrat politisch, soweit die Vorgänge in der Rechnung offengelegt sind. Sie hat keinen Einfluss auf eine allfällige zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit der einzelnen Bundesratsmitglieder (vgl. § 19 N. 85 ff.). Die Bedeutung der Staatsrechnung ist gewachsen, seit sie von Verfassungsrechts wegen als Bezugsgrösse bei der Schuldenbremse dient (Art. 126 Abs. 4 BV; vgl. N. 12).

III. Politische Planung

- 21 Die Planung ist ein Instrument, das vornehmlich für die Raumordnung, für den Staatshaushalt sowie für das Programm der Gesetzgebung verwendet wird. Mit der Planung wird für die Zukunft – in unterschiedlichen Graden der Verbindlichkeit – festgelegt, in welche Richtung sich die betreffenden Sachthemen entwickeln sollen. Die *politische Planung* gibt einen Überblick über Gesetzgebungsarbeiten und weitere Massnahmen, die in der betreffenden Wahlperiode initiiert oder weitergeführt werden sollen (sog. Legislaturplanung).
- 22 Gemäss Art. 180 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 RVOG bestimmt der *Bundesrat* die Ziele und Mittel seiner Regierungspolitik und plant die staatlichen Tätigkeiten (§ 19 N. 27). Er ist wegen der umfangreichen Kompetenzen der Bundesversammlung aber auf die Kooperation mit dieser angewiesen (vgl. Art. 163 ff. BV;

§ 18 N. 55). Ferner kann der negative Ausgang einer Volksabstimmung (z.B. Verfassungs- oder Gesetzesreferendum) ein geplantes Vorhaben zum Scheitern bringen. Das ist indessen die Ausnahme, d.h., die prospektiven politischen Leitlinien und die Ziele der Legislaturplanung bleiben absehbar und wichtig. Der Bundesrat hat Leitlinien und Ziele zu Beginn einer neuen Legislatur in einer Botschaft darzulegen und den Entwurf zu einem einfachen, d.h. nicht referendumpflichtigen Bundesbeschluss über die Legislaturplanung beizufügen (Art. 146 Abs. 1 ParlG). Das Parlament entscheidet sodann abschliessend über die politische Planung.

Allerdings ist diese Zuständigkeit nicht unbedingt sinnvoll. 2004 konnte sich das Parlament nicht einigen und es kam wegen des Nichteintretens des Nationalrates zu keinem Entscheid über die Legislaturplanung 2004–2007 («Nullentscheid»; vgl. die Debatte in AB 2004 N 939, 1095 ff.). 23

Der *Bundesbeschluss über die Legislaturplanung* (Beispiel für die Jahre 2007–2011: BBl 24 2008 8543 ff.) nennt die politischen Leitlinien der Legislaturplanung und ordnet jedem politischen Ziel einen Massnahmenkatalog zu. Er listet den Erlass oder die Änderung von Gesetzen, diplomatische Kontakte, den Erlass von Ausgabenbeschlüssen und anderes mehr auf. Der Beschluss hat rein politische Bedeutung; rechtlich können die in Aussicht genommenen Massnahmen nicht erzwungen werden. Die jeweils dafür zuständigen Organe (Bundesrat oder Bundesversammlung) müssen diese in eigenen Verfahren ordnungsgemäss beschliessen. Letztlich will die Legislaturplanung mittels einer Selbstbindung von Bundesrat und Parlament dazu beitragen, die Politik geordneter und vorhersehbarer zu gestalten. Eine gewisse Flexibilität ist aber schon allein deshalb nötig, weil die Behörden auch auf nicht planbare Ereignisse und Entwicklungen rechtzeitig reagieren müssen.

Die vierjährige politische Planung wird auf die Kalenderjahre aufgegliedert. Gemäss Art. 144 Abs. 1 ParlG gibt der Bundesrat in der letzten Session des Jahres die Ziele für das nächste Jahr bekannt. Diese sollen auf die Legislaturplanung abgestimmt sein. In seinem jährlichen Geschäftsbericht legt der Bundesrat Rechenschaft über die Jahresziele und die Legislaturplanung ab. Er hat Abweichungen von der politischen Planung sowie ungeplante Vorhaben zu begründen (Art. 144 Abs. 3 ParlG). 25

Die politische Planung ist verfassungsrechtlich vorgeschrieben. Die faktischen Grundlagen dieser Planung sind freilich nicht in der Verfassung aufgeführt. Eine Grundlage bilden die sog. *Von-Wattenmül-Gespräche* der politischen Parteien, die im so benannten Patrizierhaus in der Stadt Bern stattfinden. In den Gesprächen treffen sich vor den Parlamentssessionen jeweils die im Bundesrat vertretenen politischen Parteien. Die Gespräche nach den Parlamentswahlen sind für die politische Planung besonders bedeutsam, weil sich die Parteien über das Regierungs- und Gesetzgebungsprogramm der nächsten vier Jahre unterhalten und sich auf die Regierungspolitik verständigen. Dabei entsteht eine lockere Absprache der politischen Parteien, welche nicht mit einer Koalitionsvereinbarung in ausländischen politischen Systemen zu vergleichen ist (§ 17 N. 27), aber doch als Grundlage der politischen Zusammenarbeit und damit auch der politischen Planung dienen kann. Allerdings werden diese Gespräche teilweise auch als substanzloses Ritual angesehen. 26

IV. Staatliche Information

1. Allgemeiner Informationsauftrag

- 27 Der Zweck von Information in der Demokratie ist evident: Sie bildet für die Bürgerinnen und Bürger eine Grundlage für die Meinungsbildungs- und politischen Entscheidungsprozesse. In der direkten Demokratie ist dieses Bedürfnis noch ausgeprägter als in der repräsentativen Demokratie. Die aktive Information durch die Regierung ist aber auch ausserhalb von eigentlichen Sachabstimmungen zu einem politischen Instrument der Exekutive geworden. Dies unterstreicht ihre herausragende Bedeutung.
- 28 Die eidgenössische Verwaltung beschäftigt nicht nur den Bundesratssprecher, sondern auch zahlreiche Informationsbeauftragte, die sich der Medienarbeit und zum Teil auch der weiteren Aussen-darstellung von Regierung, Departementen und Bundesämtern annehmen. In der «Mediendemokratie» beruht das Regieren im Wesentlichen auf Information und Darstellung. Die Regierung und die verschiedenen Informationsdienste sind verpflichtet, das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 BV) zu beachten, wenn sie Medienvertreter mit Information versorgen. Sie dürfen gegenüber regierungskritischen Medien nicht zurückhaltender sein.
- 29 Art. 180 Abs. 2 BV und Art. 10 RVOG weisen dem Bundesrat eine umfassende Informationsaufgabe und -verpflichtung zu, soweit nicht öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Der Bundesrat ist verpflichtet zu informieren, d.h., die Information ist die Regel und die Nicht-Information die Ausnahme. Der einstige Grundsatz der Geheimhaltung mit Öffentlichkeitsvorbehalt ist nicht mehr gültig. Stattdessen gilt für die dem Bundesrat zuarbeitende Verwaltung das *allgemeine Öffentlichkeitsprinzip*, das im Jahr 2006 durch das Öffentlichkeitsgesetz (BGÖ) eingeführt wurde.
- 30 Der Bundesrat ist nicht verpflichtet, selber zu informieren. In der Regel delegiert er die Informationsaufgabe an die Verwaltung. Im Jahr 2000 schuf das Parlament mit Art. 10a RVOG die gesetzliche Grundlage für das schon zuvor faktisch bestehende Amt des Bundesratssprechers. Dieser ist ein leitendes Mitglied der Bundeskanzlei im Range eines Vizekanzlers.
- 31 Im Gegensatz zum Bundesrat tagt die Bundesversammlung regelmässig öffentlich (Art. 158 BV); Art. 5 und 48 ParlG verpflichten sie darüber hinaus zur öffentlichen Information über ihre Tätigkeiten. Dies geschieht einerseits durch die Bereitstellung von sogenanntem Presserohstoff und von Infrastruktur, was den Journalisten ihre Tätigkeit erleichtert. Andererseits werden die Voten in den Plenarberatungen von National- und Ständerat protokolliert und im Amtlichen Bulletin der Bundesversammlung im Wortlaut publiziert. Die Kommissionsberatungen sind dagegen vertraulich (Art. 47 ParlG), was die Meinungsbildung und Konsensfindung erleichtern soll (§ 18 N. 75); die Kommissionen sind aber verpflichtet, die Öffentlichkeit über die Ergebnisse der Beratungen zu informieren (Art. 48 ParlG).

In der Regel ist die allgemeine Öffentlichkeit Empfänger der Information. Zwar 32
 mögen Kantone, politische Parteien oder Interessenverbände spezifisch interes-
 siert sein, die Information muss aber an einen unbeschränkten Kreis von Perso-
 nen gehen. Tatsächlich richtet sie sich in erster Linie an Journalisten, die dann mit
 dem «Presserohstoff» über die Massenmedien die Allgemeinheit erreichen. Diese
 von der Verwaltung und ihren Kommunikationsspezialisten erarbeiteten Infor-
 mationen haben eine grosse Bedeutung erlangt, weil die Medien diese Meldungen
 und Nachrichten häufig nur wenig verändert wiedergeben.

Der Informationsauftrag von Regierung und Verwaltung besitzt ein grundrechtliches Gegenstück, 33
 nämlich die in Art. 16 Abs. 3 BV verankerte Informationsfreiheit. Danach hat jede Person das
 Recht, Informationen frei zu empfangen, aus allgemein zugänglichen Quellen zu beschaffen und
 zu verbreiten. Dieses Recht hat vor allem für die Journalisten grosse Bedeutung. Diese werden
 gemäss den Akkreditierungsrichtlinien zu Pressekonferenzen, zum Medienzentrum Bundeshaus
 sowie zum Bundeshaus zugelassen, wo ihnen Arbeitsplätze und weitere Infrastruktur zur Verfü-
 gung gestellt wird (Verordnung vom 30. November 2007 über die Akkreditierung von Medien-
 schaffenden, SR 170.61; vgl. § 34 N. 36 ff. zur Informationsfreiheit).

2. Information vor Abstimmungen

Das Bundesgesetz über die politischen Rechte unterscheidet zwei unterschiedliche 34
 Arten von Information im Vorfeld von Abstimmungen (vgl. § 34 N. 22 ff.
 über den grundrechtlichen Rahmen von Information). Erstens ermächtigt Art.
 10a BPR den Bundesrat, im laufenden Abstimmungskampf neben den Parteien
 und Verbänden in der Öffentlichkeit aufzutreten. Zweitens stellt der Bundes-
 rat die Auffassung der Behörden in den Abstimmungserläuterungen (dem sog.
 «Bundesbüchlein») vor (N. 37 f.). Dieses zweistufige Vorgehen vor Abstimmun-
 gen widerspiegelt die gewachsene Bedeutung der Massenmedien und die damit
 verbundene Gefahr einseitiger Beeinflussung.

Art. 10a BPR bildet die Rechtsgrundlage für Informationskampagnen des Bun- 35
 desrates. Nach dessen Auffassung «haben die Stimmberechtigten einen Anspruch
 darauf, die Sicht der Behörden zu kennen, die sich intensiv mit den Abstim-
 mungsvorlagen befasst haben» (Botschaft des Bundesrates über die Volksinitia-
 tive «Volksouveränität statt Behördenpropaganda» vom 29. Juni 2005, BBl 2005
 4373 ff., 4374). Die Garantie der freien Willensbildung gemäss Art. 34 Abs. 2
 BV gebiete sogar, dass die Regierung in der letzten Phase vor einer Abstimmung
 präsent sei, wodurch den Stimmberechtigten eine freie Willensbildung überhaupt
 ermöglicht werde. Art. 10a Abs. 2 BPR setzt dem bundesrätlichen Wirken im
 Abstimmungskampf mit den *Grundsätzen der Vollständigkeit, der Sachlichkeit, der
 Transparenz und der Verhältnismässigkeit* allerdings gewisse Schranken; überdies hat
 der Bundesrat gemäss Art. 10 Abs. 3 BPR die wichtigsten Auffassungen, die im
 Parlament vertreten wurden, darzulegen (vgl. § 42 N. 65 f.).

- 36 Der Bundesrat hatte sich zum Teil schon vor dem Erlass von Art. 10a BPR in Abstimmungen eingebracht, wenn der Abstimmungskampf besonders heftig und unsachlich zu werden drohte. Namentlich die EWR-Abstimmung vom 6. Dezember 1992 war von einer breiten Informationskampagne der Bundesbehörden begleitet, weil die Vorlage als äusserst komplex und schwer verständlich eingestuft wurde (HANGARTNER/KLEY, N. 2578). Am 2. Dezember 1992 erliess der Bundesrat einen Aufruf an das Schweizervolk für den Beitritt der Schweiz zum Europäischen Wirtschaftsraum (BBl 1992 VI 469 f.).
- 37 In Abstimmungskämpfen kann es zu verzerrenden und unrichtigen Informationen seitens Privater kommen. Die Regierung ist zu einer richtigstellenden Intervention verpflichtet, «wenn die Einflussnahme privater Akteure die Willensbildung der Stimmberechtigten in ganz schwerwiegender Art beeinträchtigt oder geradezu verunmöglicht» (BGer, Urteil 1C_472/2010 vom 20. Januar 2011, in: ZBl 2011, 375 ff., siehe auch § 42 N. 65 f.). Umgekehrt verschafft Art. 10a BPR der Regierung die Möglichkeit, ständig, auch ohne bestehende Gefahr für die freie Willensbildung der Bürger, in Abstimmungskämpfe zu intervenieren. Das ist in einer direkten Demokratie, die auf dem Menschenbild des vernunftbegabten Bürgers beruht, erstaunlich. Auch das Bundesgericht ging stets von diesem Menschenbild aus: «Den Stimmbürgern darf zugetraut werden, zwischen verschiedenen bekundeten Meinungen zu unterscheiden, offensichtliche Übertreibungen als solche zu erkennen und sich aufgrund ihrer eigenen Überzeugung zu entscheiden» (BGE 119 Ia 271, E. 3c; vgl. auch BGE 118 Ia 259, E. 3; HANGARTNER/KLEY, N. 2479).
- 38 Gemäss Art. 11 Abs. 2 BPR wird den Abstimmungsunterlagen «eine kurze, sachliche Erläuterung des Bundesrates beigegeben, die auch den Auffassungen wesentlicher Minderheiten Rechnung trägt». Die Abstimmungserläuterungen müssen somit den Anspruch der Stimmberechtigten auf freie Willensbildung und unverfälschte Stimmabgabe gemäss Art. 34 Abs. 2 BV wahren (vgl. § 42 N. 65 f.). Die Erläuterungen lieferten in der Vergangenheit immer wieder Stoff für Diskussionen, weil sie zum Teil als tendenziös oder als einseitig beurteilt wurden. Tatsächlich heben die bundesrätlichen Erläuterungen den Standpunkt der Behörden stark hervor; sie haben einen deutlich werbenden Charakter. Ferner werden die Abstimmungserläuterungen vom Bundesrat und nicht von der Bundesversammlung verantwortet. Das kann in jenen Fällen zu weiteren Problemen führen, in denen die Auffassungen von Parlament und Regierung zu einer Vorlage wesentlich auseinanderfallen. Der Bundesrat darf, wie Art. 10a Abs. 4 BPR neuerdings ausdrücklich festhält, keine von der Haltung der Bundesversammlung abweichende Abstimmungsempfehlung abgeben (vgl. auch HANGARTNER/KLEY, N. 2580 ff.).
- 39 Die Abstimmungserläuterungen sind ein wichtiges Instrument der bundesrätlichen Staatsleitung, unterliegen allerdings keiner gerichtlichen Kontrolle (vgl. Art. 86 BGG). Die *Diskussion der Erläuterungen in der Öffentlichkeit* trägt wesentlich dazu bei, dass sich der Bundesrat an der erforderlichen Sachlichkeit orientiert.

3. Staatliche Warnungen und Präventionskampagnen

Produkte des täglichen Bedarfs können fehlerhaft und für die Öffentlichkeit gefährlich sein, wie sich im Falle von Lebensmitteln schon mehrfach erwiesen hat. Aus diesem Grund obliegt es gemäss Art. 43 des Lebensmittelgesetzes (LMG) dem Bundesamt, für Gesundheit eine öffentliche Warnung auszusprechen und der Bevölkerung zu empfehlen, wie sie sich verhalten soll. Die Behörden müssen die Beteiligten vorgängig anhören, sofern dies möglich ist. Die Folgen solcher Warnungen sind oft drastisch: Der Konsum der betreffenden Lebensmittel bricht zusammen. Dies kann für die Produzenten und Händler, je nach Lage, eine wirtschaftlich vernichtende Wirkung haben. 40

Zu einer entsprechenden Warnung, die im Anschluss zu einem massiven Konsumrückgang auch bei nicht betroffenen Produkten führte, kam es im Zusammenhang mit der Käseproduktion im Jura, als 1988/1989 im Vacherin Mont d'Or Listeriose-Bakterien auftraten, welche die Gesundheit der Konsumenten gefährdeten und zu Todesfällen führten (vgl. BGE 118 Ib 473). 41

Bei Gefahr einer Epidemie sieht Art. 3 des Epidemiegengesetzes (EpG) eine permanente Information der Öffentlichkeit betreffend gefährliche übertragbare Krankheiten vor. Bei Bedarf unterrichtet das Bundesamt für Gesundheit die Behörden, die Ärzteschaft und die Öffentlichkeit durch weitere Mitteilungen. In jüngerer Zeit haben verschiedene Infektionskrankheiten zu derartigen öffentlichen Informationen geführt, so etwa im Jahr 2009 über die sog. Pandemische Grippe H1N1 («Schweinegrippe»). Auch im Bereich der Kernenergie besteht nach Art. 74 des Kernenergiegesetzes (KEG) eine entsprechende Informationspflicht der Behörden. Sie haben namentlich über «besondere Ereignisse» zu informieren (Art. 74 Abs. 2 KEG). 42

Staatliche Warnungen ergehen nicht als förmliche Rechtsakte (wie zum Beispiel eine Verfügung). Sie können daher gewöhnlich nicht direkt angefochten werden. 43

Der Staat fühlt sich nicht nur für die Warnung vor akuten Gefahren zuständig; vielmehr warnt er zunehmend auch vor bloss denkbaren Gefahren, wie im Fall von sogenannten Präventionskampagnen gegen gefährliche Krankheiten oder gegen gesundheitsschädigendes Verhalten (vgl. § 2 N. 68). Beispiele dafür sind die Präventionskampagne gegen die Immunschwächekrankheit Aids oder die Warnungen vor dem Rauchen (Verordnung des EDI vom 10. Dezember 2007 über kombinierte Warnhinweise auf Tabakprodukten, SR 817.064), die angesichts der möglichen schwerwiegenden Folgen durchaus verständlich sind. «Vorwarnungen» und die Prävention vor verschiedenen Gefahren haben sich zu einer wichtigen Staatstätigkeit ausgewachsen. Der Bund plant ein Präventionsgesetz, das unter anderem den organisatorischen Rahmen für solche Kampagnen schaffen soll (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Prävention und Gesundheitsförderung vom 30. September 2009, BBl 2009 7071 ff.). 44

V. Bewältigung ausserordentlicher Lagen

1. Probleme und Möglichkeiten der Bewältigung

- 45 Die Staatsleitung wird dann auf die Probe gestellt, wenn aufgrund von Krisenlagen unverzüglich gehandelt werden muss, um eine tatsächliche oder vermeintliche ernsthafte und schwere Gefahr abzuwehren. Krisenlagen können etwa eintreten, wenn sich grosse (Natur-)Katastrophen ereignen, eine schwere Wirtschafts- und Finanzkrise eintritt oder wenn ein Krieg in der Nachbarschaft der Schweiz ausbricht.
- 46 Da sich künftige Ereignisse nicht voraussehen lassen und auch heraufziehende Gefahren oft nicht rechtzeitig erkennbar sind, muss unter Umständen ausserhalb des ordentlichen – in der Regel zeitaufwendigen – Verfahrens rasch gehandelt werden können. Diese wichtige Kompetenz und Aufgabe steht Bundesrat und Bundesversammlung zum Teil gemeinsam und zum Teil konkurrierend zu. Verfassung und Gesetzgebung sehen für bestimmte Krisenlagen besondere Verfahren und Grundlagen vor (polizeiliche Generalklausel, vorläufige Ausgabenbeschlüsse, Wahrung aussenpolitischer Interessen, Armeeaufgebot). Im eigentlichen Staatsnotstand reichen diese Möglichkeiten unter Umständen nicht aus (N. 59 ff.).

2. Polizeiliche Generalklausel

- 47 Die *polizeiliche Generalklausel* ist die geschriebene oder ungeschriebene Ermächtigung an die Exekutive (von Gemeinden, Kantonen oder des Bundes), Massnahmen zum Schutz bedrohter Polizeigüter (§ 30 N. 118) zu treffen, um eine schwere und unmittelbare Gefahr abzuwenden oder eine bereits erfolgte schwere Störung zu beseitigen. Sie setzt zeitliche und sachliche Dringlichkeit voraus. Zudem darf die polizeiliche Generalklausel nur angerufen werden, wenn sich die Massnahmen *nicht* auf spezielle gesetzliche Grundlagen stützen lassen (Subsidiarität) und wenn die Notwendigkeit ihrer Anordnung nicht vorhersehbar war.
- 48 Ein Teil der Lehre verlangt mit beachtlichen Gründen, dass die polizeiliche Generalklausel nur für den Schutz besonders hochwertiger, fundamentaler Rechtsgüter herangezogen werden darf, möchte aber auf das – im Verfassungstext nicht verankerte – Erfordernis der Vorhersehbarkeit verzichten (MARKUS MÜLLER/CHRISTOPH JENNI, Die polizeiliche Generalklausel, Ein Institut mit Reformbedarf, in: Sicherheit & Recht 2008, 12 ff.).
- 49 Im Bund ist die polizeiliche Generalklausel in Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV für die Einschränkung von Grundrechten verankert (§ 30 N. 110 ff.). Die polizeiliche Generalklausel ersetzt im Falle einer ernsten, unmittelbaren und nicht anders ab-

wendbaren Gefahr für Polizeigüter die ausdrückliche Rechtsgrundlage (vgl. BGE 103 Ia 310 [Pra 1977 Nr. 250]).

Art. 173 Abs. 1 Bst. c und 185 Abs. 3 BV räumen der Bundesversammlung und dem Bundesrat sodann die konkurrierende Zuständigkeit ein, entsprechend zu handeln, wenn ausserordentliche Umstände eingetreten sind (Bundesrat, Botsch. BV, BBl 1997 I 418 f.). Laut Art. 185 Abs. 3 BV muss eine *schwere Störung der öffentlichen Ordnung und der inneren oder äusseren Sicherheit* eingetreten sein oder unmittelbar drohen. Die zuständigen Behörden des Bundes können die erforderlichen Massnahmen, wie Art. 173 Abs. 1 Bst. c und 185 Abs. 3 BV klarstellen, entweder in Form eines Einzelaktes (sog. Polizeinotverfügung) oder einer generell-abstrakten Regelung (sog. Polizeinotverordnung) treffen. 50

Die auf die polizeiliche Generalklausel gestützten Massnahmen müssen – nicht zuletzt auch in zeitlicher Hinsicht – verhältnismässig sein und die Grundrechte wahren (vgl. BGE 122 IV 258; *BLAGGINI*, Komm. BV, Art. 185, N. 10, m.w.H.). Art. 185 Abs. 3 BV verlangt denn auch ausdrücklich, dass Verordnungen, die sich auf diese Bestimmung stützen, *befristet* werden müssen. Sind die getroffenen Massnahmen für lange Zeit notwendig, so müssen sie, sobald dies möglich ist, ins ordentliche Recht überführt werden. 51

Die vom Bundesrat am 7. November 2001 gestützt auf Art. 185 Abs. 3 (und 184 Abs. 3) BV erlassene Verordnung über das Verbot der Gruppierung «Al-Qaida» und verwandter Organisationen (SR 122) galt ursprünglich bis zum 31. Dezember 2003; sie wurde seither dreimal verlängert, zuletzt bis zum 31. Dezember 2011 (vgl. Art. 5 Abs. 4 der Verordnung). Mit diesem fragwürdigen Vorgehen wird die verfassungsrechtlich verlangte Befristung letztlich ad absurdum geführt. Der Bundesrat schlägt jetzt die Umwandlung in eine Verordnung der Bundesversammlung im Sinne von Art. 173 Abs. 1 Bst. c BV vor (Botschaft vom 18. Mai 2011, BBl 2011 4495). Mit einer am 1. Mai 2011 in Kraft getretenen Änderung des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes hat der Bundesgesetzgeber inzwischen Fristen gesetzt, welche die maximale Geltungsdauer für künftige selbständige Verordnungen des Bundesrats begrenzen (vgl. Art. 7c und 7d RVOG). Der Bundesrat hat somit dafür zu sorgen, dass die selbständigen Verordnungen durch förmliche Gesetze oder durch selbständige Verordnungen der Bundesversammlung abgelöst werden (vgl. Parlamentarische Initiative, Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen, Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 5. Februar 2010, BBl 2010, 1563 ff., 1577 f.). 52

3. Massnahmen der ausserpolitischen Interessenwahrung

Art. 185 Abs. 1 BV gibt dem Bundesrat unter anderem die Befugnis, Massnahmen zur Wahrung der Unabhängigkeit und der Neutralität der Schweiz zu treffen. Zudem kann der Bundesrat gestützt auf Art. 184 BV Massnahmen ergreifen, wenn die Wahrung der Interessen des Landes es erfordert. Hier geht es nicht um die Polizeigüter und auch nicht um die innere oder äussere Sicherheit, sondern vielmehr um eine offene Klausel, welche die ausserpolitische Interessenwahrung 53

regelt. Auch die Bundesversammlung besitzt diesbezüglich eine ähnliche, aber nicht die gleiche Kompetenz (Art. 173 Abs. 1 Bst. a BV). Die selbständigen Verordnungen des Bundesrates fallen dahin, wenn die Bundesversammlung eine entsprechende Massnahme setzt (vgl. § 18 N. 54; § 19 N. 49 f.).

- 54 Im Unterschied zu den polizeilich motivierten Verordnungen (N. 50) sind die Voraussetzungen für diese Massnahmen der aussenpolitischen Interessenwahrung weniger streng und ausgesprochen offen formuliert. Das liegt daran, dass der Bundesrat in der Aussenpolitik über umfassendere Kompetenzen verfügt als bei der Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit (Art. 184 Abs. 1 BV). Vor allem lassen sich aber aussenpolitische Gefahrenlagen in viel geringerem Mass generell-abstrakt regeln, weshalb die Regierung bei gegebener Lage frei handeln können muss. Art. 184 Abs. 3 BV sieht dafür die Handlungsformen der Verordnung und der Verfügung vor.
- 55 Auf Art. 184 Abs. 3 BV berief sich der Bundesrat etwa beim Erlass der Verordnung über Massnahmen gegen die Gruppierung «Al-Qaïda» und verwandte Organisationen, vom 7. November 2001 (AS 2001 3040) und der Verordnung über die Rekapitalisierung der UBS AG vom 15. Oktober 2008 (AS 2008 4741; vgl. dazu Parlamentarische Initiative, Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen, Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 5. Februar 2010, BBl 2010 1563 ff., 1570).

4. Dringliche Krediterteilungen

- 56 Eine Krisenlage kann es auch erfordern, dass zur Lösung eines schwerwiegenden Problems sofort Finanzmittel bereitgestellt werden. Es kann nicht zugewartet werden, bis ein Nachtragskredit beantragt und bewilligt ist oder der Bundesrat die Botschaft zu einem besonderen Kreditbeschluss verfasst und das Parlament diesen gutgeheissen hat (N. 14 ff.). In solchen Fällen sehen Art. 28 und 34 FHG ein besonderes *finanzielles Dringlichkeitsverfahren* vor, in welchem der Bundesrat und die Finanzdelegation, d.h. eine gemeinsame Kommission beider Räte (§ 18 N. 45, 74), eine zentrale Rolle spielen. Die Dringlichkeit ergibt sich in zeitlicher Hinsicht, nicht aber allein durch sachliche Wichtigkeit.
- 57 Wenn die Ausführung eines Vorhabens bzw. die Tätigkeit einer Ausgabe keinen Aufschub erträgt, so kann der Bundesrat auch ohne vorherige Kreditbewilligung durch die Bundesversammlung tätig werden; er muss, von bestimmten Ausnahmen abgesehen, vorgängig die Zustimmung der Finanzdelegation einholen (Art. 28 Abs. 1 und Art. 34 Abs. 3 FHG in der seit 1. Mai 2011 geltenden Fassung). Das Gesetz sieht keine Delegation der Ausgabenkompetenzen an den Bundesrat oder an die Finanzdelegation vor. Die Ausgabe muss vielmehr in jedem Fall dem Parlament nachträglich zur Genehmigung vorgelegt werden.
- 58 Der Bundesrat sah die Dringlichkeit als gegeben an, als die nationale Fluggesellschaft Swissair 2001 finanziell zusammenbrach (Bericht der Finanzdelegation an die Finanzkommissionen des

Ständerates und der Nationalrates betreffend die Oberaufsicht über die Bundesfinanzen im Jahre 2001 vom 26. Februar 2002, BBl 2002 4547 ff., insb. 4568 ff.) und als der Grossbank UBS im Jahr 2008 die Illiquidität drohte (AS 2008 4741). Die Anrufung des finanziellen Dringlichkeitsrechts hinterlässt regelmässig politisches Unbehagen (vgl. GPK-N/S, UBS-Bericht, BBl 2011 3099 ff.). Dem nicht ständig tagenden Parlament (§ 18 N. 65) blieb in der Vergangenheit faktisch kaum eine andere Möglichkeit, als das Vorgehen der Regierung nachträglich gutzuheissen. Die per 1. Mai 2011 geänderten Verfahrensvorschriften sehen nun vor, dass die Bundesversammlung, falls dies verlangt wird, rasch zu einer ausserordentlichen Session zusammentritt, wenn es um Beträge von mehr als 500 Mio. Franken geht (Art. 28 Abs. 3 und Art. 34 Abs. 4 FHG; AS 2011 1381 ff.).

5. Extrakonstitutionelles Staatsnotrecht, Armeeaufgebot

Extrakonstitutionelles Staatsnotrecht ist, wie es der Name ausdrückt, nicht in 59 der Verfassung geregelt. Es dient der Bewältigung von Notsituationen, die sehr schwer vorhersehbar und damit kaum regelbar sind. Die Anrufung kann nur im Fall von allergrösstem Staatsnotstand in Betracht kommen, in dem die Existenz des Landes in Frage steht (so etwa im Fall der beiden Weltkriege oder grosser Katastrophen; vgl. § 7 N. 52 ff. und § 22 N. 42 ff.).

Nach schweizerischem Verständnis handelt es sich beim extrakonstitutionellen 60 Staatsnotrecht um die ungeschriebene Befugnis der Bundesversammlung, in einem sog. *Vollmachtenbeschluss* die Zuständigkeiten der Bundesversammlung (und auch des Stimmvolkes) im Bereich der Gesetzgebung und der Ausgabengenehmigung auf den Bundesrat zu übertragen. Dieser kann damit ohne vorgängige parlamentarische Genehmigung beliebige Rechtssätze erlassen und Ausgaben in beliebiger Höhe tätigen, um den Staatsnotstand zu beheben. Die vom Bundesrat gesetzten Verordnungen befinden sich im Stufenbau des Rechts auf Gesetzesstufe. Der Vollmachtenbeschluss schiebt die geltende Bundesverfassung temporär beiseite und errichtet – so die liberalen und demokratischen Kritiker in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts – eine vom Bundesrat ausgeübte *kollegiale Diktatur*, eventuell mit gewissen nachträglichen Kontrollrechten des Parlaments. Das Bundesgericht erachtete 2000 das sog. «Vollmachtenregime» des Zweiten Weltkrieges für rechtmässig (BGE 126 II 145, E. 4c cc; vgl. KLEY, Verfassungsgeschichte, 282 ff.).

Im Fall des Krieges oder im Fall von Bedrohung kommt es zum *Aktivdienst der 61 Armee*, wobei deren Aufgebot in der Verfassung geordnet ist. Die Bundesversammlung bietet die Truppen auf (Art. 173 Abs. 1 Bst. d BV, Art. 76 ff. MG). Ist die Massnahme dringlich, so kann zunächst der Bundesrat die Truppen aufbieten, aber er muss unverzüglich die Bundesversammlung einberufen, wenn mehr als 4'000 Armeeinghörige mobilisiert werden oder wenn der Einsatz länger als drei Wochen dauern soll (Art. 185 Abs. 4 BV, Art. 77 Abs. 3 MG). Seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges ist es nicht mehr zu einem Aktivdienst der Armee gekommen.

- 62 In Friedenszeiten ist im Rahmen des gesetzlich geregelten Assistenzdienstes der Armee (Art. 67 ff. MG) eine Unterstützung der zivilen Behörden möglich. Die Zuständigkeiten von Bundesversammlung und Bundesrat sind in Art. 70 MG geregelt. Die Bundesversammlung entscheidet mit einfachem Bundesbeschluss. In der jüngsten Vergangenheit hatte der Bundesrat mehrfach ein Truppenaufgebot für das Weltwirtschaftsforum (WEF) in Davos beantragt. Die Bundesversammlung genehmigte diese Einsätze jeweils (vgl. z.B. Bundesbeschluss über den Einsatz der Armee im Assistenzdienst zur Unterstützung des Kantons Graubünden bei den Sicherheitsmassnahmen im Rahmen der Jahrestreffen des World Economic Forum 2010–2012 in Davos und weitere Sicherheitsmassnahmen vom 7. September 2009, BBl 2009 6831 f.).