

Zur Rolle der Wissenschaftler bei der Entstehung der Verfassungsentwürfe 1977 und 1996

Luzius Wildhaber | *Untersucht wird die Rolle der Wissenschaft und der Doktrin bei der Ausarbeitung der Verfassungsentwürfe 1977 und 1996 zur Totalrevision der Bundesverfassung. Spuren der Doktrin sind am ehesten bei der Gewährleistung der Grundrechte nachzuweisen. Weiter wird die Rolle der Wissenschaftler auch bei dem verwendeten Verfassungsbegriff, der Souveränität der Kantone und der Einheitsinitiative geprüft. Verglichen mit den Arbeiten der Furgler-Kommission 1974–1977 hielt sich die Mitwirkung des Beirats 1994–1996 weit mehr im Rahmen üblicher Expertentätigkeit.*

Inhaltsübersicht

- 1 Einleitung
- 2 Die Rolle der Wissenschaftler, der Experten und der Verwaltung bei der Ausarbeitung der Verfassungsentwürfe 1977 und 1996
 - 2.1 Die Furgler-Kommission (1974–1977) und der Verfassungsentwurf 1977
 - 2.2 Der Beirat (1994–1996) und der Verfassungsentwurf 1996
- 3 Einzelne Beispiele
 - 3.1 Verfassungsbegriff
 - 3.2 Grundrechtslehren
 - 3.3 Die Einheitsinitiative
 - 3.4 Souveränität der Kantone

1 Einleitung

Wenn man sich äussern sollte zur Rolle der Wissenschaftler und der Doktrin bei der Erarbeitung der Verfassungsentwürfe 1977 und 1996, so wäre es vorteilhaft, man hätte sich damals Notizen über den Ablauf der Geschehnisse machen können. Das war mir aber nicht möglich. Es war eine schöne, hektische, ausgefüllte Zeit. Die Musse für Tagebücher und Meditation fehlte. Obwohl mir die Jahre 1974–1977 in der Erinnerung präsenter sind als 1994–1996, kann ich längst nicht mehr alle Details abrufen.

2 Die Rolle der Wissenschaftler, der Experten und der Verwaltung bei der Ausarbeitung der Verfassungsentwürfe 1977 und 1996

2.1 Die Furgler-Kommission (1974–77) und der Verfassungsentwurf 1977

Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) beantragte dem Bundesrat am 25. Februar 1974 die Ernennung einer *Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung*. Mit Verfügung vom 8. Mai 1974 setzte das EJPD eine 46-köpfige Kommission (nach dem damaligen Vorsteher des EJPD, Bundesrat Kurt Furgler, häufig *Furgler-Kommission* genannt) ein. Soweit ich es beurteilen kann, lag die Auswahl der Kommissionsmit-

gliedert weitgehend in den Händen von Bundesrat Furgler und seinen Beratern.

Das EJPD hatte im Antrag vom 25. Februar 1974 den Bundesrat über Geschlecht, Alter, Sprache, Parteizugehörigkeit, Heimat- und Wohnsitzkanton der Kommissionsmitglieder orientiert, nicht jedoch darüber, ob es sich um Wissenschaftler oder Vertreter der Doktrin handelte. Dennoch spielten die Wissenschaftler eine erhebliche Rolle in den Arbeiten der *Furgler-Kommission*, während Verbandsvertreter weitgehend fehlten. Bei den Staatsrechtslehrern war nicht nur die ältere Generation vertreten (Kurt Eichenberger, Jean-François Aubert, Fritz Gygi), sondern auch die jüngere (Charles-Albert Morand, Peter Saladin, Jorg Paul Müller, Thomas Fleiner und ich), sowie künftige Professoren (Gerhard Schmid, Jean-Daniel Delley) und Mitglieder mit wissenschaftlichen Doppelrollen (Otto K. Kaufmann, Hans Schmid, Willi Geiger). Dazu gab es Professoren der Wirtschaftswissenschaften (Hans-Christoph Binswanger, Wilhelm Hill, Hans Würigler), der Politologie (Leonhard Neidhart), den Allrounder Gilles Petitpierre sowie den Hofpoeten Adolf Muschg, den Autor der Präambel¹.

Die vom leitenden Ausschuss aufgrund der Vorarbeiten verfassten drei Verfassungsentwürfe, die an der Universität Basel erarbeitete «Kern-Verfassung» und die von der Expertenkommission vergebenen Forschungsaufträge spielten m. E. allesamt keine entscheidende Rolle beim Entstehen des Verfassungsentwurfes 1977². Dieser entstand primär aus den intensiven Arbeiten und Diskussionen der Sub-Kommissionen und des Plenums sowie des Sekretariats der *Furgler-Kommission*. Weitaus die meisten Kommissionsmitglieder waren in ihren Gebieten Experten, sodass es sicher unrichtig wäre, den Verfassungsentwurf 1977 als Elaborat von Wissenschaftlern oder gar einer homogenen Doktrin aufzufassen. Gewiss waren zahlreiche Professoren mitbeteiligt³, aber der Verfassungsentwurf war – mit allen seinen Vor- und Nachteilen – ein Gesamtprodukt der Gruppe. Beim Nachdenken darüber, wo ich wirklich selbst einen Artikel formuliert habe, fällt mir vor allem derjenige ein, für den ich schon im Plenum der Kommission plädiert hatte: Artikel 9 Absatz 3 VE über die Gleichberechtigung von Mann und Frau.

Die Rolle der Verwaltung war in der *Furgler-Kommission* weniger dominant als sonst üblich. Auch in dieser Hinsicht war der Verfassungsentwurf 1977 ein Gesamtprodukt der Gruppe.

2.2 Der Beirat (1994–1996) und der Verfassungsentwurf 1996

Die Tätigkeit im Beirat in den Jahren 1994–1996 lässt sich im Rückblick weitaus mehr mit «normaler Expertentätigkeit» vergleichen. Juristische Experten tragen die politische Verantwortung nicht. Sie arbeiten im Rahmen eines vorgegebenen,

beschränkten Auftrags, können sich erforderlichenfalls auf sachkundige Vorarbeiten der Verwaltung stützen und werden nur im Rahmen ihres Auftrags um Kreativität und Innovationsfreudigkeit ersucht. Wenn Heinrich Koller (mit einem Lächeln auf den Lippen) die *Furgler-Kommission* als «visionäre Arbeitsgruppe» beschrieb, so war dies eben ein Teil ihres Auftrags⁴; insofern war ihr Auftrag aussergewöhnlich. Der Beirat befand sich in einer anderen Lage. Sein Stichwort war Nachführung, nicht Vision. Dies ist deskriptiv und nicht abschätzig gemeint. Meiner Überzeugung nach schliesst auch reine Nachführung die Möglichkeit des Wandels nicht aus. Allein schon die Tatsache von neuen Formulierungen schafft neue Auslegungspotenzialitäten. Die Nostalgiker wollen freilich die gelebte Verfassungswirklichkeit gar nicht unbedingt sehen. Deswegen habe ich damals leicht spöttisch geschrieben, für sie habe der Status quo revolutionären Charakter. Aber Rechtsnormen sind verwoben mit einem ständig im Fluss befindlichen gesellschaftlichen, sozialen, wirtschaftlichen, ökologischen und technologischen Wandel. Auch nachgeführte Verfassungsnormen sind diesem Wandel ausgesetzt und können (und sollen) nicht auf lange Zeit reine Nachführung bleiben. Denn, wie René Rhinow schreibt, «(j)ede Veränderung des Verfassungstextes stellt [...] einen Akt politischer Wertung dar» (Rhinow 2000, 18, vgl. auch Huber 1971).

3 Einzelne Beispiele

3.1 Verfassungsbegriff

Die Doktrin des Staatsrechts scheint besonders befähigt, zu umschreiben, welcher Verfassungsbegriff der Totalrevision der Bundesverfassung zugrunde gelegt werden solle. Aber Recht und Politik (und auch die Rolle der Doktrin) waren und sind dabei nur schwer auseinanderzuhalten. Der Bundesbeschluss vom 3. Juni 1987 über die Totalrevision der Bundesverfassung sah vor, der vom Bundesrat vorzulegende Entwurf solle «das geltende geschriebene und ungeschriebene Verfassungsrecht nachführen, es verständlich darstellen, systematisch ordnen sowie Dichte und Sprache vereinheitlichen» (BBI 1987/11 963). Der Begriff der «Nachführung» war bekanntlich von Kurt Eichenberger geprägt worden (Eichenberger 1986). Eichenberger hatte keinen in der Doktrin bekannten und bewährten Begriff verwendet, sondern er hatte der Politik und dem Zeitgeist zugeeignet und mit der «Nachführung» eine Leitvorstellung geschaffen, die zentral wurde für den Erfolg des Unterfangens der Totalrevision⁵. Allerdings war mit «Nachführung» keine neue Begrifflichkeit in die Welt gesetzt. Auszugehen war vielmehr von der bestehenden, vielfach ergänzten, komplizierten, pragmatischen und uneinheitlichen Verfassung. In der neuen, nachgeführten Verfassung sollte man seine vertraute Welt in neuem Kleid wieder erkennen.

In den Arbeiten der *Furgler-Kommission* aus den Jahren 1974–1977 fanden sich durchaus schon Elemente einer Nachführung *avant la lettre*, wenn etwa von «vermehrte(r) Kohärenz und innere(r) Geschlossenheit nach Inhalt, Wortwahl und Form»⁶ die Rede war. Gefordert wurde indes auch «Konzentration auf das Wesentliche, Ausscheidung des Nebensächlichen, Herabstufung des Zweitrangigen auf die Gesetzesebene»⁷, und darin lag schon mehr Veränderung, als vielen Kommissionsmitgliedern damals wohl bewusst war. Die neue Bundesverfassung verlangt für wichtige rechtsetzende Bestimmungen die Gesetzesform (BV 18.4.1999, Art. 164 Abs. 1). Nach dem Willen der *Furgler-Kommission* hätten nur noch «qualifiziert wichtige» Regeln Eingang in die Verfassung finden sollen. Das erwies sich als politischer Fehltritt, der im Verfassungsentwurf 1996 prompt korrigiert wurde. Aus ihm verschwand nur das Absinthverbot, aber Sport, Wald, Wanderwege, alpenüberquerender Transitverkehr, Verbrauchssteuern auf Treibstoffen, Messwesen und Opferhilfe verblieben (VE 1996, Art. 82, 61, 72, 68, 70, 116, 115). Auch inhaltliche Neuerungen gehörten zum Verfassungsentwurf 1977 der *Furgler-Kommission*. Anhand von vier Beispielen untersuche ich im Folgenden, ob und wie weit diese Neuerungen der Doktrin zuzuschreiben sind.

3.2 Grundrechtslehren

Der Einfluss der Doktrin bei der Formulierung der Kapitel «Grundsätze staatlichen Handelns» und «Grundrechte» im Verfassungsentwurf 1977 war vermutlich grösser als in anderen Bereichen. Indessen zeichneten die damaligen Vorschläge grösstenteils bloss Entwicklungen nach, die durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) vorgegeben waren⁸. Demgemäss waren diese Vorschläge über weite Strecken wenig kontrovers und fanden in den 1990er-Jahren unkomplizierten Eingang in die neue Bundesverfassung. Zudem waren sich die Vertreter der Wissenschaft meist einig über die (vor allem von Jörg Paul Müller und Peter Saladin angeregten) Neuformulierungen z. B. der Schranken der Grundrechte, der Unantastbarkeit des Kerngehalts, der Verwirklichung der Grundrechte in der ganzen Gesetzgebung, der Wirkung der Grundrechte unter Privaten, des Willkürverbots und des Verhältnismässigkeitsprinzips (VE 1977, Art. 23–25, 5). Alle die hier genannten Gewährleistungen sind übrigens im Wortlaut der EMRK noch nicht zu finden. Der neuen Bundesverfassung gelang es, gewisse Grundsätze besser zu fassen (etwa BV 18.4.1999, Art. 36), doch konnte sie zu grossen Teilen auf dem Verfassungsentwurf 1977 aufbauen.

Der Verfassungsentwurf 1977 fasste grosse Bereiche der staatlichen Sozialmassnahmen unter dem Stichwort «Sozialrechte» zusammen. Sie folgte dabei der in der Doktrin von Jörg Paul Müller vertretenen Ansicht, dass eine individu-

alrechtliche Formulierung sozialer Grundrechte bloss vernebelnd wirke⁹. Auch diese Sichtweise wurde in der neuen Bundesverfassung übernommen und durch die Formulierung, dass es sich um «Sozialziele» handle, noch zusätzlich verdeutlicht (BV 18.4.1999, Art. 41).

3.3 Die Einheitsinitiative

Der Verfassungsentwurf 1977 schlug im Bereich der Volksrechte eine sogenannte Einheitsinitiative vor. Zu meinem grossen Bedauern kann ich die Erfinder dieser Idee nicht mehr angeben. Als Ausfluss der seinerzeitigen Doktrin kann man die Einheitsinitiative ohnehin nicht kennzeichnen, weil ein derartiges Volksrecht zwar im Kanton Glarus bestand, in der wissenschaftlichen Literatur aber zuvor kaum beschrieben, geschweige denn gefordert worden war¹⁰.

Bei der Einheitsinitiative hätte ein Initiativbegehren in Richtlinien oder in einem ausgearbeiteten Entwurf bestehen können. Die Bundesversammlung hätte entschieden, ob die Verfassungs- oder die Gesetzesform angebracht sei. Sie hätte auch Änderungen vornehmen können, solange der Wille der Initianten nicht verfälscht worden wäre.

Bekanntlich ist die Idee der Einheitsinitiative nicht eingegangen in die neue Bundesverfassung. Bernhard Ehrenzeller und Roger Nobs meinen, die «immer wieder heraufbeschworene ›Verunstaltung der Verfassung›» sei ein Scheinproblem, beruhend auf einem «allzu akademische(n) Verfassungspfektionismus»¹¹. Mit der Weisheit des Rückblicks und im Besitz neuerer Statistiken lässt sich dies durchaus sagen. Nur haben sich damals die Mehrheit der *Furgler-Kommission* (und nicht bloss die Vertreter der Doktrin) von den Versuchungen der Einheitsinitiative verführen lassen. Ich würde daher den «Verfassungspfektionismus» eher dem damaligen, vielleicht überoptimistischen und vielleicht naiven Zeitgeist zuschreiben. Gerade einige Verfassungsinitiativen aus jüngster Zeit werfen zudem ungelöste Probleme der Kohärenz der Gesamtrechtsordnung auf, die weit über eine blossе Verfassungsästhetik hinausgehen.

3.4 Souveränität der Kantone

Die Bundesverfassung spricht nach wie vor von Kantonen, die souverän seien, «soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt» sei (BV 18.4.1999, Art. 3). Die *Furgler-Kommission* hingegen bezeichnete die Kantone als selbstständig und substantiell eigenständig¹². Politisch war das wohl ein Fehler: Die Kantone sind, was sie sind, ob man sie nun souverän oder substantiell eigenständig nennt. Von der Doktrin her gesehen sind freilich bundesstaatliche Gliedstaaten, welche mit dem Vorrang des Bundesrechts und den Beschränkungen durch die Bundesverfassung leben müssen, nicht souverän zu nennen, es sei

denn, wir wollten auf einem helvetisch-autonomen Verständnis einer speziellen Souveränität beharren. Eine solche Vorstellung besteht gerade zu dieser Frage offenkundig in gewissen Kreisen. Sie beruft sich gerne auf ein Zitat von Gottfried Keller von 1864¹³: «Uns scheinen jene Verfassungen die schönsten zu sein, in welchen ohne Rücksicht auf Stil und Symmetrie ein *Concretum*, ein errungenes Recht neben dem andern liegt, wie die harten, glänzenden Körner im Granit und welche zugleich die klarste Geschichte ihrer selbst sind».

Luzius Wildhaber, Dr. iur., LL.M., J.S.D., Dres. h.c., emer. Prof. Univ. Basel, früherer Präsident des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, E-Mail: Luzius.Wildhaber@unibas.ch

Anmerkungen

- 1 Die Mitglieder der Expertenkommission stimmten darüber ab, was in die Präambel hineingehöre, worauf Muschg die Präambel formulierte.
- 2 Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, 1977, S. 4–5 sowie Fn. 6 auf S. 196.
- 3 Prof. W. Hill sprach z. B. vor dem Plenum über staatliche Planungstätigkeit, Prof. G. Schmid über die Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit.
- 4 Im Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, 1977, S. 15–16, findet sich eine zusammenfassende Darstellung von Bundesrat Furglers Sicht der Dinge.
- 5 Siehe den Titel in NZZ Nr. 127, 4.6.1987, S. 25: «Auch der Nationalrat für eine Totalrevision der Bundesverfassung. Gegner und Maximalisten deutlich unterlegen».
- 6 Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, 1977, S. 16.
- 7 Ibid.
- 8 Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, 1977, S. 30–33.
- 9 VE 1977, Art. 26; Jörg Paul Müller, Soziale Grundrechte in der Verfassung?, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 92, 1973 11, S. 708–12; vgl. auch Luzius Wildhaber, Soziale Grundrechte, in: L. Wildhaber, Wechselspiel zwischen innen und aussen, 1996, S. 482–503 (Erstveröffentlichung 1972).

- 10 Vgl. VE 1977, Art. 64–66; Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung 1977, 142–47; BV 18.4.1999, Art. 139.
- 11 Bernhard Ehrenzeller/Roger Nobs, in: Die Schweiz. BV, Kommentar, 2. A. 2008, Art. 139a, Rz. 13, S. 2198.
- 12 VE 1977, Art. 53; Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, 1977, S. 93.
- 13 Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, 1977, S. 6–7.

Literaturverzeichnis

- Eichenberger, Kurt, 1986, Realitätsgebundene Verfassungsrevision, *Neue Zürcher Zeitung*, vom 12. Mai 1986, S. 19.
- Huber, Hans, 1971, Der Formenreichtum der Verfassung und seine Bedeutung für ihre Auslegung, *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, 107, S. 172–196.
- Rhinow, René, 2000, Die Bundesverfassung 2000. Eine Einführung, Basel, Helbing & Lichtenhahn.

Résumé

Les l'objet de cette étude est le rôle joué par les différents experts et par les spécialistes de la doctrine lors des projets de révision totale de la Constitution fédérale en 1977 et 1996. Les traces de doctrine sont le plus perceptible au niveau de la garantie des droits fondamentaux. L'influence des experts académiques se retrouve aussi dans la définition même de la constitution, aussi bien que dans les dispositions sur la souveraineté des cantons ou l'initiative de type unique. Par rapport à la commission Furgler, en place de 1974 à 1977, le comité actif de 1994 à 1996 restait beaucoup plus dans le cadre d'un groupe d'experts traditionnel.