

NEUERE SCHWEIZERISCHE VERFASSUNGSGESCHICHTE

Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen
seit 1848

Von Alfred Kölz
Professor an der Universität Zürich



Stämpfli Verlag AG Bern • 2004

Ehebewilligungen gemäss dem Bundesgesetz über gemischte Ehen, das wirtschaftlich begründete Eheverbote zuliess. Der Bundesrat konnte gegen solche Verweigerungen oft nichts unternehmen, obwohl nach seinem Dafürhalten häufig nicht wirtschaftliche Motive, sondern die Verschiedenheit der Konfession der wahre Grund der Verweigerung war.³²

3. Staatsrechtliche Zuständigkeit des Bundesgerichts

Noch im Jahre 1870 stellte der Bundesrat zur Frage, ob und welche staatsrechtlichen Streitigkeiten neu dem Bundesgericht zu übertragen seien, fest: «Es wird wohl jedermann damit einverstanden sein, dass bei der endlichen Ausscheidung der Gebiete keine Materien dem Bundesgericht übergeben werden, in welchen die Rechtsverhältnisse noch schwankend sind; denn es gehört ja nicht zu den Funktionen des Richters, das Recht zu machen, sondern er hat das gegebene Recht nur anzuwenden.»³³ Diese Aussage widerspiegelt die im Jahre 1848 noch herrschende Auffassung, wonach der dritten – rechtsprechenden – Gewalt insbesondere im öffentlichen Recht nur eine eng beschränkte Rolle zukommen soll. Diese – demokratisch motivierte – Zurücksetzung der Judikative entsprach sowohl den Grundsätzen der Französischen Revolution als auch der Organisation der Landsgemeindekantone. Aus der genannten Aussage lässt sich auch der aufkommende Rechtspositivismus herauslesen, der in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts gegenüber dem Naturrecht stetig an Boden gewann.

Doch die bundesrätliche Aussage war in den Augen vieler bereits 1870 überholt, wie die Stellungnahmen zugunsten eines ständigen und unabhängigen Gerichtes im Rahmen der Verfassungsrevision von 1872/74 zeigten. Die totalrevidierte Verfassung sah nun ein solches Bundesgericht vor, unter anderem mit der Befugnis, Beschwerden betreffend die Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger zu beurteilen.³⁴ Welche verfassungsmässigen Rechte damit gemeint waren, liess man offen, denn Bundesrat und Bundesversammlung wollten bei den politisch sensiblen Rechten diesen Machthebel keinesfalls in die Hand eines Gerichtes legen, war doch der Fall Dupré noch in Erinnerung! Das Organisationsgesetz von 1874 beliess demgemäss Beschwerden betreffend die Rechte der in anderen Kantonen niedergelassenen Schweizer, betreffend die Glaubens- und Gewissensfreiheit und betreffend die politischen Rechte der Kantone bei Bundesrat und Bundesversammlung;³⁵ ferner erhielt Letztere die Rechtsprechungsbefugnis zur neu geschaffenen, wichtigen Handels- und Gewerbefreiheit.

³² ULLMER RUDOLF EDUARD, Die staatsrechtliche Praxis der schweizerischen Bundesbehörden aus den Jahren 1848–1860 (1862/1866), Nr. 378.

³³ Bundesblatt 1870 II, S. 700.

³⁴ *Quellenbuch II* S. 183 (Art. 113).

³⁵ Amtliche Sammlung des Bundesrechts 1875, S. 136 f.

Im Jahre 1893 dehnte das Organisationsgesetz die bundesgerichtliche Zuständigkeit auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit und die Rechte der niedergelassenen Schweizer aus.³⁶ Schliesslich übertrug man 1911 auch die Beurteilung der Streitigkeiten über die Handels- und Gewerbefreiheit und über die politischen Rechte (Wahlen und Abstimmungen) dem Bundesgericht, um nur die klassischen verfassungsmässigen Rechte zu nennen.³⁷ 1943 wurde an dieser Zuständigkeitsausscheidung kaum Grundsätzliches geändert, so dass die politischen Behörden nur mehr Streitigkeiten über die unentgeltliche Ausrüstung der Wehrmänner, über die konfessionsneutrale, kostenlose Volksschule sowie über das schöne Recht auf «schickliche» Beerdigung zu entscheiden hatten.

4. Stärkung der Rechtsstaatsidee – unterschätzte Leistung der politischen Behörden

Mit der Schaffung der staatsrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht und dessen stufenweise erweiterter Zuständigkeit hatte sich die «rechtsstaatliche Richtung des Liberalismus» durchgesetzt,³⁸ welche vor allem in Genf und Neuenburg starke Wurzeln hatte. Dass Bundesgesetze, allgemein verbindliche Bundesbeschlüsse und von der Bundesversammlung genehmigte Staatsverträge gerichtlich weiterhin unüberprüfbar blieben, wirkte sich in Anbetracht der bis 1930 relativ geringen Bundeszuständigkeiten noch wenig aus.

Es darf nicht übersehen werden, dass Bundesrat und Bundesversammlung in ihrer rechtsprechenden Tätigkeit zwischen 1848 und 1911 in fünf Bereichen schöpferische Arbeit geleistet hatten, auf welcher das Bundesgericht ab 1893 beziehungsweise ab 1911 aufbauen konnte: im Bereich der Niederlassungsfreiheit, der Pressefreiheit, der Vereins- und Petitionsfreiheit, der politischen Rechte in Verbindung mit dem Gleichbehandlungsgebot (Artikel 4 der Bundesverfassung von 1874) sowie der Handels- und Gewerbefreiheit. Es ist bezeichnend, dass gerade diese fünf liberal-radikalen Forderungen bei Bundesrat und Parlament breite Unterstützung fanden und daher der Wille zu konstruktiver Vertiefung vorhanden war. Hingegen war bei der Glaubens- und Gewissensfreiheit und den übrigen Fragen des Verhältnisses zwischen Staat und Kirche der objektive Blick vor allem der Radikalen bisweilen etwas getrübt, was sich nicht zum Besten auf die jeweiligen Entscheide auswirkte. Die Mehrheitspartei war selbstverständlich vehement für die Festigung der Handels- und Gewerbefreiheit, denn es ging ihr ja um die Schaffung eines unifizierten Industriestaates. Die egalitären Bestrebungen der Radikalen in ihrer Blütezeit zwi-

³⁶ Amtliche Sammlung des Bundesrechts 1894, S. 455 f.

³⁷ Amtliche Sammlung des Bundesrechts 1913, S. 45 f.

³⁸ GIACOMETTI ZACCARIA, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichtes (1933), S. 33.

schen 1848 und 1900 hatten zudem eine starke Konkretisierung des Gleichheitsartikels zur Folge, die sich über die politischen Rechte hinaus erstreckte.

5. Aufbau einer schöpferischen Bundesgerichtspraxis

In der Zeit zwischen 1875 und dem Ersten Weltkrieg wurde das Bundesgericht vor allem mit Beschwerden angegangen, die sich auf den Gleichheitsartikel stützten.³⁹ Etwa zwei Drittel aller Beschwerden wurden mit diesem Verfassungsartikel begründet, während sich etwa je ein Sechstel der Beschwerden auf den Grundsatz der Gleichstellung kantonsfremder niedergelassener Schweizer und den Anspruch auf einen verfassungsmässigen Richter und den Wohnsitzgerichtsstand⁴⁰ stützten.

a) Artikel 4 der Bundesverfassung von 1874

In der Anwendung des Artikels 4 wurde zunächst festgehalten, der Begriff der Rechtsgleichheit sei als allgemeines, die gesamte Rechtsordnung beherrschendes Prinzip aufzufassen; die Gesetze seien auf jedermann gleich anzuwenden und alle Bürger seien durch den Gesetzgeber gleich zu behandeln. Andererseits vertrat das Bundesgericht in Anlehnung an die vorsichtige Praxis des Bundesrates den Standpunkt, dass nur solche Verschiedenheiten in der rechtlichen Behandlung einzelner Bürger ausgeschlossen seien, die sich objektiv nicht begründen liessen und sich als willkürliche Bevorzugung oder Benachteiligung einzelner Bürger oder Bürgerklassen darstellen würden, das heisst, dass die Rechtsgleichheit in einem «*relativen Sinne*» aufzufassen sei.⁴¹ Als selbstverständlich galt für das Gericht von Anfang an, dass die *Einräumung von Privilegien* an einzelne Personen oder Personengruppen unzulässig sei, denn dieses Verbot war schon ein Ziel des Artikels 4 Absatz 2 der Bundesverfassung von 1848 gewesen. Die sogenannten historischen «wohlerworbenen Rechte» wie ehehafte Tavernenrechte, Wassernutzungs-, Jagd- und Fischereirechte wurden indessen mit der fragwürdigen Begründung geschützt, sie hätten Eigentumscharakter. «Das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetze fordert ... gleiche Behandlung der Bürger nicht nur unter Voraussetzung absolut gleicher tatsächlicher Verhältnisse, sondern es verlangt Gleichheit der Behandlung unter der Voraussetzung der Gleichheit aller *erheblichen tatsächlichen Verhältnisse*. Um eine Ungleichheit in der rechtlichen Behandlung der Bürger zu rechtfertigen, muss Verschiedenheit der Verhältnisse nicht in irgend welchen, sondern in solchen tatsächlichen Momenten vorliegen, welche nach anerkannten

³⁹ Artikel 4 der Bundesverfassung von 1874.

⁴⁰ Art. 46 und 58 f. der Bundesverfassung von 1874; *Quellenbuch II* S. 166 und 169.

⁴¹ Bundesgerichtsentscheid Band 6 (1880), S. 172; Bundesgerichtsentscheid Band 8 (1882), S. 8.

Grundsätzen der geltenden Rechts- und Staatsordnung für die Normierung gerade des bestimmten Rechtsgebietes, um welches es sich handelt, von Erheblichkeit sein können. Liegt eine Verschiedenheit in derartigen thatsächlichen Momenten nicht vor, so enthält eine ungleiche rechtliche Behandlung einzelner Bürger oder Bürgerklassen eine Abweichung von der Regel des Rechts, welche nicht auf objektive Gründe, sondern bloss auf willkürliche Satzung zurückgeführt werden kann und daher allerdings das verfassungsmässige Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetze verletzt.»⁴² Das Bundesgericht leitete aus Artikel 4 zusätzlich das *Verbot der Rechtsverweigerung* («*déni de justice*») ab. Dieses verbietet es, ein Gesuch oder eine Beschwerde überhaupt nicht zu behandeln.⁴³ Schon in der Anfangszeit dehnte das Gericht den Gleichbehandlungsanspruch auf die Rechtsetzung aus: «Das in Art. 4 der Bundesverfassung niedergelegte Prinzip der Gleichheit aller Schweizer vor dem Gesetze ist als grundgesetzliche Norm sowohl für die verwaltende und richterliche als auch für die gesetzgeberische Thätigkeit der Staatsbehörden massgebend; es wird dadurch sowohl gleiche Anwendung der Gesetze auf alle Bürger, wodurch denn die Befugniss der Bundesbehörden zum Einschreiten gegen Rechtsverweigerung und überhaupt gegen ungleichmässige Handhabung der Gesetze durch kantonale Behörden begründet wird, als auch *gleiche Behandlung der Bürger durch den Gesetzgeber* gefordert.»⁴⁴ Diese Gleichheitsanforderung an den Gesetzgeber wurde vom Bundesgericht nur zurückhaltend ausgelegt, wie ein 1887 ergangener Entscheid betreffend Emilie Kempin-Spyri, welche die Zulassung zur Advokatur verlangte,⁴⁵ zeigt: «Wenn nun die Rekurrentin zunächst auf Art. 4 der Bundesverfassung abstellt und aus diesem Artikel scheint folgern zu wollen, die Bundesverfassung postulire die volle rechtliche *Gleichstellung der Geschlechter* auf dem Gebiete des gesammten öffentlichen und Privatrechts, so ist diese Auffassung eben so neu als kühn; sie kann aber nicht gebilligt werden. Es bedarf in der That keiner weitem Ausführung, dass man mit einer solchen Folgerung sich mit allen Regeln historischer Interpretation in Widerspruch setzen würde. Art. 4 der Bundesverfassung darf, wie das Bundesgericht stets festgehalten hat, nicht in dem, zu geradezu unmöglichen Konsequenzen führenden, Sinne aufgefasst werden, dass derselbe schlechthin jede Verschiedenheit in der rechtlichen Behandlung einzelner Personenklassen verbiete, sondern derselbe schliesst nur solche rechtlichen Verschiedenheiten aus, welche, nach anerkannten Grundprinzipien der Rechts- und Staatsordnung, als innerlich unbegründet, durch keine erhebliche Verschiedenheit der Thatbestände gerechtfertigt erscheinen. Nun erscheint aber

⁴² Bundesgerichtsentscheid Band 6 (1880), S. 172.

⁴³ Bundesgerichtsentscheid Band 1 (1875), S. 5; Bundesgerichtsentscheid Band 3 (1877), S. 429; Bundesgerichtsentscheid Band 15 (1889), S. 29; Bundesgerichtsentscheid Band 23 (1897), S. 979.

⁴⁴ Bundesgerichtsentscheid Band 6 (1880), S. 172.

⁴⁵ Dazu vorne, II. Hauptteil, 15. Kapitel.

nach der jedenfalls zur Zeit noch zweifellos herrschenden Rechtsanschauung die verschiedene rechtliche Behandlung der Geschlechter auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, speziell in Bezug auf das Recht der Bethätigung im öffentlichen Leben, als eine der innern Begründung keineswegs entbehrende. Als im Widerspruche mit Art. 4 der Bundesverfassung stehend, kann daher die kantonalesgesetzliche Norm, welche die Frauen von der Parteivertretung vor Gericht ausschliesst, jedenfalls nicht erachtet werden.»⁴⁶ Mehr als drei Jahrzehnte später änderte jedoch das Gericht seine Auffassung unter Hinweis auf die veränderten sozialen und wirtschaftlichen Umstände und die zivilrechtliche Stellung der Frau: «La différence de sexe n'est donc plus en elle-même une raison suffisante pour refuser aux femmes l'accès à telle profession déterminée; on doit encore rechercher si les conditions particulières de cette profession rendent les femmes inaptes à l'exercer. Or tel n'est certainement pas le cas de la profession d'avocat. Dans de nombreux cantons, les femmes sont autorisées expressément ... ou tacitement à pratiquer le barreau.»⁴⁷

Schon früh, 1887, hat das Bundesgericht eine *Ungleichbehandlung* für verfassungsrechtlich geboten erachtet, als es im Erfordernis einer ausserordentlich hohen Prozesskaution eine Verletzung der Rechtsgleichheit erblickte: «Richtig ist nun, dass die fragliche Norm alle Bürger formell gleich behandelt. Allein ebenso klar ist auf der andern Seite, dass dadurch dem Bedürftigen, welcher die gesetzliche Gebühr von 130 Fr. zu leisten nicht im Stande ist, der Rechtsschutz durch die obere Instanz thatsächlich einfach abgeschnitten wird. Dies ist mit dem Prinzipie der Rechtsgleichheit nicht vereinbar. Dieses fordert gewiss, dass dem armen Angeklagten die gleichen Garantien richtiger Rechtsprechung gewährt werden, wie dem Begüterten. Eine Bestimmung wie die hier in Frage stehende des Walliserrechts steht, mag sie auch äusserlich alle Bürger gleich behandeln, der praktischen Wirkung nach in schneidendem Widerspruche mit diesem Postulat der Gerechtigkeit; sie gewährt die, dem Wortlaute des Gesetzes nach allen Angeklagten zustehenden, Rechtsmittel dem Armen in That und Wahrheit nur zum Scheine, da sie dieselben an eine Voraussetzung knüpft, welche der Arme von vornherein nicht erfüllen kann.»⁴⁸

Ebenfalls schon in der Anfangszeit seiner Rechtsprechung leitete das Gericht aus Artikel 4 das *Willkürverbot* ab. Ein solcher, anfänglich als «materielle» Rechtsverweigerung bezeichneter Verstoss gegen den Gleichheitssatz liegt vor, wenn entweder eine kantonale Behörde «in einer Weise verfährt, welche einer eigentlichen Rechtsverweigerung gleichkommt, d.h. klar nachgewie-

⁴⁶ Bundesgerichtsentscheid Band 13 (1887), S. 4; siehe dazu auch DELFOSSE MARIANNE, Emilie Kempin Spyri (1853–1901). Das Wirken der ersten Schweizer Juristin unter besonderer Berücksichtigung ihres Einsatzes für die Rechte der Frau im schweizerischen und deutschen Privatrecht, Zürich 1994.

⁴⁷ Bundesgerichtsentscheid Band 49 (1923), S. 119.

⁴⁸ Bundesgerichtsentscheid Band 13 (1887), S. 254.

senes Recht willkürlich missachtet und somit nicht nach (richtigen oder unrichtigen) Gründen, sondern nach blosser Willkür entscheidet».⁴⁹ Als materielle Rechtsverweigerung galt auch, wenn «aus vorgeschobenen Gründen klares Recht bei Seite gesetzt»⁵⁰ worden war oder wenn «eine Behörde nicht nach Recht und Gerechtigkeit sondern nach Laune und Willkür verfügt oder entschieden»⁵¹ hatte. – Insgesamt erweist sich diese Rechtsprechung als sehr vorsichtig. Das Gericht wollte nicht allzu stark in die Domäne der Kantone eingreifen durch hohe Anforderungen an die Gleichbehandlung und das Willkürverbot. Die überwiegende Zahl der Rekurse wurde denn auch abgewiesen.

Zur *formellen Rechtsverweigerung* entwickelte das Bundesgericht eine vielleicht noch fruchtbarere Praxis. Schon zu Beginn seiner Tätigkeit, 1877, erklärte das Gericht, der Anspruch des Bürgers auf Rechtsschutz gehöre zu seinen fundamentalen Rechten («le droit d'obtenir justice est, en effet, un des droits fondamentaux du citoyen»). Diese Rechtsprechung zur Rechtsverweigerung («déni de justice») setzte sich in einer langen Kette von Entscheiden fort.⁵² Später kam noch das *Verbot der Rechtsverzögerung* hinzu. Eine zentrale Rolle sollten der «Anspruch auf rechtliches Gehör» und das damit verbundene Recht auf Akteneinsicht spielen, welche das Bundesgericht schon zu Beginn seiner Tätigkeit aus Artikel 4 herleitete. Für lange Zeit erklärte das Gericht diesen Anspruch des Betroffenen auf Anhörung vor einer ihn belastenden Entscheidung allerdings als nur auf Zivil- und Strafverfahren, nicht aber auf Verwaltungsverfahren anwendbar.⁵³ Dies deshalb, weil es nach der damaligen demokratischen Staatsauffassung Sache der politischen Behörden und nicht der Justizbehörden sein sollte, das öffentliche Recht anzuwenden. Rechtsförmigen Verwaltungsverfahren stand man ablehnend gegenüber, so dass Verwaltungsrekurse lediglich den Charakter von verstärkten Petitionen hatten. Erst sehr viel später sollte der Anspruch auf rechtliches Gehör dann generell auf alle Verwaltungsverfahren ausgedehnt werden.⁵⁴

Aus Artikel 4 wurden in einer reichen Praxis ausserdem *weitere Teilhalte* herausdestilliert, ohne dass diese Verfassungsbestimmung auch nur einen Hinweis darauf enthalten hätte: das Verbot des überspitzten Formalismus, das Rückwirkungsverbot, das Prinzip der Gesetzmässigkeit von Strafurteilen («nulla poena sine lege»), der Anspruch auf Begründung von Verwaltungsverfügun-

⁴⁹ Bundesgerichtsentscheid Band 10 (1884), S. 312.

⁵⁰ Bundesgerichtsentscheid Band 30 (1904), S. 488.

⁵¹ Bundesgerichtsentscheid Band 36 (1910), S. 365.

⁵² Bundesgerichtsentscheid Band 15 (1889), S. 29; Bundesgerichtsentscheid Band 38 (1912), S. 3; Bundesgerichtsentscheid Band 40 (1914), S. 472; SALADIN PETER, Das Verfassungsprinzip der Fairness (1975), S. 43 f.

⁵³ Bundesgerichtsentscheid Band 5 (1879), S. 487; Bundesgerichtsentscheid Band 8 (1882), S. 692; Bundesgerichtsentscheid Band 28 (1902), S. 232.

⁵⁴ SALADIN PETER, Das Verfassungsprinzip der Fairness (1975), S. 45 (mit Praxis-hinweisen).

gen und Entscheiden, die Notwendigkeit der Veröffentlichung von generellen Akten, der Anspruch auf rechtmässige Zusammensetzung der entscheidenden Behörden einschliesslich des Rechts auf Ausstand befangener Personen, das Recht von Mittellosen auf unentgeltliche Prozessführung in nicht aussichtslosen Fällen, ja auch das Recht Mittelloser, in Strafprozessen einen unentgeltlichen Anwalt auf Kosten des Staates zu erhalten. Nachdem das Gericht aus rechtspositivistischen Gründen lange gezögert hatte, den Grundsatz von Treu und Glauben auch im öffentlichen Recht anzuerkennen, tat es diesen Schritt in seiner späteren Rechtsprechung und legte insbesondere fest, eine Partei dürfe auf eine falsche Rechtsmittelbelehrung vertrauen.⁵⁵ Aus Artikel 4 wurden weiter die strafrechtliche Unschuldsvermutung, ein Verbot der Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, das Gebot der Rechtssicherheit und das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für alle Abgaben abgeleitet. Besonders bedeutsam war die auf Artikel 4 gestützte Statuierung des Prinzips der Verhältnismässigkeit staatlicher Eingriffe.⁵⁶

Die Entwicklung dieser weit über den Wortlaut und den ursprünglichen Inhalt hinausgehenden, in Teilen sogar naturrechtlich begründeten Rechtsprechung ist erstaunlich, dies vor allem in einer Zeit des erstarkenden Rechtspositivismus! Neben dem aus Artikel 4 noch knapp «auslegungsmässig» zu gewinnenden Willkürverbot scheinen die übrigen Gehalte dieser Rechtsprechung mehr in jenen hineingelegt worden zu sein, so dass er insoweit nur mehr als Gefäss diene. Die gerafft dargelegte Rechtsprechung wird häufig als grösste Leistung des Bundesgerichts überhaupt angesehen – und dies zu Recht. Die Kantone wurden nämlich durch den Zwang, sich dieser Rechtsprechung zu unterziehen, zu Rechtsstaaten, denn die meisten der prätorischen bundesgerichtlichen Entscheide betrafen verfahrensrechtliche Aspekte. Es wurde damit die Stellung der Einzelnen im Konflikt mit «ihren» Kantonen gestärkt, was bei den damaligen klaren politischen Machtverhältnissen wichtig war: In den konservativen Kantonen erhielten die liberalen Kreise und in den liberalen Kantonen die konservativen Kreise eine verstärkte Rechtsstellung. Demokratien waren die Kantone seit der Demokratischen Bewegung in starkem Masse, doch an Rechtsstaatlichkeit fehlte es noch weitgehend – weniger bei der Zivil- und Strafgerichtsbarkeit als bei der Anwendung von Verfassungs- und Verwaltungsrecht. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung schuf für die Kantone eine rudimentäre Verfahrensordnung, was in Anbetracht der erst nach dem Zweiten Weltkrieg langsam entstehenden Verwaltungsgerichte von grösster Bedeutung war.

⁵⁵ HAEFLIGER ARTHUR, *Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich* (1985), S. 218.

⁵⁶ BURCKHARDT WALTHER, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung* (1931), S. 25 f.; HAEFLIGER ARTHUR, *Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich* (1985), S. 24 f.; MÜLLER GEORG, *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874* (Stand 1995), Art. 4, Nr. 1–132; SALADIN PETER, *Das Verfassungsprinzip der Fairness* (1975), S. 41 f.

Man fragt sich, wie eine derart freie Rechtsprechung schon zu Beginn der Tätigkeit des Gerichtes möglich war. Es gibt wohl verschiedene Gründe dafür: Einmal gehörten lange alle Richter zur freisinnig-liberalen Mehrheit in Parlament und Bundesrat, was ihre Handlungsfreiheit stärkte;⁵⁷ zudem waren starke und gebildete Persönlichkeiten im Bundesgericht tätig, so etwa der erste Präsident, Johann Jakob Blumer. Fast alle Richter, ausnahmslos Juristen, hatten zumindest einen Teil ihres Studiums im Ausland absolviert; die dortigen Monarchien besaßen eine Justiztradition, die sich in der Eidgenossenschaft noch wenig hatte entwickeln können und die sich bei den Studierenden einprägte und so in der Schweiz ihren Niederschlag fand. Und weiter: Die in den Artikel 4 hineingelegten Teilgehälter betrafen eher formelle Regeln und hatten wenig politischen Charakter, was grössere Konflikte mit den Kantonen zu vermeiden half. Die freisinnige Mehrheit im Bund war ohnehin auf die «Zähmung» der Kantone bedacht, während der Bund vom Bundesgericht nichts zu «befürchten» hatte! Schliesslich: Die meisten Verfahrensrechte zugunsten der Bürger waren plausibel und evident. So leuchtet es sofort ein, dass nach den Worten des Bundesgerichtes einem Unbemittelten der Zugang zu gerichtlichem Rechtsschutz «abgeschnitten» wird, wenn er eine Prozesskaution leisten muss, die sein Vermögen übersteigt. Auch das Verbot der Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung brauchte nicht näher begründet zu werden. Insgesamt erscheint die Bundesgerichtspraxis als unparteiische, wissenschaftlich fundierte Arbeit im Sinne eines philosophischen Positivismus – «ordre et progrès» – der aufkommenden Sozialwissenschaften. Das eidgenössische Parlament hingegen regierte in derselben – bis zum Ersten Weltkrieg dauernden – Periode zunehmend besitzstandsorientiert und etwas cäsaristisch, im sicheren Besitz einer politischen Mehrheit.

Der Zürcher Staatsrechtler Fritz Fleiner hat 1923 vor allem mit Blick auf die Rechtsprechung zu Artikel 4 folgende Bilanz gezogen: «Die eidgenössische Verfassungsgerichtsbarkeit bildet das eigenartigste und das glänzendste Stück in der Organisation der Bundesgewalt. Dass sie zu dieser überragenden Stellung hat emporwachsen können, ist der Tüchtigkeit und der Einsicht der Richter zu verdanken, die dieser Rechtsprechung die Richtung gewiesen haben. Diese Verfassungsgerichtsbarkeit erfüllt im Leben des schweizerischen Volksstaates eine besondere Aufgabe. In der Demokratie ist das letzte Bollwerk für Verfassung und Recht der Richter. Auf das Vertrauen zu ihm gründet sich das Gefühl der Rechtssicherheit. Wenn in der Enge kantonaler Verhältnisse die politische Leidenschaft das Steuer führt, so weiss der letzte Bürger im Staat, dass ihm der Weg nach Lausanne offen steht.»⁵⁸

⁵⁷ LUMINATI MICHELE, *Ges(ch)ichtslose Justiz?* (2001), S. 346 f.

⁵⁸ FLEINER FRITZ, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht* (1923), S. 448.

b) Politische Rechte

Die politischen Rechte der Kantone stehen in engem Zusammenhang mit der Gleichheit. Auch bei den politischen Rechten hatten Bundesrat und – selten – Bundesversammlung eine wertvolle und schöpferische Praxis entwickelt. Die Übernahme der Rechtsprechung zu den politischen Rechten durch das Bundesgericht brachte eine wesentliche Rationalität in die Rechtsprechung; Aufbau und Argumentationen der Entscheide gewannen markant an Qualität. Gleichzeitig trat aber auch eine gewisse Formalisierung der Entscheide ein. Deutlich spürt man den nun zunehmenden Einfluss der Berufsjuristen, die am Zivil- und Strafprozess geschult waren. Die Praxis des Bundesgerichtes verfolgte in groben Zügen dieselbe Linie wie jene des Bundesrates, war jedoch grundsätzlicher und linientreuer. Weil die Bundesverfassung die Regelung des Stimmrechts weitgehend den Kantonen überliess, verfolgte das Bundesgericht bei der Wählbarkeit – gleich wie vorher die politischen Behörden – die Regel, dass die Ausschlüsse von diesen Rechten möglichst gering zu halten waren.

Ausser mit den Grundsätzen der freien Willensbildung und -kundgabe⁵⁹ beschäftigte sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung auch in bedeutendem Ausmass mit den kantonalen Volksrechten. Nach den ursprünglichen Vorstellungen des Gesetzgebers hätte das Bundesgericht bei den politischen Rechten der Kantone «lediglich» eine Justizfunktion zugunsten des von diesen gesetzten materiellen Rechts ausüben sollen. Seine Rechtsprechung hätte sich daher in erster Linie am kantonalen Verfassungs- und Gesetzesrecht orientieren müssen, und man hätte bei dieser Funktion des Verfassungsgerichts eine eng am kantonalen Recht orientierte Rechtsprechung erwartet. Mit der Bildung von Richterrecht wäre nur dann zu rechnen gewesen, wenn das kantonale Recht für ein entscheidnotwendiges Problem keine Lösung bereitgehalten hätte. In Wirklichkeit hat aber das «subsidiäre» richterliche Bundesrecht eine erstrangige Bedeutung erlangt, ja es hat in einigen Bereichen, etwa beim Initiativrecht oder beim Finanzreferendum, die kantonalen Rechte in den Hintergrund gedrängt, so dass man heute von einem Stück «gemeineidgenössischen kantonalen Staatsrechts» sprechen muss. Die Qualität dieses schöpferischen Richterrechts ist einerseits sehr hoch – man darf feststellen, dass das Bundesgericht damit etwa die kantonale Volksinitiative vor gefährlichem politischem Opportunismus bewahrt hat – und seine Praxis verdient insgesamt Zustimmung. Andererseits hat sich – gleichzeitig – das Problem einer «Einebnung» der kantonalen Rechtsordnungen verschärft.⁶⁰

⁵⁹ HANGARTNER YVO/KLEY ANDREAS, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft (2000), S. 34 f., 971 f.

⁶⁰ KÖLZ ALFRED, Die kantonale Volksinitiative in der Rechtsprechung des Bundesgerichts (1982), S. 47; HANGARTNER YVO/KLEY ANDREAS, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft (2000), S. 181 f.

c) Gewährleistung der Handels- und Gewerbefreiheit

Die Regenerationskantone hatten die Handels- und Gewerbefreiheit nur teilweise verwirklicht,⁶¹ die konservativen Kantone in noch geringerem Ausmass. In den fünfziger und sechziger Jahren des 19. Jahrhunderts setzte dann eine kräftige Liberalisierung ein, so dass man diese zwei Jahrzehnte als Periode des «Manchesterliberalismus» bezeichnen kann. Dieser ging nach Adam Smith⁶² in seiner volkswirtschaftlichen Bedeutung davon aus, dass sich die vom Staat ungestörte private wirtschaftliche Betätigung sozusagen automatisch durch eine «unsichtbare Hand» («invisible hand») zum Besten der ganzen Gesellschaft auswirke. Die Verfassungsväter von 1874 verfolgten darüber hinaus mit der Verankerung dieser Bestimmung zwei Ziele: Sie wollten den individuell Wirtschaftenden ein durchsetzbares verfassungsmässiges Recht verschaffen. Schliesslich wollten sie die innerhalb der Kantone verbreitete Handels- und Gewerbefreiheit auf das «ganze Gebiet der Eidgenossenschaft» ausdehnen. Dieser bundesstaatliche Aspekt zeigt den Willen der Radikalen, nun im Gegensatz zu 1848 einen gesamtschweizerischen Wirtschaftsraum zu schaffen.⁶³

In einer ersten – kurzen – Zeit nach 1874 galt die Handels- und Gewerbefreiheit in einem beinahe absoluten, individualistischen Sinn. Dies zeigte sich 1876 in einer Bundesratsentscheid über den sogenannten «Vorkauf» von Lebensmitteln, die für den Verkauf auf einem Markt bestimmt waren, durch Marktverkäufer desselben Marktes. Eine Gemeinde verbot ein solches Geschäftsgebaren. Der Bundesrat hiess nun eine Beschwerde dieser Gemüsehändler mit Berufung auf Artikel 31 der Bundesverfassung von 1874 gut.⁶⁴ Bereits 1890 erklärte der Bundesrat dagegen ein Verbot des «Vorkaufs», das heisst des massenhaften Ankaufs von Waren durch Wiederverkäufer auf demselben Markt, für zulässig. Wenige machten sich, so der Bundesrat, «durch solche Ankäufe zu Herren des Marktes und bestimmten sodann nach ihrem Belieben den Preis der Ware», was eine «Ausbeutung der Handelsfreiheit durch wenige zum Schaden der Mehrheit» sei. Und weiter ganz grundsätzlich: «Seit dem Ende der siebenziger Jahre ist die bundesrechtliche Praxis in bezug auf den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit von der früher beliebten rein theoretischen und deshalb den wirklichen Bedürfnissen des Lebens zu wenig Rechnung tragenden Auffassung und Anwendung des Freiheitsbegriffes mehr und mehr zurückgekommen. ... Der leitende Gedanke der Behörden war überall der, dass die Freiheit notwendig ihre Grenzen habe und, in allzu reichem Masse gewährt, in ein Vorrecht einzelner zum Nachteil der grossen Menge ausarte.» Er – der Bundesrat – sei «hier ganz unzweifelhaft von dem Erfahrungssatz ausgegangen, dass

⁶¹ *Band I* S. 331 f., 589 f.

⁶² *Band I* S. 48.

⁶³ *Band I* S. 590.

⁶⁴ Bundesblatt 1876 II, S. 582 f.; Bundesblatt 1878 II, S. 78.

die Freiheit überhaupt nur bei einem geordneten Gebrauche bestehen kann».⁶⁵ Die bei der Frage des «Vorkaufs» begonnenen Einschränkungen der reinen Wirtschaftsfreiheit setzten sich in der Folge fort. Massgebend dafür waren polizeiliche Gründe, so etwa der Schutz der Gesundheit, des Lebens, der Sicherheit, der Sittlichkeit, aber auch das Interesse eines redlichen Geschäftsverkehrs, was Vorschriften gegen Übervorteilung, Ausbeutung und unlauteres Geschäftsgebaren nach sich zog. Auch soziale Eingriffe waren nach Artikel 34 der Bundesverfassung von 1874 zulässig, insbesondere die Festlegung von Höchstarbeitszeiten und Massnahmen zugunsten der Gesundheit und Sicherheit der Arbeiter. Die Praxis betonte zwar, dass Eingriffe in die freie Konkurrenz nur aus polizeilichen, nicht aber aus volkswirtschaftlichen (das heisst wirtschaftspolitischen) Gründen zulässig sei. Bereits 1885 wurde aber in Abweichung davon die staatliche Bedürfnisklausel für Gastwirtschaften für zulässig erklärt!⁶⁶ Auch polizeiliche Gründe für Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit durch die Kantone wurden in immer weiterer Masse zugelassen, so im Bau- und Verkehrswesen, bei der Gesundheits- und Sicherheitspolizei und in weiteren Bereichen. Die Kantone führten ferner mit Billigung des Bundes für zahlreiche Arten wirtschaftlicher Betätigung Bewilligungs-, Patent- oder Konzessionspflichten ein, so für Bergführer, Stellenvermittler, Hausierer, Wirte und andere.⁶⁷ Die Handels- und Gewerbefreiheit gilt auch nicht im Bereiche von Monopolen und Regalien, sie fordert nur die Gleichbehandlung aller Gewerbetreibenden.⁶⁸ Die Festlegung von Höchstpreisen ist zulässig, diejenige von Mindestpreisen nicht.⁶⁹

Die Praxis des Bundesrates kann insgesamt als positiv bewertet werden, auch wenn den Kantonen in einzelnen Punkten zu viel Spielraum belassen wurde. Die kantonalen Regelungen von Handel und Gewerbe erfüllten in den allermeisten Fällen legitime Bedürfnisse, standen im Dienste von «wirklichen Bedürfnissen des Lebens». Polizeiliche, im Ausnahmefall auch wirtschaftspolitische Regelungen von Handel und Gewerbe bedeuten in mancher Hinsicht auch soziale Massnahmen, welche in jener Zeit sozialer Unrast notwendig waren. Oft waren polizeiliche Interventionen kaum von solchen wirtschaftspolitischer Natur zu trennen, so beispielsweise beim erwähnten «Vorkauf» von Waren auf Märkten; hier ging es auch um die Herstellung von Konkurrenz, von Wettbewerb im Interesse der Konsumenten. Die Festschreibung einer unbe-

⁶⁵ SALIS LUDWIG RUDOLF VON, Schweizerisches Bundesrecht (1903), Nr. 763.

⁶⁶ *Quellenbuch II* S. 188 f.

⁶⁷ HIS EDUARD, Wandlungen der Handels- und Gewerbefreiheit in der Schweiz (1934), S. 252 f.

⁶⁸ Bundesblatt 1893 III, S. 723 f.; SALIS LUDWIG RUDOLF VON, Schweizerisches Bundesrecht (1903), Nrn. 422 und 507.

⁶⁹ SALIS LUDWIG RUDOLF VON, Schweizerisches Bundesrecht (1903), Nr. 597.

schränkten Handels- und Gewerbefreiheit in der Bundesverfassung von 1874 war daher etwas realitätsfremd.

Das Bundesgericht übernahm im Jahre 1912 in der Hauptsache die Rechtsprechung des Bundesrates zur Handels- und Gewerbefreiheit. Schon zwei Jahre später musste dieses Freiheitsrecht jedoch wegen des Ersten Weltkrieges in schwerster Weise eingeschränkt werden. Während des Krieges regelte der Bundesrat auf Grund seiner Vollmachten das Wirtschaftsleben selbständig und umfassend – auch dort, wo bis dahin die Kantone zuständig waren. Diese Vollmachten-Gesetzgebung behielt zum Teil auch nach dem Krieg noch einige Zeit Geltung, so dass sich eine Reihe von Regelungen – so etwa das 1924 verlängerte Hotelbauverbot – halten konnten.⁷⁰ Nach dem Ersten Weltkrieg gelangen indes auch zahlreiche Liberalisierungen der Wirtschaft, so etwa die Aufhebung des Getreidemonopols des Bundes.⁷¹ 1932 begann eine krisenbedingte Periode starker Interventionen der Bundesbehörden in die Wirtschaft, welche ab 1939 vom Vollmachtenrégime abgelöst wurde.

d) Weitere verfassungsmässige Rechte

Das Bundesgericht hat in seiner frühen Rechtsprechung in Weiterentwicklung der Praxis der politischen Bundesbehörden zahlreiche Grundsatzentscheide getroffen, welche ihre Bedeutung das ganze 20. Jahrhundert hindurch behalten sollten. Dabei ging es einerseits um die Anwendung der verfassungsmässigen Rechte der Bundesverfassung, andererseits um diejenigen der Kantonsverfassungen. Einige verfassungsmässige Rechte wurden vom Gericht besonders streng geschützt, bei anderen war der Schutz deutlich geringer – was sich im Laufe der Zeit allerdings auch ändern konnte. Besonders streng wurde am Anfang die Glaubens- und Gewissensfreiheit sowie die Kulturfreiheit (*Religionsfreiheit*) geschützt, was in Anbetracht der grossen konfessionellen Spannungen des erst abflauenden Kulturkampfes und des hohen Stellenwertes dieses Rechts für die Liberalen und Radikalen nicht erstaunt. Hier ging es als Erstes um die Garantie der inneren, individuellen Freiheit. Dazu kam als Zweites die Sorge um den konfessionellen Frieden. Als Drittes war auf Grund von staatsrechtlichen Beschwerden die Handhabung der Laizisierungsbestimmungen der Bundesverfassung zu überprüfen, soweit die diesbezüglichen Streitigkeiten in die Zuständigkeit des Bundesgerichts fielen. Dazu gehörten etwa das Recht auf Zivilehe oder das Verbot geistlicher Gerichtsbarkeit. Auch das Recht der Einzelnen, frei einer Kirche beizutreten und aus einer solchen jederzeit austreten zu können, wurde in konstanter und korrekter Anwendung der Bundesverfassung

⁷⁰ Amtliche Sammlung des Bundesrechts 1924, S. 50.

⁷¹ *Quellenbuch II*, S. 227, 229 f.; MESMER HEINZ, Die Errichtung einer definitiven Getreideordnung in der Schweiz (1919–1929), *Die schweizerische Referendumsdemokratie im XX. Jahrhundert*, Band I, *Etudes et recherches d'histoire contemporaine*, Fribourg 1972, S. 183 ff.

vorgegeben, mit einem allerdings unverständlichen Fehlentscheid noch im Jahr 1978, in welchem schikanöse Formalitäten eines Kantons für den Kirchenaustritt als zulässig beurteilt wurden.⁷² Auch bei der Zulässigkeit und den Modalitäten der Steuererhebung für die kantonalen Landeskirchen war die Praxis des Bundesgerichtes etwas stark auf die finanziellen Interessen der Landeskirchen ausgerichtet, dies insbesondere bei der die Religionsfreiheit verletzenden Kirchenbesteuerung juristischer Personen, deren Aufhebung das Bundesgericht im ganzen 20. Jahrhundert nicht anzuordnen wagte.⁷³ Neben der Schonung der kirchlichen Budgets spielte auch die aus vielen Entscheiden ersichtliche, jedoch kaum deklarierte Furcht vor einer Desavouierung der Kantone eine Rolle. Hingegen hat das Bundesgericht die Kultusfreiheit immer geschützt, so diejenige der Protestanten in den katholischen und jene der Katholiken in den protestantischen Kantonen und namentlich auch die der Mitglieder der Heilsarmee, soweit nicht die Sorge für den inneren Frieden Beschränkungen notwendig machte.⁷⁴

e) Elemente der Staatsstruktur als verfassungsmässige Rechte

Bereits in seiner frühen Rechtsprechung hat das Bundesgericht die *Gemeindeautonomie* als verfassungsmässiges Recht anerkannt, das von den Gemeinden mittels staatsrechtlicher Beschwerde geltend gemacht werden konnte.⁷⁵ Am Anfang gewährte das Gericht diesen Schutz jedoch nur in dem Masse, als das kantonale Verfassungs- und Gesetzesrecht den Gemeinden Autonomie, das heisst erhebliche Ermessensfreiheit, zukommen liess. Diese Autonomie war in den Deutschschweizer Kantonen relativ gross, in der welschen Schweiz gering. Alle Gemeinden konnten sich jedoch auf sie berufen, wenn die Kantone sie rechtswidrig beschränkten. Die Gemeindeautonomie wurde damit ebenfalls zu einem Stück «gemeineidgenössischen Staatsrechts». Zaccaria Giacometti, geprägt vom aufklärerisch-rousseauistischen Staatsdenken – etwa von der Idee der Abschaffung der «sociétés partielles» – hat dazu kritisch bemerkt, die Zuerkennung des Beschwerderechts möge aus praktischen Gründen erfolgt sein; weil jedoch die verfassungsrechtliche Parteifähigkeit «auf das Individuum zugeschnitten» sei, sprengt «die Praxis mit dieser Umbildung das System der bundesgerichtlichen Verfassungsgerichtsbarkeit».⁷⁶ Das Bundesgericht hat im Üb-

⁷² Bundesgerichtsentscheid Band 104 Ia (1978), S. 79 f.

⁷³ HÄFELIN ULRICH, *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874* (Stand 1991), Art. 49, Nrn. 53 und 89 f.

⁷⁴ Bundesgerichtsentscheid Band 12 (1886), S. 93; Bundesgerichtsentscheid Band 15 (1889), S. 682; FLEINER FRITZ/GIACOMETTI ZACCARIA, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht* (1949), S. 338.

⁷⁵ Bundesgerichtsentscheid Band 10 (1884), S. 498; Bundesgerichtsentscheid Band 19 (1893), S. 119; Bundesgerichtsentscheid Band 29 (1903), S. 203; Bundesgerichtsentscheid Band 40 (1914), S. 278.

⁷⁶ GIACOMETTI ZACCARIA, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichtes* (1933), S. 164.

rigen bald auch die Einzelnen als zur Autonomiebeschwerde berechtigt erklärt.⁷⁷ Von anderer Seite wurde indessen festgestellt, die Anerkennung der Gemeindeautonomie als verfassungsmässiges Recht stelle eine der bemerkenswertesten Errungenschaften der Verfassungsgerichtsbarkeit dar.⁷⁸ Das Bundesgericht hat damit die von den Radikalen verfolgte Politik, aus den Kantonen Einheitsstaaten nach französischen Vorstellungen zu machen, etwas korrigiert. Allerdings hatte schon der radikale Vordenker Ludwig Snell das System der kommunalen Selbstverwaltung jenem der «Centralität» nach französischem Vorbild vorgezogen.⁷⁹ In den westschweizerischen Kantonen spielte die Gemeindeautonomie bereits nach kantonalem Recht eine geringe Rolle, vor allem im Kanton Waadt, was auf die frühere Vogteiverwaltung und die grossen Auswirkungen der helvetischen Revolution zurückzuführen ist.

Schon in seiner frühen Rechtsprechung hat das Bundesgericht die *Gewaltenteilung* anerkannt – sogar dann, wenn diese in der betreffenden Kantonsverfassung nicht ausdrücklich verankert war. Die Befugnis, dieses staatsstrukturelle Prinzip beim Bundesgericht geltend zu machen, wurde nur den Individuen zuerkannt. Im Vordergrund stand die Verletzung der Gewaltenteilung in Fällen, in denen die Kantonsregierungen mittels Verordnungen in den Bereich der Legislative – Parlament und Volk – eingriffen. Solche Eingriffe bedeuteten auch eine Verletzung der politischen Rechte der Bürger.

Ohne dass dies in der Bundesverfassung genau vorgezeichnet gewesen wäre, wurde vom Bundesgericht ein von den Einzelnen anrufbares Recht auf *Vorrang des Bundesrechts* gegenüber kantonalem Recht entwickelt; die «derogatorische Kraft des Bundesrechts».

6. Anerkennung ungeschriebener verfassungsmässiger Rechte

a) Lehre

Die Bundesverfassung von 1874 garantierte die Freiheitsrechte nur lückenhaft, wichtige Freiheitsrechte fehlten. Einige davon waren allerdings in einzelnen Kantonsverfassungen enthalten, deren Anwendung ja ebenfalls dem Bundesgericht oblag. Das nach dem Zweiten Weltkrieg ansteigende Bedürfnis nach Ausdehnung und Sicherung der individuellen Freiheit rief nach einer Korrektur dieser unbefriedigenden Verfassungslage. Eine Änderung der Verfassung kam aber kaum in Frage, nachdem sich die Bundesverfassung von 1874 im grossen Ganzen bewährt hatte.

⁷⁷ Bundesgerichtsentscheid Band 46 (1920), S. 384; Bundesgerichtsentscheid Band 52 I (1926), S. 359.

⁷⁸ AUER ANDREAS, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit (1984), S. 7.

⁷⁹ Band I S. 255.

Den Anfang einer Überwindung dieser unbefriedigenden Verfassungslage machte Zaccaria Giacometti, indem er als erster kompromisslos die Ausdehnung der Freiheitsrechte über den geschriebenen Text der Verfassung hinaus forderte: «Aus dem Sinn der Freiheitsrechte als liberales Wertesystem folgt ..., dass die Verfassungsurkunden nicht nur die einzelnen Freiheiten, die sie ausdrücklich aufzählen oder die sich aus den ausdrücklich gewährleisteten Freiheitsrechten ergeben, garantieren, sondern vielmehr jede individuelle Freiheit, die überhaupt einmal rechtlich relevant werden kann, gewährleisten. Im klassischen Katalog der Freiheitsrechte im Sinne der amerikanischen und französischen Erklärungen der Menschen- und Bürgerrechte, der in der Hauptsache auch von den Kantonsverfassungen und von der Bundesverfassung übernommen wurde, ist nämlich die rechtlich garantierte individuelle Freiheit in solche einzelne Freiheiten, die gerade damals aktuell waren, d.h. durch die Staatsgewalt gefährdet erschienen, zerlegt worden. Je nach Zeit und Ort können nun noch andere sachliche Freiheiten des Individuums praktisch werden und des Verfassungsschutzes bedürfen. Die Zerlegung der individuellen Freiheit in einzelne Freiheitsrechte durch die Freiheitsrechtskataloge der geltenden Verfassungen kann daher keine endgültige sein. Wenn neue Seiten der individuellen Freiheit aktuell werden, so müssen sich aus den Freiheitsrechtskatalogen die entsprechenden neuen Freiheitsrechte ableiten lassen, es wäre denn, dass die Verfassung ausdrückliche gegenteilige Vorschriften enthalten sollte.»⁸⁰ Zaccaria Giacometti entwickelte diese Gedanken später, 1955, weiter und schuf so die Theorie der Anerkennung ungeschriebener verfassungsmässiger Rechte, welche für die spätere Anerkennung im Bund bahnbrechend war.⁸¹ Dies übrigens ganz im Sinne von Simon Kaiser, der bereits hundert Jahre zuvor den Grundsatz postuliert hatte, die Individuen seien frei und souverän, soweit nicht die Verfassung ihre Souveränität beschränke, was alleine möglich sei, wenn das Individuum bei dem Erlass des betreffenden Verfassungsrechts habe mitwirken können und soweit sich die Freiheit als natürliches Recht überhaupt einschränken lasse.⁸²

b) Praxis

Nach einem unklaren und kaum begründeten, die Eigentumsgarantie betreffenden Vorläufer, anerkannte das Bundesgericht im Jahre 1961 die *Meinungsausserungsfreiheit* als ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht des

⁸⁰ GIACOMETTI ZACCARIA, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone (1941), S. 89; Vorläufer dieser Lehre finden sich auch schon in GIACOMETTI ZACCARIA, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichtes (1933), S. 46 ff.

⁸¹ GIACOMETTI ZACCARIA, Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit, *Ausgewählte Schriften* (1994), S. 23 ff.; ebenso FLEINER FRITZ/GIACOMETTI ZACCARIA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht (1949), S. 393 ff. – Hans Huber hat diese Lehre nicht in prinzipieller Weise begründet, er hat sie in den praktischen Auswirkungen eher noch beschränkt.

⁸² KAISER SIMON, Schweizerisches Staatsrecht I (1858), S. 105.

Bundes und der Kantone – in diesem Entscheid ist allerdings mehr von Einschränkungen dieses Rechts als von Freiheit die Rede!⁸³ Kurz darauf wurden auch die *persönliche Freiheit* und 1965 die *Sprachenfreiheit* als ungeschriebene verfassungsmässige Rechte des Bundes anerkannt.⁸⁴ 1970 fand sodann auch die *Versammlungsfreiheit* Anerkennung, dies jedoch mit der unnötigen und nicht begründeten einschränkenden Formel, es müsse dieses Recht «Voraussetzung für die Ausübung anderer Freiheitsrechte bilden oder als unentbehrlicher Bestandteil der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes erscheinen».⁸⁵ 1995 schliesslich hat das Bundesgericht in einem überdogmatischen, ballastreichen Entscheid auch das *Recht auf Existenzsicherung* als ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht anerkannt.⁸⁶ Der Grund für diese – nur auf den ersten Blick kühne – Rechtsprechung des Bundesgerichts lag in einem erneuerten Naturrechtsdenken, das schon in der Rektoratsrede Zaccaria Giacomettis von 1955 sichtbar wurde; auch das in der Schweiz häufig konsultierte, mit einem vollständigen Grundrechtskatalog versehene Deutsche Grundgesetz mochte einige nicht deklarierte Einflüsse auf diese Rechtsprechung ausgeübt haben. Alle diese Rechte sind nun als geschriebene Rechte in die neue Bundesverfassung von 1999 überführt worden. Nach dem Willen des Verfassungsgebers für die neue Bundesverfassung soll die Lehre des nach Zaccaria Giacometti prinzipiell offenen Freiheitsrechtskataloges als Kodifikation der Freiheit weiterhin gelten; die Gerichte sollen also weiterhin neue verfassungsmässige Rechte schaffen dürfen.⁸⁷

Im Jahre 1974 trat die Eidgenossenschaft der Europäischen Menschenrechtskonvention bei. Längere Zeit wirkte sich dieser Beitritt praktisch wenig aus. In der Folge entfaltete diese Individualrechtskodifikation aber erhebliche Wirkungen: Es mussten in erster Linie die *Unabhängigkeit der Gerichte* und das *faire Verfahren* sichergestellt sowie die persönliche Freiheit gestärkt werden. Dass diese Grundrechtspositionen bis dahin nur schwach ausgebaut waren, ist typisch für das «demokratischste Land der Welt». Die Europäische Menschenrechtskonvention ist inhaltlich stark von der naturrechtlich-freiheitlichen Individualrechtstradition geprägt. Mit ihrem Beitritt zur Konvention hat die Schweiz ein weiteres Element aus diesem gedanklichen Umfeld rezipiert.

Schliesslich enthielten auch die zahlreichen, in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts totalrevidierten Kantonsverfassungen grösstenteils ausgedehnte

⁸³ Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 1960, S. 72; Bundesgerichtsentscheid Band 87 I (1961), S. 114 ff.

⁸⁴ Bundesgerichtsentscheid Band 89 I (1963), S. 92 ff.; Bundesgerichtsentscheid Band 91 I (1965), S. 480.

⁸⁵ Bundesgerichtsentscheid Band 96 I (1970), S. 219.

⁸⁶ Bundesgerichtsentscheid Band 121 I (1995), S. 367.

⁸⁷ Amtliches Bulletin der Bundesversammlung 1998, Nationalrat, S. 151 (Separatdruck, Revision der Bundesverfassung).

te Grundrechtskataloge, deren Gehalte von den Gerichten angewandt wurden und die so in einen gesamtschweizerischen Konsens einfließen.