

# ABHANDLUNGEN

## Der Entwurf von 1977 für eine neue schweizerische Bundesverfassung

### Eine Sicht seiner Entstehung und seiner verfassungs- funktionellen Problematik im zweiten Jahr nach der Veröffentlichung

*Kurt Eichenberger\*)*

#### Inhaltsübersicht

- A. Von den Motivierungen der Revisionsarbeiten und vom Verfahrensgang
  - I. Ein verhaltener Start
  - II. Eine allmähliche Festigung des Revisionsbegehrens
    - 1. Die Arbeitsgruppe Wahlen
    - 2. Die Expertenkommission Furgler
    - 3. Das zweite Vernehmlassungsverfahren
  - III. Mängel der geltenden Bundesverfassung als Revisionsmotive
    - 1. Offenkundige Mängel
    - 2. Revision an und für sich
    - 3. Der schwindende Sinn für die Aufgabe der Verfassung
  - IV. Bleibende Einwände
    - 1. Die Problematik der Aufklärung
    - 2. Der derzeit fehlende »Beruf für Gesetzgebung«
    - 3. Das politisch-taktische Opponieren
- B. Revisionsziele und Revisionsvoraussetzungen der Expertenkommission
  - I. Die expliziten Ziele
  - II. Einbindungen einer Totalrevision in der Gegenwart
    - 1. Das Einfügen in eine schon bestehende Rechtsordnung
    - 2. Konsensfindung im pluralistischen Gefüge
    - 3. Grundbefindlichkeiten des angetroffenen Menschen
    - 4. Die begrenzte Kapazität des Verfassungsgebers

---

\*) Professor, Dr. iur., Universität Basel. Der Verfasser war 1969–1973 Mitglied der »Arbeitsgruppe Wahlen«; 1973/74 gehörte er der informellen Vorbereitungsgruppe für die Arbeiten der Expertenkommission an und sodann war er Mitglied der »Expertenkommission Furgler«, wo er die Subkommission III (Organisation des Bundes und Revisionsbestimmungen) leitete.

- C. Zur verfassungstheoretischen Struktur- und Funktionsproblematik im Verfassungsentwurf
- I. Die Ordnungsfunktion, insbesondere das Problem der »offenen« Verfassung
    1. Erreichtes
    2. Begriff und Konsequenzen einer offenen Verfassung
    3. Verwendete Normstrukturen
    4. Die Bevorzugung von Staatszielnormen und verfassungsrechtlichen Leitgrundsätzen (Verfassungsprinzipien)
  - II. Die Funktion der Dauerhaftigkeit zur Stabilisierung
    1. Suche nach Dauerhaftigkeit
    2. »Einerlei Verfassungsrecht«
  - III. Die Orientierungs- und Darstellungsfunktion
    1. Die »Simultanpräsenz« der erlebten Staatsordnung
    2. Keine »Verankerungsnormen«
  - IV. Die integrierende Funktion
    1. Das Problem des Innovationsausmaßes
    2. Die Suche nach Vertrauensgarantien
  - V. Die machtlimitierende Funktion
    1. Die tradierten Begrenzungseinrichtungen
    2. Begrenzungen sozialer Macht
  - VI. Die organisatorische Funktion
    1. Der aktionsfähige Staat
    2. Demokratieprobleme
- D. Verfassungsrechtlich Unbewältigtes
- I. Die zeitgemäße föderative Ordnung
    1. Die inhaltliche Frage
    2. Die formal-methodische Frage
  - II. Die Gesamterfassung des Sozialstaats
    1. Die Forderung der synthetischen Gestaltung
    2. Versuche normativer Erfassung
- E. Abschließende Betrachtung
- I. Der Verfassungsentwurf vor dem Risiko der Verfassungsskepsis
  - II. Mißtrauen gegen Oktroyiertes und Repräsentation

Der nachstehende Bericht<sup>1)</sup> betrachtet den Entwurf für eine neue schweizerische Bundesverfassung vom November 1977 in einem Zwischenstadium, nämlich rund zwei Jahre nach seiner Veröffentlichung und nach Abschluß des Vernehmlassungsverfahrens, an dem sich Kantone, Parteien, Verbände und weitere Kreise ausgiebig beteiligt haben, jedoch noch vor der systematischen Auswertung der Verlautbarungen,

<sup>1)</sup> Abkürzungen: AÖR = Archiv des öffentlichen Rechts; BV = Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874; Bericht = Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung (»Expertenkommission Furgler«) 1977; Schlußbericht = Schlußbericht der Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung (»Arbeitsgruppe Wahlen«) 1973; VE = Verfas-

v o r den Entscheidungen über das Ausmaß der Berücksichtigung der vorgebrachten Einwände und Vorschläge in einem endgültigen Entwurf und v o r einer verbindlichen Festlegung des weiteren politischen Vorgehens sowie der einzuschlagenden rechtlichen Verfahren. So lebhaft und breit die Beteiligung an jenem allgemeinen Vernehmlassungsverfahren erfreulicherweise ausfiel, so zurückhaltend und begrenzt waren die Äußerungen »der Wissenschaft« zum Verfassungsentwurf, was unter anderem damit zusammenhängt, daß eine erhebliche Zahl angesprochener Wissenschaftler direkt oder indirekt bei der Ausarbeitung der Vernehmlassungen mitwirkte oder daß die Tagespresse sie beanspruchte<sup>2)</sup>.

---

sungsentwurf der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung 1977 (Text in AöR 104 [1979], S. 475 ff.); Wildhaber, Projekt = Luzius Wildhaber, Das Projekt einer Totalrevision der schweizerischen Bundesverfassung, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, NF 26 (1977), S. 239–277; ZSR = Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge.

<sup>2)</sup> Seit der Fertigstellung des Verfassungsentwurfs bis Ende 1979 sind dazu folgende Publikationen, die in unterschiedlichem Maß Anspruch auf Wissenschaftlichkeit erheben, erschienen: Richard B ä u m l i n, Lebendige oder gebändigte Demokratie? Demokratisierung, Verfassung und Verfassungsrevision (Basel 1978); Marino B a l d i, Die aussenwirtschaftspolitischen Bundeskompetenzen im Entwurf für eine Totalrevision der Bundesverfassung, Wirtschaft und Recht 30 (1978), S. 401–409; Hans Christoph B i n s w a n g e r, Eigentum und Eigentumspolitik, ein Beitrag zur Totalrevision der Bundesverfassung (Zürich 1978); Markus B u c h e l i, Die direkte Demokratie im Rahmen eines Konkordanz- oder Koalitionssystems: ein Beitrag zur Diskussion über die Totalrevision der schweizerischen Bundesverfassung (Bern/Stuttgart 1979); Emilio C a t e n a z z i, Note critiche al progetto di nuova Costituzione federale, Rivista di diritto amministrativo ticinese 1979, S. 257–264; Christian D o m i n i c é, Fédéralisme, démocratie et constitution, in: Festschrift für Werner Kägi (Zürich 1979), S. 65–77; Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, Beiträge zur Diskussion, hrsg. von der Inlandredaktion der Neuen Zürcher Zeitung, NZZ-Schriften zur Zeit 42 (Zürich 1979) mit Beiträgen von Hans Huber, Martin L e n d i, Arthur Meier-Hayoz, René A. R h i n o w, Dietrich S c h i n d l e r, Gerhard S c h m i d, Hugo S i e b e r, Luzius W i l d h a b e r u.a.; Theodor F a i s t, Totalrevision der Bundesverfassung: Bemerkungen zu den steuerlichen Bestimmungen des Verfassungsentwurfes der Expertenkommission (VE), Steuer Revue 34 (1979), S. 49–61; Kurt F u r g l e r, Totalrevision als Weg in die Zukunft? In: Erneuerung der schweizerischen Demokratie, hrsg. von Erich Gruner und Jörg P. Müller (Bern/Stuttgart 1977); d e r s., Die Totalrevision der Bundesverfassung – Herausforderung und Auftrag, in: Dokumenta 1978, S. 2–6; d e r s., Die Totalrevision der Bundesverfassung, Schweizer Monatshefte 58 (1978), S. 439–445; Christian F u r r e r, Die Bundeskanzlei im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung, Schweizerisches Jahrbuch für politische Wissenschaft 17 (1977), S. 57–75; Raimund E. G e r m a n n, Die Totalrevision der schweizerischen Bundesverfassung: Stand und Chancen, Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft 6 (1977), S. 419–430; François G r o s s, Une nouvelle Constitution pour la Suisse? Projet de la Com-

## *A. Von den Motivierungen der Revisionsarbeiten und vom Verfahrensgang*

### I. Ein verhaltener Start

Im Herbst 1965 sind in unerwarteter Plötzlichkeit zwei Abgeordnete mit parlamentarischen Initiativen (Motionen) aufgetreten und haben ver-

---

mission d'experts, avec une présentation de F.G. (Lausanne 1978); Peter Häberle, Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung, ZSR 97 I (1978), S. 1-49, jetzt auch in: Verfassung als öffentlicher Prozess (Berlin 1978), S. 182-224; Beat Hotz, Offenheit und Verfasstheit. Die Wirtschaftsordnung in der totalrevidierten Bundesverfassung, Schweizer Monatshefte 58 (1978), S. 765-776; Otto K. Kaufmann, Die Bedeutung der Totalrevision der Bundesverfassung für die Landwirtschaft, in: Blätter für Agrarrecht 1978, S. 69-81; Christoph Leuenberger, Die Abstimmungsmodalitäten bei der Totalrevision der Bundesverfassung (Bern 1978); Hans Marti, Die Wirtschaftsfreiheit im Experten-Verfassungsentwurf, in: Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979 (Bern/Stuttgart 1979), S. 391-404; Arthur Meier-Hayoz, Freiheit und Gleichheit im Entwurf einer neuen Bundesverfassung, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 115 (1979), S. 337-354; ders., Verfassungsentwurf und Eigentumsgarantie, Bemerkungen zu den Vorschlägen von 1978 der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Schweizerischen Bundesverfassung, Schriftenreihe des Vororts des Schweizerischen Handels- und Industrievereins 15 (Zürich 1978); Oskar Reck, Brauchen wir eine neue Bundesverfassung? Staat und Politik 20 (Bern 1978); Hugo Sieber, Wirtschaftspolitische Betrachtungen zur Revision der Bundesverfassung, Schriftenreihe des Vororts des Schweizerischen Handels- und Industrievereins 14 (Zürich 1978); Herbert Tauber, Umstrittenes Verfassungsprojekt in der Schweiz, Europäische Rundschau 6 (1978), S. 59-73; Totalrevision der Bundesverfassung, in: Verwaltungspraxis 32 (1978), H. 1, S. 3-20, mit Beiträgen von Aldo V. Lombardi, Markus Metz, Alexander Ruch, Gerhard Schmid; Totalrevision der Bundesverfassung - Notwendigkeit oder Wunschtraum? Der Entwurf der Expertenkommission im Spiegel ihrer Mitglieder, Schriften des Schweizerischen Aufklärungsdienstes 15 (Zürich 1978) mit Beiträgen von Richard Bäumlin, Fritz Gygi, Jörg P. Müller, Peter Saladin, Gerhard Schmid u.a.; Totalrevision der Bundesverfassung - zur Diskussion gestellt, ZSR 97 I (1978), S. 229-528, mit Beiträgen von Kurt Furgler, Jean-François Aubert, Kurt Eichenberger, Etienne Grisel, Walter Haller, Yvo Hangartner, Otto K. Kaufmann, Arthur Meier-Hayoz, Pierre Moor, Jörg P. Müller, Peter Saladin, Walter R. Schlu ep, Gerhard Schmid; Daniel Thüerer, Die Grundrechte im Entwurf zu einer neuen schweizerischen Bundesverfassung, Europäische Grundrechte Zeitschrift 4 (1978), S. 105-108; Joseph Voyame, La révision totale de la Constitution fédérale, in: Mélanges Henri Zwahlen (Lausanne 1977), S. 187-195; Luzius Wildhaber, Neufassung der schweizerischen Bundesverfassung? Zum Stand der Arbeiten der Kommission für die Totalrevision, Zeitschrift für Parlamentsfragen 8 (1977), S. 303-305; ders., Das Projekt einer Totalrevision der schweizerischen Bundesverfassung, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, NF 26 (1977), S. 239-277. - Nachweise verschiedener Zeitungsartikel zur Totalrevision der Bundesverfassung bei Walter R. Schlu ep, ZSR 97 I (1978), S. 376.

langt, daß unter der Leitung der Regierung Vorarbeiten für eine Totalrevision der Bundesverfassung aufgenommen werden. Ständerat Karl Obrecht (Solothurn) und Nationalrat Peter Dürrenmatt (Basel-Stadt) – zwei Prominente, in der Mitte oder rechts der Mitte plazierte, besonnene und routinierte Politiker von staatsmännischem Zuschnitt, der politischen Wirklichkeit verhaftet, mit dem Blick für das Ganze – fanden Gehör: Die beiden Kammern des Bundesparlaments stimmten ihnen im Sommer 1966 diskussionslos zu, nachdem die Regierung durch Bundesrat Ludwig von Moos, in wohlhabender Weise und ohne sich zum Ob und Wie einer Verfassungsrevision festzulegen, ihre Bereitschaft bekundet hatte, Aufträge des Parlaments zu solchen Vorarbeiten willig an die Hand zu nehmen<sup>3)</sup>. Am Anfang stehen also parlamentarische Vorstöße, nicht Bewegungen aus dem Volke, die in eine förmliche Volksinitiative zur Verfassungstotalrevision hätten einmünden können<sup>4)</sup><sup>5)</sup>. Aber auch keine politische Partei noch sonst

<sup>3)</sup> Karl Obrecht / Peter Dürrenmatt / Ludwig von Moos, Motionen zur Totalrevision der Bundesverfassung, Antworten des Bundesrates (Bern 1967).

<sup>4)</sup> Seit 1891 besteht die Möglichkeit, die Totalrevision der Bundesverfassung durch eine einfache Volksinitiative in Gestalt der sog. Anregung, d.h. nicht als schon ausformulierter Entwurf, zu begehren, wofür ursprünglich 50000, seit 1977 100000 Unterschriften von Stimmberechtigten erforderlich sind. Die Ausarbeitung wird – im Gegensatz zum Revisionsrecht etlicher Kantone – nicht einem besonders gewählten Verfassungsrat, sondern dem ordentlichen zweikammerigen Parlament übertragen. Immerhin findet nach Einreichung der Volksinitiative zunächst eine sog. Vorabstimmung im Sinne eines Eintretensentscheides statt, worin das Gesamtvolk (ohne Stände) darüber entscheidet, ob eine Totalrevision an die Hand zu nehmen sei. Bejaht das Volk die Revision, wird das Parlament sofort neu gewählt, was den einzigen Fall im schweizerischen Bundesstaatsrecht darstellt, wo das Parlament aufgelöst und vor Ablauf der Legislaturperiode neu bestellt wird. Dies begründet sich darin, daß das Werk der Totalrevision von Abgeordneten ausgeführt werden soll, die dem mehrheitlichen affirmativen Revisionswillen des Volkes und dessen gegenwärtigen Intentionen kongruent erscheinen. Ferner ist bei dieser Neubestellung der Gedanke beteiligt, daß das bisherige Parlament das im Volke nun ja offensichtlich vorhandene Revisionsbedürfnis nicht erkannt oder sich ihm widersetzt habe, weshalb erst die Volksinitiative nötig wurde; die Repräsentativität ist in einem auf das Staatsganze bezogenen Ausmaß ausgeblieben, was, im Gegensatz zu sonstigen Diskrepanzen zwischen Volks- und Parlamentswillen, die Abberufung und die Sicherstellung der Repräsentation rechtfertigt. Zum Verfahren der Totalrevision vgl. Jean-François Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse* (Paris-Neuchâtel 1967), Nr. 373 ff.; Z. Giacometti, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht* (Zürich 1949), S. 708 ff.

<sup>5)</sup> 1960 lehnte die Bundesversammlung eine sog. Standesinitiative des Kantons Basel-Stadt (Vorschlag eines einzelnen Kantons an das Bundesparlament, ein neues Geschäft aufzugreifen, Art. 93 Abs. 2 BV) ab, worin die Einleitung einer Totalrevision beantragt worden war (Bundesblatt 1959 II, S. 1294 ff.). Von allen Initiierungsmitteln im Bunde sind die Standesinitiativen die schwächsten. Sie enden endgültig, anders als die Volksini-

ein maßgeblicher Meinungsträger war auf das Begehren vorbereitet gewesen, und in den Dreivierteljahren zwischen der Einreichung der Motionen und ihrer parlamentarischen Erheblicherklärung (Beachtlichkeit des Parlamentsauftrags für den Bundesrat) befaßte sich die politische Bühne mit dem Thema praktisch nicht. Der Eingangsbeschluß des Parlaments war insofern kein politisches Ereignis, einem Alltagsgeschäft im behördlichen Betrieb ähnlicher als einer Entscheidung, die eine politische Entwicklung auslöst oder beendet oder in eine andere Richtung versetzt.

Die gleichsam verhaltene Aktion dürfte vornehmlich aus zwei Gründen gelungen sein. Erstens wurden in behutsamen Formulierungen zunächst bloß Abklärungen gefordert<sup>6)</sup>, und ob daraus ein förmliches Revisionsverfahren würde, stand noch in weiter Ferne. Deshalb mußte 1966, wie jedenfalls viele Parlamentarier angenommen haben dürften, noch keine politische Grundentscheidung gefällt werden; dies erleichterte die (vorläufige) Zustimmung. Zweitens fielen die Vorstöße in ein begünstigendes Klima. In den Jahren zuvor, zugespitzt 1964/65, waren mißliche Störungen im politischen Entscheidungsprozeß und in Verwaltungsverfahrensgängen zutage getreten, die Rufe nach Reformen bei Parlament, Regierung und Verwaltung veranlaßten<sup>7)</sup>. Institutionelle Korrekturen waren im Gange, erreichten die Verfassungshöhe allerdings nicht, weckten aber gleichwohl allgemein einen gedämpften Sinn dafür, daß etliches der Änderung bedürftig sein könnte.

---

tiativen, wenn das Parlament sie verwirft, und das politische Gewicht eines initiierenden Kantons reicht in aller Regel nicht aus, um die Bundesversammlung zum Eintreten zu bewegen. Gar eine Totalrevision der Verfassung auf diesem Wege einleiten zu wollen, ist von vorneherein hoffnungslos und politisch-praktisch wirklichkeitsfremd. Im vorliegenden Fall war die Standesinitiative auch kein Vorbote einer sich aufbereitenden Volksströmung.

<sup>6)</sup> Die beiden Motionen nahmen allerdings schon die Einleitung des förmlichen Revisionsverfahrens in Aussicht, schlugen jedoch ausführliche Vorarbeiten vor, bei denen die Revisionsmöglichkeiten sorgfältig erkundet werden sollten. Vgl. Anm. 3.

<sup>7)</sup> Zu den aus dieser Wurzel tatsächlich eingeleiteten und durchgeführten Reformen sowohl im Bund als auch in den Kantonen zusammenfassend: Pius Bischofberger, Regierungs- und Verwaltungsreform. Stand und Chancen, Schweizerisches Jahrbuch für politische Wissenschaft 17 (1977), S. 33-56; Gerhard Schmid, Regierungs- und Verwaltungsreform, Zielvorstellungen und Planungskoordination im Kanton Basel-Stadt, *ibid.*, S. 97-110; Fritz Markus Schumacher, Die Bedeutung von Regierungs- und Verwaltungsreformen (Diss. Basel 1976).

Freilich war schon seit Beginn der sechziger Jahre aus dem Kreise der Wissenschaft verstärkt auf Gefährdungen der Integration und der Funktionsfähigkeit des Staates hingewiesen worden, am deutlichsten wohl von Max Imboden, der mit seinen Diagnosen von einem »Helvetischen Malaise« die Forderung nach der Totalrevision der Bundesverfassung verband<sup>8)</sup>. Die Resonanz bei den politisch führenden Kräften oder gar in der öffentlichen Meinung war indessen zu gering, als daß sich daraus eine Grundstimmung für ein ausgedehntes Reformwerk hätte bilden können.

So war es ein leiser Start, der 1965/66 im esoterischen Stadion gerade nur der Behörden vor sich ging, fast unter Ausschluß des Publikums, zumindest eines Publikums, das anfeuernd Beifall zu spenden bereit gewesen wäre. Und es war für die Behörden ein mehr erahntes als klar erfaßtes und ziel-sicher angegangenes Unterfangen, das nun nach 1966 allmählich in Gang gesetzt wurde<sup>9)</sup>. Die Verbreitung unverhohlener Bedenken gegenüber der Revision war denn auch rascher und treffsicherer als die von Sympathien für die Neuerung: Man habe dringendere Probleme zu lösen; die politische Energie der Behörden und des Volkes reichten nicht aus, um ein Revisionsverfahren durchzustehen; Ideen für Neues fehlten, und die Innovationsfähigkeit dieses Menschenschlages sei zu gering geworden; die Wissenschaft sei für eine umfassende Staatserneuerung nicht aufbereitet, und ohne Wissenschaft könne eine zeitgemäße Verfassungsgebung nicht vonstatten gehen, wenn man nicht im Dilettantischen und im verengten Horizont stekken bleiben wolle; das Volk wolle nicht; es wolle einen leistungsfähigen Staat, aber ästhetisch gerundete Verfassungsgestaltung wecke sein Interesse nicht<sup>10)</sup>. Solche und weitere Bedenken schlugen sich im geläufigen Worte

<sup>8)</sup> Max Imboden, *Helvetisches Malaise* (1964), jetzt in: »Staat und Recht«, *Ausgewählte Schriften und Vorträge* (Basel/Stuttgart 1977), S. 279–307; vgl. auch: *Verfassungsrevision als Weg in die Zukunft* (1966), *ibid.*, S. 309–334.

<sup>9)</sup> Vgl. *Schlußbericht*, S. 5 ff.; *Bericht*, S. 1 ff.; Wildhaber, *Projekt*, S. 239 ff.

<sup>10)</sup> Vgl. dazu signifikant auch Max Gutzwiller (Hrsg.), *Totalrevision der Bundesverfassung – Ja oder Nein*, ZSR 87 I (1968) (Sonderheft), S. 1–222, mit Beiträgen von Richard Bäumlín, Maurice Battelli, Marcel Bridel, Jean Darbellay, Kurt Eichenberger, Antoine Favre, Ernst Fischli, Hans Huber, Max Imboden, Wilhelm Oswald, Peter Saladin, Dian Schefold, Bernhard Schnyder. – *Ferner Jahrbuch der Neuen Helvetischen Gesellschaft* 38 (1967), u.a. mit Beiträgen von Karl Obrecht, Peter Dürrenmatt, Werner Kägi, Hans Huber, Dietrich Schindler.

Eine entschiedene Befürwortung und eine die Vorstellungen Max Imbodens weiterführende und klärende Darlegung des Revisionswegs brachte Peter Saladin, *Die Kunst der Verfassungserneuerung*, in: *Gedenkschrift für Max Imboden* (Basel/Stuttgart 1972), S. 269 ff.

nieder, es fehle die »Grundwelle«; sie fehle bei Volk und Behörden, und ohne sie erreiche man das Ufer einer neuen Verfassung nicht. Oder käme schließlich doch eine Revision zustande, so wäre sie entweder bloß stilistisch ohne materialen Gewinn oder in Zufälligkeiten erzwungen und ohne integrativ-erneuernde Kraft.

Daß das Revisionsbegehren unvermittelt und gleichsam von oben in den geschichtlich-politischen Prozeß hineingeraten und nicht aus der Mitte des Volkes entsprungen ist – die »eigentliche« verfassunggebende Potenz also gar nicht berührt und bewegt war –, daß es sodann auf schmalstem Grat seine Wanderung begonnen hat, ist an ihm bislang wie ein Makel haften geblieben.

Die Liste der Mängel hat sich in den 13 Jahren nicht abgebaut, aber alle Bemühungen um die Revision schweben immer noch in einer sonderbaren Atmosphäre des Unernstes. Vom »Glasperlenspiel« über die »Sandkastenübung« bis zur »Freizeitbeschäftigung für Unterbeschäftigte« reichen geläufige Etikettierungen, die mokierende Ausdrücke dafür geblieben sind, daß das Bild vom entbehrlichen Reden einer kleinen Schar von verantwortungsfreien Theoretikern, Idealisten, Utopisten, Systemverändernern und gar apokryphen Revolutionären vorherrscht. Insbesondere halten sich seit 1966 – von der Vernehmlassungsphase 1978/79 zeitweilig abgesehen – die staatsleitenden Behörden und die politisch gewichtigen Kräfte vom Gegenstand weiterhin fern. Sie »vergeuden nicht Zeit« im vermeintlichen Spiel.

## II. Eine allmähliche Festigung des Revisionsbegehrens

Trotz alledem: der Eingangsbeschluß von 1966 hat sich als widerstandsfähig und zugleich – wider Erwarten der geschäftsführenden Politik – als relativ entfaltungsfähig erwiesen. Er stand für sich selbst: Rücknahme oder Versanden konnte man sich mit der Zeit doch nicht mehr leisten. Und im Laufe seines (anfänglich zögernden) Vollzugs kräftigte er sich dank dessen, daß sich einerseits durch spezifische *P e r s o n e n b i n d u n g e n*, die für den schweizerischen politischen Prozeß sonst nicht verzeichnet werden, Geltungsmöglichkeiten ausprägten und daß andererseits Einsichten in ein objektiv bestehendes Bedürfnis nach der Revision (vgl. unten A/III) wacher und breiter wurden. Äußerlich durchläuft die Revision seit 1967 die regelhaften Stadien der vorparlamentarischen Präparationsverfahren der allgemeinen Rechtsetzung<sup>11)</sup>, allerdings langsamer und mit einigen atypischen

<sup>11)</sup> Gemäß den »Richtlinien über das Vorverfahren der Gesetzgebung«, erlassen vom Bundesrat am 6.5.1970, ausgestattet mit einem Geltungsanspruch für den Erlaß von Ver-

Schwenkungen, und sie hat dieses Vorverfahren 1979/80 noch nicht verlassen.

### 1. Die Arbeitsgruppe Wahlen

1967 bis 1973 nahm eine neun-, später zehnköpfige Arbeitsgruppe unter dem Präsidium von Alt-Bundesrat Professor F. T. Wahlen, die außer dem Präsidenten alles Juristen umfaßte, Ermittlungen über Bedürfnis und mögliche Gestaltung einer neuen Verfassung vor. Kantone, politische Parteien und Hochschulen – nicht aber Interessenverbände – wurden zu Äußerungen eingeladen. Vier Bände von Verlautbarungen und ein synthetischer Schlußbericht, worin Strukturprinzipien einer Neuordnung erörtert und die Fortführung der Revisionsvorarbeiten empfohlen wurde, bleiben das sichtbare Resultat einer harmonisch und in ergiebiger Stetigkeit voranschreitenden Arbeitsgemeinschaft<sup>12)</sup>. Diese erlangte, vornehmlich dank ihrem angesehenen Vorsitzenden, bei Eingeweihten Wohlwollen und viel freundliche Aufnahme; »populär« wurde sie und mit ihr das Revisionsvorhaben jedoch nicht.

### 2. Die Expertenkommission Furgler

1974 bis 1977 waren die Jahre der Expertenkommission, die unter dem Vorsitz des Vorstehers des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Dr. Kurt Furgler, einen Verfassungsentwurf erstellte und ihn mit einem von Professor Luzius Wildhaber erstellten Begleitbericht im Winter 1977/78 dem Bundesrat und der Öffentlichkeit übergab<sup>13)</sup>. Die 46

---

fassungs-, Gesetzes- und Verordnungsrecht. Diese Richtlinien treten rechtlich wie eine Verwaltungsverordnung auf und sind in den amtlichen Sammlungen des gesetzten Rechts (»Sammlung der eidgenössischen Gesetze« für die laufenden Publikationen; »Systematische Sammlung des Bundesrechts« für die systematische Ordnung) nicht enthalten. Sie sind veröffentlicht worden im Bundesblatt 1970 I, S. 993 ff.

<sup>12)</sup> Bericht, S. 2 ff.; Wildhaber, Projekt, S. 240.

<sup>13)</sup> Bericht, S. 3 ff.; Wildhaber, Projekt, S. 240 ff. Im Gegensatz zum Bericht, der weitgehend die geschlossene Arbeit des Stabschefs der Expertenkommission bildet, ist der Verfassungsentwurf selbst das Produkt vieler Redaktoren. Vorwiegend beteiligt waren: die Präsidenten der drei Subkommissionen für ihre Teile, zusätzlich ein dreigliedriger Ausschuß für die Subkommission I, ein viergliedriger für die Subkommission II. Eine Schlußredaktion, der zwei Juristen (J. F. Aubert und Rainer Schweizer) und ein Philologe (Werner Hauck) angehörten, sorgte für die Konkordanz von deutsch- und französischsprachigem Text und für begriffliche und terminologische Bereinigungen. Die Präambel stammt vom Schriftsteller und Literaturwissenschaftler Adolf Mutschg.

Mitglieder zählende Kommission umfaßte Persönlichkeiten aus vielerlei wissenschaftlichen und beruflichen Fachbereichen, vielerlei Alters, vielerlei Denkweisen und vielerlei parteimäßiger Affinitäten<sup>14)</sup>. Die Anschrift als »Experten«-Kommission zeigt keine Steigerung des Sachverstandes gegenüber der Arbeitsgruppe Wahlen an, vielmehr den Stand des in die nächste Phase vorgerückten Rechtsetzungs-Vorverfahrens mit einem nominal kenntlich gemachten Nachfolgeorgan.

Dieses neue Organ war in der personellen Zusammensetzung und in der Arbeitsweise von einem – allerdings ungewöhnlich zahlreichen – parlamentarischen Ausschuß nicht sehr weit entfernt. Es war teils mobiler, teils schwerfälliger, teils freier, teils mit hindernden Vorverständnissen bepackt. Trotz einer nicht abstreifbaren Heterogenität fand es sich aber in einem ungezwungenen gruppenspezifischen Vorgang zu einer arbeitstauglichen

<sup>14)</sup> Bei der Zusammensetzung der Kommission spielten regionale, sprachliche, berufliche und politische Momente eine wichtige Rolle. So stammten die 46 Mitglieder (darunter 6 Frauen) aus 17 Kantonen; 8 vorab kleinere und mittlere Kantone blieben bei der Kommissionsbestellung unberücksichtigt. – 31 Mitglieder waren deutscher, 12 französischer, 2 italienischer und eines rätoromanischer Muttersprache. Damit waren sämtliche Landessprachen entsprechend ihrem Anteil an der Gesamtbevölkerung vertreten. – Das Durchschnittsalter der Mitglieder betrug zur Zeit der Kommissionseinsetzung 45 Jahre; 18 Mitglieder zählten 40 Jahre oder weniger. Im Vergleich zum Bundesparlament war damit die jüngere Generation besser vertreten, lag doch das Durchschnittsalter der eidgenössischen Räte etwa in der Zusammensetzung von 1975 bei 52 Jahren. – Eine Gliederung der Kommission nach der beruflichen Herkunft ermöglicht die Bildung von 4 Hauptgruppen: 27 Juristen, 6 Ökonomen, 4 Redaktoren/Journalisten und 3 Politologen/Soziologen nahmen in der Kommission Einsitz; 6 Mitglieder gehörten anderen Berufsgattungen an. Bei den Juristen dominierten die Staatsrechtslehrer (8) und die Mitglieder von Kantonsregierungen (8), während bei den Ökonomen die Hochschuldozenten für Volks- und Betriebswirtschaftslehre (4) die Mehrheit ausmachten. Zur Gruppe der Redaktoren/Journalisten gehörten 2 Chefredaktoren. Von den Politologen/Soziologen (3) waren sodann alle Mitglieder in Lehre und Forschung tätig. – Insgesamt lehrten 20 Kommissionsmitglieder im Haupt- oder Nebenamt an einer Universität. Sie verteilten sich gleichmäßig auf die einzelnen Hochschulen; doch die größte schweizerische Universität (Zürich) war mit einem einzigen außerordentlichen Dozenten, der zudem noch an einer anderen Hochschule lehrte, »untervertreten«. – Fast die Hälfte der Kommissionsmitglieder hatte ein politisches Mandat auf kommunaler, kantonaler oder eidgenössischer Ebene inne. Dadurch wurde der Repräsentation der verschiedenen Wissenschaften ein ausgleichendes, praxisnahes Element gegenübergestellt: 11 Mitglieder verfügten über kantonale Regierungserfahrung und 10 Mitglieder gehörten dem Bundesparlament an. – Eine Aufschlüsselung der Kommission nach parteipolitischen Aspekten schließlich, die nebst Parteimitgliedschaften auch Parteiaffinitäten berücksichtigt, führt zum Ergebnis, daß den vier Regierungsparteien etwa 30 der insgesamt 46 Mitglieder zugeordnet werden können.

Einheit und brachte in vielen grundlegenden Fragen Einhelligkeiten zustande. Ob es eine größere und gefestigtere Repräsentanz als die Arbeitsgruppe Wahlen aufwies, ist eine schwierige und hier offen zu lassende Frage. Sicher ist die Steigerung der Effektivität, weil es seine Arbeit in einen Entwurf ausmünden lassen konnte.

Das Besondere an der Expertenkommission und Ursache ihrer Wirkungschancen war offensichtlich das *P r ä s i d i u m*. Daß der in der Sache zuständige und amtierende Bundesminister einer Expertenkommission der Rechtsetzungsvorbereitung vorsitzt, war zwar nicht neu<sup>15)</sup>, aber für viele Ohren gleichwohl unerhört, zumal da es keine bloße Titularleitung war, die die tatsächliche Führung völlig Zweiten überlassen hätte, sondern die volle und dauernde Präsenz des Regierungsmitglieds im Großen und im Detail. Davon profitierte einmal die Kommission, die angesichts dieses Vorsitzes sich qualifizierter rekrutieren ließ, die die eigene Bedeutung selbstsicherer einschätzte und damit leistungsfähiger war, die sich in der Arbeit disziplinierte und sich verpflichtet fühlte, den Zeitplan einzuhalten und an ein Ende zu kommen. Nach außen sodann war vernehmlich eine Brücke vom unverbindlichen Präparieren zu dem Gelände gelegt, bei dem Verbindlichkeiten beginnen und das bloße Suchen und Erörtern in eine faßbare Relevanz übergeht. E i n H a u c h v o n M a ß g e b l i c h k e i t umgab die Kommission und er teilte sich ihrem Entwurfe mit.

### 3. Das zweite Vernehmlassungsverfahren

Vom Frühjahr 1978 bis zum Sommer 1979 erstreckte sich ein breites öffentliches Vernehmlassungsverfahren. Damit wurde zum zweiten Mal – nach der Einholung von konzipierenden Stellungnahmen durch die Arbeitsgruppe Wahlen 1968/1970 – das Publikum angegangen, und diesmal prinzipiell unbegrenzt, obgleich primär von den Kantonsregierungen, den politischen Parteien und den Spitzenverbänden der Wirtschaft sub-

<sup>15)</sup> Wiederholt wurden bedeutungsvolle *G e s e t z e* durch vor- und außerparlamentarische Expertenkommissionen vorberaten oder entworfen, denen ein Mitglied der Regierung als Präsident vorstand, so z.B. das Strafgesetzbuch 1893–1895 und 1911–1916, das Zivilgesetzbuch 1901–1903, das Obligationenrecht 1901–1904 und 1908/09, das Fabrikgesetz 1907, das Wasserrechtsgesetz 1909/10, das Enteignungsgesetz 1917–1924, das Landwirtschaftsgesetz 1943 und 1948, das Patentgesetz 1946–1948. Für die große Partialrevision der Wirtschaftsartikel der *B u n d e s v e r f a s s u n g* (1947), für das Bodenrecht (1969) und für das Bildungs- und Forschungsrecht (1973) der Verfassungsstufe präsidierten ebenfalls Bundesräte die Expertenkommissionen.

stantielle Verlautbarungen erwartet wurden<sup>16</sup>). Zudem wurde die breite Diskussion in Massenmedien, Vereinigungen, Zusammenkünften erhofft. Dispute flammten in der Tat auf, und mit einigem Eifer wurden Vernehmlassungen ausgearbeitet und Gegenvorschläge zum ganzen oder zu einzelner formuliert. Rund 20 000 Seiten Eingaben sind vorhanden. Die Kritik ist weitgestreut, sammelt sich jedoch um die Brennpunkte der Regelungen über die Sozial-, Eigentums- und Wirtschaftsordnung einerseits und über die föderative Ordnung andererseits. Es steht nunmehr die Auswertung durch das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement<sup>17</sup>) bevor, an die sich eine wahrscheinlich einschneidende Bereinigung des Verfassungsentwurfs anschließen wird. Erst dann, d.h. voraussichtlich 1981, wird sich die Regierung mit der Thematik befassen und sich schlüssig werden müssen, was sie ihrerseits dem Parlamente empfehlen soll: Aufnahme der förmlichen Revision gemäß den Revisionsbestimmungen oder Verzicht darauf. Wenn Aufnahme, so stellen sich die weiteren Fragen, mit welchem Entwurf die Regierung das Parlament befassen will und welche Verfahren fortan eingeschlagen werden sollen<sup>18</sup>).

---

<sup>16</sup>) Ziff. 11 der Richtlinien (vgl. oben Anm. 11) legt fest, daß der Gesamtbundesrat zur Durchführung eines Vernehmlassungsverfahrens die Ermächtigung erteilt. Trotzdem ist es nicht »sein« Entwurf, der der öffentlichen Diskussion unterstellt wird, und er nimmt weder formell noch materiell den Entwurf unter seine Obhut. Politisch betrachtet er sich als völlig ungebunden, was manchmal gelingt, manchmal auch nicht. Vielmehr ist das federführende Departement ausgebende und adressierte Stelle, dem auch allein die Auswertung der Vernehmlassungen zufällt (Ziff. 17 der Richtlinien).

<sup>17</sup>) Die Administration der Auswertung obliegt einer Dienststelle (»Dienst für die Totalrevision der Bundesverfassung«) innerhalb des Bundesamtes für Justiz.

<sup>18</sup>) Welches Revisionsverfahren einzuschlagen sei, z.B. nach den Revisionsbestimmungen der geltenden Bundesverfassung und den Modalitäten von 1872–1874, oder ob zunächst die Revisionsbestimmungen geändert und neue Entscheidungswege geöffnet werden sollen, insbesondere die Möglichkeiten, einem Verfassungsrat statt der Bundesversammlung die Beratung zu übertragen und gegebenenfalls die endgültigen Entscheidungen statt gesamthaft paketweise herbeizuführen, ist politisch und für das Schicksal des Revisionsvorhabens von erheblicher Bedeutung. Die Expertenkommission hat sich diesem Fragenkreis nur am Rande zuwenden können, was sich nachträglich als erheblicher Mangel erweist, indem eine politisch relevante Sichtung der Revisionslage unberücksichtigt blieb. Klärend: Christoph Leuenberger (Anm. 2), *passim*. Vgl. auch Jean-François Aubert, Observations sur l'idée et sur le projet d'une nouvelle Constitution fédérale, in: »Totalrevision der Bundesverfassung – zur Diskussion gestellt« (Anm. 2), S. 249 ff.

### III. Mängel der geltenden Bundesverfassung als Revisionsmotive

Beachtlich ist der sich wiederholende Sachverhalt, daß Vertiefungen in die gegenwärtige Lage der Verfassung mehr Mängel, als sie üblicherweise bewußt sind, zutage fördern und unvoreingenommene Betrachter bewegen, sich den Revisionsbegehren zu öffnen. Die langwierigen bisherigen Arbeiten haben die Kreise derer geweitet, die aus objektiver Einsicht das Bedürfnis der umfassenden Änderung bejahen. Das ist bei weitem nicht zur erwähnten »Grundwelle« gediehen, beschränkt sich aber doch nicht mehr auf Wissenschaft und behördliche Promotoren. Es wird offenkundiger, daß nicht einfach politisches Bewegungsbedürfnis, persönlicher Geltungsdrang oder ideologische Angriffigkeit am Werke sind. Die Situation wird umso deutlicher, als die sozialen, politischen und rechtlichen Wandlungen seit 1966 das Revisionsbedürfnis wohl verstärkt haben<sup>19)</sup>.

<sup>19)</sup> Dabei sind zwei miteinander verwandte Zeitströmungen, die mit der üblichen Phasenverzögerung während der siebziger Jahre in die Schweiz eingeströmt sind und derzeit zwar verflachen, ohne aber zu verlaufen, daran beteiligt, einer Totalrevision Nahrung zu geben.

Ein erstes ist die allgemeine Verwissenschaftlichung, die von der Wissenschaft aus auch das politische Leben bewegt (vgl. Otfried Höffe, Die Universität in einer verwissenschaftlichten Welt, in: »90 Jahre Universität Freiburg« [Freiburg i.Ü. 1979], S. 61 ff.) und mit ihrer heutigen Haltung beeinflusst: Wissenschaft nicht mehr als Inbegriff wahrer und gewisser Einsichten in das unveränderliche Wesen der Dinge, sondern ein nie abgeschlossener, sich dauernd selbst revidierender Prozeß bei einer hochgezüchteten Perfektion, die in Perfektionismus und Pedanterie ausarten kann. Der »Fortschritt« geht auf weitere und ständig veränderte Verständnisse oder besteht zumindest in Neuformulierungen überkommener Einsichten. Das kann im Bereich der humanbezogenen und Normativwissenschaften auch ein bloßes Verändern – ohne jenes »aufwärtsschreitende« und immer besser werdende »Fort-Schreiten« – bedeuten. Die »Änderung an sich« wird Ausweis der Präsenz und des Wachseins und läuft im übrigen auf einen Selbstwert hinaus, der auch die Revision einer Verfassung ergreifen kann.

Ein zweites ist das endlose Thema des Planens, insbesondere der politischen Planung, in deren Licht die Neuschaffung einer Verfassung absoluter Höhepunkt sein muß, gleichsam die perfektionierte Planung. Wo Planung als Wert, als Weg und Mentalität ergriffen wird, wird Totalrevision einer Verfassung, die sich im Zustand der Bundesverfassung befindet, zur Unausweichlichkeit. Nun klingt die allgemeine Planungsbereitschaft allmählich auch in der Schweiz ab, so daß diese Stütze des Revisionsvorhabens schwach oder gar kontraproduktiv wird. Optimistisch zur Planung im politischen Bereich noch: Wolf Linder, Planung und Verfassung, ZSR 96 I (1977), S. 369 ff.; Wolf Linder/Beat Hotz/Hans Werder, Planung in der schweizerischen Demokratie (Bern/Stuttgart 1979), mit »Thesen zu einem mittleren Weg« für die staatliche Wirtschaftsgestaltung. Mit Bedenken schon reich durchsetzt: einzelne Beiträge in: Martin Lendi/Wolf Linder (Hrsg.), Politische Planung in Theorie und Praxis (Bern/Stuttgart 1979).

### 1. Offenkundige Mängel

Was die augenfälligen Mängel der geltenden Bundesverfassung betrifft, so lassen sie sich mit folgenden Stichworten kennzeichnen:

- die unzureichende Klarheit infolge der Einbuße an systematischer Geordnetheit, begrifflicher Durchdringung, sprachlicher Angemessenheit und verständlicher Darstellung dieses Staates,
- die Unausgeglichenheit der Regelungsbereiche untereinander (Asymmetrie des Regelungsgefüges),
- das Fehlen eines Grundrechtskatalogs, so daß Grundrechte verstreut auftreten, größtenteils aber als ungeschriebene nur kraft richterlicher Anerkennung existieren,
- die verwirrliche, der sinnvoll-konsequenten Interpretation entwundene Wirtschaftsverfassung,
- die Zerrüttung der Finanzverfassung,
- Rückstände und Verhüllungen im organisatorischen Teil mit Einschluß der föderativen Ordnung,
- Gebrechlichkeiten des Grundrechtsschutzes und der Explikation von staatlichen Strukturprinzipien.

Aus diesen Mängeln werden als Konsequenzen vor allem abgeleitet: Schwächung der normativen Kraft, der Integrationsfähigkeit, der Möglichkeit von effektiven Machtbegrenzungen, der Sichtbarmachung des Staatsaufbaus.

### 2. Revision an und für sich

Allein, es wird nach und nach spürbar, daß es bei den Revisionsbegehren mitunter nicht nur darum geht, eine formal geordnete und inhaltlich aufbereitete Verfassung zu schaffen und ihr gemäß das staatliche Leben auf bereinigter Rechtsgrundlage zu führen. Darüber hinaus liegt auch Wichtiges am Vorgang der Revision an und für sich, das heißt: an der Bewußtmachung der gegenwärtigen Problematik von Recht, Staat und Gesellschaft und ihren Verbindungen mit dem Menschen, an der Möglichkeit der Auseinandersetzung und der Aufweisung eines erneuerten Konsenses, an der neuen Entscheidung für diesen Staat und sein Sosein. Anstrengung, Abmühen, Neufindung sind zwar an der konkreten Aufgabe der Verfassungsänderung vorzunehmen, und es ist deklariertes und akzeptiertes Ziel, die »gute Verfassung« zustandezubringen. Aber das Ergebnis der verbesserten Verfassungs-urkunde mit zeitgemäßem Inhalt ist bei dieser Sicht nicht das Einzige und allein Sinngebende. Es rückt in den Vordergrund, die Gelegenheit des Ver-

fahrens zu benutzen, um politisch-soziale Belebung, Bestätigung und Novation hervorzurufen. Mit andern Worten: die Revision wird Großanlaß eines potenzierten Integrationsvorgangs für eine heikle geschichtliche Phase – mit freilich erhofften anhaltenden Wirkungen – verknüpft mit ausgreifenden Sozialsanierungen, wofür der neue Verfassungsgehalt nicht viel mehr als Signum wäre.

Bei solcher Gewichtsverlegung drängt sich freilich bedrohlich das Verfassungsverständnis von der »Verfassung als Gesamtentscheidung« oder von ihrem einseitig bloß instrumental-beiläufigen Charakter für den »Staat als Integration« in den Vordergrund – zwei Deutungen, die im bisherigen Revisionsgespräch wenig berührt wurden, aber nun wahrscheinlich unterschwellig Zurückhaltung und abwehrende Zustimmung gegenüber dem Verfassungsentwurf stärken.

### 3. Der schwindende Sinn für die Aufgabe der Verfassung

Mehr eine Folgerung aus den geschilderten Mängeln denn ein eigenständiges Defizit ist der stille Zerfall der Autorität der Verfassung. Zwar lebt die geltende Bundesverfassung, wie schon die Dutzende von hängigen Partialrevisionsverfahren bezeugen, im politischen Alltag, und sie ist kein vergessenes Kind<sup>20</sup>). Ja, sie ist nicht einmal sonderlich unbequem für jene, welche die Staatsgestaltung betreiben müssen, indem sie Regeln oft weit genug gefaßt, Auswege geöffnet oder Änderungen ermöglicht hat. Indessen: gerade deswegen und zufolge ihrer dem Allgemeinverstand entrückenden Gestalt büßt sie an Würde und am notwendigerweise erhöhten Ansehen einerseits, an Vertrautheit im Respekt aus Zuneigung und Verbundenheit andererseits ein.

---

<sup>20</sup>) Anders als in den meisten Kantonen. Wenn seit einigen Jahren eine Zahl von Gliedstaaten an die Totalrevision ihrer Verfassungen herangetreten ist – Glarus, Solothurn, Basel-Landschaft, Aargau, Thurgau mit fertigerstellten Entwürfen; Luzern, Uri, Schwyz und Freiburg in Vorbereitungsphasen – und teilweise sie auch schon abgeschlossen hat – Nidwalden (1965), Obwalden (1968) –, so geschah es teils im bloßen Reflex zu den Revisionsbegehren im Bund ohne drängende Motivierung, teils in echter Besorgnis, den Kantonsverfassungen wieder eine Rolle zu verschaffen. Damit stärkt der Gliedstaat nicht nur seine Staatlichkeit und sein integratives Selbstbewußtsein, sondern bereichert sich *realiter* um die Möglichkeiten, die gelebtes Verfassungsrecht dem Gemeinwesen auf tut. Diese Revisionen sind zu unterscheiden von den Verfassungsgebungen für die Schaffung neuer Kantone (Wiedervereinigung beider Basel, gescheitert 1969; Abtrennung des Nordjuras vom Kanton Bern 1977).

Ihre schwindende Relevanz wird wenig bewußt, doch verbreitet spürbar, und alles, was mit der Idee der Verfassung verknüpft wird, baut sich ab. Eine Totalrevision, das ist eine weitere Erwartung, sollte Idee, Begriff und Gehalt der Verfassung aufwerten, die bleibenden Werte des Verfassungsgedankens beleben und hinübertragen ins neue Jahrhundert<sup>21)</sup>.

#### IV. Bleibende Einwände

Die Revisionsbegehren, die sich angesichts der erwähnten Verfassungsmängel rechtfertigen, erleiden Einschränkungen, wenn das reale Vorgehen und die Schwierigkeiten, auf die es unvermeidlich stößt, ins Blickfeld treten. Es sind einesteils die Einwände, die schon ursprünglich erhoben worden sind und überleben (vgl. oben A/I). Andernteils sind es neuere. Auf drei nur mag beispielhaft hingewiesen werden, die symptomatisch sein dürften; (vgl. auch unten E/I/II).

##### 1. Die Problematik der Aufklärung

Es meldet sich immer lauter die Frage, ob es tunlich sei, die an sich unbestrittenen Mängel der geltenden Verfassung ins helle Licht zu rücken und daraus die Korrekturen zu erwarten. Jedenfalls schaffe man mit der Ausbreitung und einhämmernden Wiederholung Ungewißheiten, verursache Beunruhigungen, verstärke Unbehagen, ohne sicher zu gehen, ob die negative Diagnose voll zutreffe und ob eine taugliche Therapie angeboten werden könne. Die Problemeinsicht könne auch lähmend statt antreibend wirken. Und eine Verfassungsrevision bedeute die Begründung von Konsens, was einen Bewußtmachungsprozeß erfordere, bei dem heute noch tauglicher Konsens verloren gehen und neuer nicht hervorgerufen werden könnte.

<sup>21)</sup> Wegleitend ist immer noch und immer wieder, was Walther Burkhardt im Vorwort zur 3. Auflage seines Kommentars (Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 [Bern 1931], S. VIII) zur Verfassungssituation ausgeführt hat: »... Man hat den Zusammenhang mit dem Ganzen, das eine Verfassung ist, übersehen, dagegen das einzelne, das gerade zu regeln war, mit beschränkter Ängstlichkeit ausgestaltet...; es liegt aber vielleicht auch am byzantinischen Zug unserer Zeit überhaupt, die vor lauter Vielwisserei überall das grundlegende Eine übersieht«. Trotzdem wagte Burkhardt nicht, zur Totalrevision zu raten: Die »Zeit für eine Gesamtrevision der Verfassung (ist) noch nicht gekommen, so wünschenswert es auch wäre, das viele Metall einzuschmelzen, um das gebundene Gold daraus zu gewinnen«. Er warnt auch 1934 vor der Anhandnahme der Totalrevision, freilich dann vor allem deswegen: »... jetzt weiss man in der Hauptfrage nicht, was man will« (Die Totalrevision der Bundesverfassung, jetzt in: Aufsätze und Vorträge 1910–1938 [Bern 1970], S. 324 ff., insbes. 339).

Doch selbst wenn man von der Wissenschaft aus, die notwendigerweise vom Wert an sich und zudem vom sanierenden Effekt der Wahrhaftigkeit auch *in politicis* argumentiert, entschieden der Aufklärung das Wort redet und von der klügelnden Verschleierung keine Heilung erwartet, so stellt sich doch *in praxi* eine beharrliche Frage, die mit dem Hinweis auf Wahrhaftigkeit und Aufklärung, wie das bisherige Revisionsgespräch nachdrücklich belegt, nicht abgetan ist. Wie werden krisenhafte oder andere bedrängende Sachverhalte namentlich in der halb-direkten Demokratie verlässlicher angegangen und bewältigt: durch freimütige Offenlegung oder durch vorsichtige und reich differenzierende Schilderungen, jenes verknüpft mit der »Aufs-Mal-Korrektur«, dieses mit sukzessiven »Schub-Korrekturen«? Die generelle Beantwortung ist schwerlich möglich, weil man »die Wahrheit«, auf die man stoßen und als Handlungsbasis gewinnen möchte, nicht schon in der »Offenlegung« ergriffen hat. Doch wessen Maß wäre dann aufzunehmen? Die bisherigen Erörterungen um die Verfassungsrevision sind sprechende Beispiele für verbliebene Verlegenheiten, wenn daran gegangen wird, mit Problemschilderungen und mit Wertungen der Lage von Staat und Verfassung Voraussetzungen für die »gute Verfassung« und neuen Grundkonsens zu schaffen. Und derartige Verlegenheiten beengen den Atem zum Aufbruch. Sie legen dem Taktiker der Politik nahe, zuzuwarten, den günstigen Verlauf der Dinge aus dem Treibenlassen zu erhoffen, für den ungünstigen Fall aber sich immer noch den Entschluß vorzubehalten, die Korrekturen durchzuführen, die dann auch noch die Hilfe aus Sozialdruck und aus dem Sachzwang zu erwarten hätten. Daß es auch einmal zu spät sein könnte, wird bei solcher Einstellung wenig bedacht.

## 2. Der derzeit fehlende »Beruf für Gesetzgebung«

Ein anderer Einwand, der stehen bleibt, geht vom Zweifel aus, ob es gelinge, etwas wesentlich Besseres zustandezubringen, als man hat: die Diagnose sei eine Sache, das Bessermachen eine andere. Der Grundton Friedrich Carl von Savignys aus dem Jahre 1814 wird gerne aufgenommen und auch unserer Gegenwart der »Beruf für Gesetzgebung« abgesprochen<sup>22)</sup>.

<sup>22)</sup> Savignys Gründe gegen die Kodifikation des bürgerlichen Rechts waren u.a. der Mangel an bedeutenden Juristen, das unzureichende allgemeine Bildungsniveau, das sprachliche Ungenügen für die Rechtsetzung, die unzulänglichen Einsichten in die tatsächlichen Gesellschaftsverhältnisse, das Unvermögen, eine gesamtheitlich-umfassende Aufgabe *in abstracto* angemessen zu bewältigen. Friedrich Carl von Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Heidelberg 1814), insbes. S. 45 ff.

a) Das vielfache Ungenügen steigert sich im Blick auf den heutigen Pluralismus, der bei einem bestehenden Verfassungswerk den Kernkonsens dank mannigfachen Stützen in unbewußten, halbbewußten und tradierten Akzeptationen doch unangetastet läßt, während er bei einer Totalrevision voraussetzungsgemäß aufgeweichtes Terrain vorfindet und das Risiko unabweisbar ist, daß die Verdichtung zu einem tragfähigen Homogenitätsstand mißlingen könnte, und zwar selbst dann, wenn die Revision wieder zu den gleichen Werten und Grundentscheidungen gelangte wie die bisherige verfassungsrechtliche Ordnung.

b) Es bestehen in der Tat einschneidende Unterschiede darin, ob Verfassungen für staatliche Neuanfänge oder für Korrekturen des an sich aufrechtstehenden, des intakten Staates geschaffen werden. Beenden sie Revolutionen oder Staatslosigkeit oder stellen sie, auf Grund radikaler Mentalitätsumkehr oder sonstiger Veränderung von Legitimitätsfaktoren ohne sichtbare Revolution, systemverändernde Grundlagen her, so wird das Unterfangen durch den Erfolgswang, durch verzweigte Einigungsbereitschaften und Zeitdruck begünstigt, und die inhaltliche Detaillierung ist zweitrangig. Typischerweise bringen hier Verfassungen das Ende einer ungunstigen Periode, und sie vermögen sich als hoffnungsvolles Instrument zur Stiftung von Frieden, Recht und Ordnung anzupreisen und durchzusetzen.

c) Anders ist es, sich herauszunehmen, das Grundgesetz, auf dem logisch, ideell und vielleicht ideologisch das ganze Gemeinwesen aufruht, beiseitezuschieben und ein neues einzubringen, obwohl das bestehende noch funktioniert, und zwar ganz leidlich. Im intakten Staat stößt das Revidieren schon von vorneherein auf den Widerstand der Etablierten im weitesten Sinne dieses Wortes, die dank der herkömmlichen Situation ihre Stellung errungen haben und halten können. Es findet kein Gehör bei denen, die entweder die korrekturbedürftige Lage nicht zu verstehen imstande sind oder die auf die Anstrengung der Er-Arbeitung verzichten wollen. Es löst Mißtrauen aus bei denjenigen, die im Änderungswillen zerstörerische Impulse erblicken oder die sachbegründete Turbulenzen befürchten, wenn Fundamentalnormen angezweifelt und ausgewechselt werden. Schließlich ist es sachlich und praktisch unvergleichlich schwieriger, weil sich die total revidierte Grundordnung weitgehend einzufügen hat in eine bestehende Rechts- und Staatsordnung und von der logischen Möglichkeit, Anfang und Ursprung für alles zu sein, bei weitem nicht Gebrauch machen kann<sup>23)</sup>.

<sup>23)</sup> Dazu nochmals unten B/II/1. – Dabei hätte eine intakte Rechts- und Staatsordnung erst recht die sorgfältige Behütung nötig, die rechtzeitig eingzugreifen gebieten wür-

Auf jeden Fall erlangt das Inhaltliche der Neuordnung eine hervorragende Bedeutung, und dies bis in die Einzelheiten; die Qualitätsanforderungen schnellen in die Höhe und greifen aus in die Breite. Eine »Legitimation durch Verfahren« reicht für diesen Revisionstypus nicht aus.

d) Dazu gesellt sich – auch eine Qualitätsfrage – die keineswegs leicht zu nehmende Problematik der Gesamtschau. Verfassungsgebung im aufrechtstehenden Staat nährt sich objektiv aus dem Bedürfnis, inmitten eines trübenden Erosionsvorgangs stärkende Orientierungssicherheit in der großen Dimension herzustellen und darob gefestigte gesamtheitliche Handlungsvoraussetzungen zu schaffen. Sie versteht sich als Versuch, aus einer Gesamtsicht heraus wieder etwas Gesamtheitliches und eine Ganzheit zu werden. Denn offenbar gibt es in der Abwicklung des alltäglichen politischen Prozesses die erwünschte umfassende Sicht weder bei den Lagebeurteilungen noch bei der Darbietung der Handlungsvarianten und der schließlichen Entscheidungen, und das Devisionsergebnis ist in aller Regel erst recht nicht das, was für das komplexe Ganze steht. Verhält es sich mit dem normalen politischen Entscheidungsvorgang dergestalt, so meldet sich verstärkt Hoffnung auf die Totalrevision. Hier zumindest sollte »es gelingen«, selbst wenn es mit den gleichen Organen und den gleichen Köpfen zustandekommen muß wie der übliche politische Entscheid<sup>24</sup>). Der *Pouvoir*

---

de, sonst ist jede Neuerung nur reaktive Abwehr. Der Bericht (S. 13) sagt darüber: »Ein Neuerungswille wird immer dann am stärksten fühlbar sein, wenn die Dinge schon weitgehend unhaltbar geworden sind. Wer vorausblickend denkt und regiert, wird sich bemühen, rechtzeitig einzugreifen, damit die Dinge nicht unhaltbar werden«.

<sup>24</sup>) Es wird leicht und ständig übersehen, daß auch eine Totalrevision der Bundesverfassung nach den geltenden Revisionsbestimmungen »auf dem Wege der Bundesgesetzgebung« (Art. 119 BV) abläuft, also eine Identität der Organe und weitgehend auch der Verfahren zu denen der Partialrevision der Verfassung und zur einfachen Gesetzgebung besteht. Man nähert sich insoweit immer noch dem alten Begriff der »biegsamen« Verfassung, und in der politisch-praktischen Staatsgestaltung ist das Verfassungsrecht im formellen Sinne relativ wenig abgehoben vom Gesetzesrecht, so daß die Aufregung, die wegen der geringen Regelungsdichte der Verfassung und den weitreichenden Freiräumen des Gesetzgebers bezüglich des I. und II. Teils des Verfassungsentwurfs entstanden ist, oft übermäßig erscheint. Zumindest müßte man erwarten, daß auf der Einsetzung eines besonderen Verfassungsrates, der eine eigenständige verfassungsgebende Gewalt darzustellen vermöchte, beharrt würde. Der Verfassungsentwurf selbst läßt für eine (künftige, nicht schon für die jetzt einzuleitende) Totalrevision die Wahl zwischen Verfassungsrat und ordentlichem Parlament zu: Art. 115–117 VE. Vgl. aber oben Anm. 18. Zum Verfassungsrat, der im geltenden Recht der Kantone geläufig ist: Martin Rudolf Erb, Der Verfassungsrat im schweizerischen Staatsrecht (Aarau 1962).

*constituant* – selbst in Gestalt eines *Pouvoir constituant constitué* – hat einen Abglanz von der Stimmung des Ballhaussaals vom Sommer 1789 immer noch, und die Erwartung, im Schoße des Verfassungsgebers vollziehe sich das Wunder der Gesamtsicht und des gesamtheitlichen Resultats *eo ipso*, lebt zugeständenermaßen oder verdeckt immer wieder auf.

Doch hinter der Forderung und Erwartung des Gesamtheitlichen und Ganzheitlichen kann auch eine unerfüllbare, unmenschliche Vorstellung stehen: als ob es möglich wäre, den Staat der Gegenwart, mitsamt den Gesellschaftsbezügen und seinen anthropologischen Verankerungen, simultan zu verstehen und für ihn aus überlegener Sichtung synthetisch die Strukturen und Handlungsanweisungen zu geben. Die vollkommene Verfassunggebung aus vollkommenem Vermögen für einen vollkommenen Staat – daß dies nicht möglich sein kann, gibt leicht Anlaß, die Revisionsbegehren fallen zu lassen.

### 3. Das politisch-taktische Opponieren

Schließlich treten Widerstände gegen die Totalrevision auf, die sich in der politisch-taktischen Gegenbewegung des einfachen Opponierens begründen: Man will nicht, weil jene anderen wollen; man will nicht das, was jene andern proponieren. Da erfährt dann die geltende Bundesverfassung wundersame Belobigungen, und selbst nostalgische Rechtfertigungen finden ihren Weg, um sachlich auftretende Verbrämungen herzustellen.

#### B. Revisionsziele und Revisionsvoraussetzungen der Expertenkommission Furgler

##### I. Die expliziten Ziele

###### 1. Die Anknüpfung an den Mängeln des geltenden Rechts

Die Rechtsetzungslehre empfiehlt, Rechtsetzungsvorhaben an durchdachten Konzepten bezüglich der Ziele und der politischen Lösungsmöglichkeiten zu orientieren, nachdem die Voraussetzungen der aufgetragenen Rechtsetzung in faktischer und rechtlicher Hinsicht mit Einschluß der Ermittlung von Nebenwirkungen untersucht worden sind. Von hervorragender Bedeutung, auf den richtigen Weg zu gelangen, ist die Abklärung, welche Mängel der bisherigen Ordnung anhaften: Das scheint ein legislatives Denken vom Negativen her zu bewirken und die Tendenz zu stärken, nur im Neuen das Gute zu sehen und dies am simplen Gegenbild des

Bisherigen auszurichten. Die Praxis dürfte jedoch belegen, daß diese Gefahr gering ist und daß die Gewähr, das wirklich Mangelhafte zu verlassen und echte Verbesserungen auf das Richtige hin zustandezubringen, wächst<sup>25</sup>).

Die Expertenkommission hat an Mängeln der geltenden Ordnung in der Tat angeknüpft<sup>26</sup>) und sich dann an mehr oder weniger selbst entworfene Ziele gehalten, die sowohl abstrakt und politisch in »Hauptziele« ausmündeten als auch in konkreteren Direktzielen oder Zielgruppen Niederschlag fanden, ohne daß darüber ausdrücklicher Konsens herbeigeführt und ermittelt wurde. Darin liegt gewiß eine Inkonsequenz – wenn schon legislatorische Konzepte, müßte auch ihre Tragfähigkeit feststehen –, doch war das Risiko zu groß, daß man sich in programmatischen Erörterungen verlor und den Hauptauftrag, einen Verfassungsentwurf zustandezubringen, zeitlich verzögert hätte. Der subtile Aufbau eines Textes von aussagekräftigen Konzepten her gelingt eher in kleinen, stark fachgerichteten und politisch einfach-eindeutig aufgeschlüsselten Präparativgremien als in einem pluralistisch ausgedehnten Großgremium.

<sup>25</sup>) Zur geschilderten Methodik vgl. Rainer J. Schweizer, Allgemeine Gesetzgebungsprobleme aus der Sicht der schweizerischen Bundesverwaltung, in: Jürgen Rüdiger (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung (Berlin/Heidelberg/New York 1976), S. 146 ff., insbes. S. 149 f.; Georg Müller, Richtlinien der Gesetzestchnik in Bund und Kantonen, *ibid.*, S. 211 ff.; ders., Methode und Verfahren der kantonalen Gesetzgebung am Beispiel des Kantons Aargau, Schweizerisches Jahrbuch für politische Wissenschaft 1978, S. 55 ff.; André Graeni [u.a.], Eine Betrachtung der Checkliste der Eidgenössischen Justizabteilung, in: Eichenberger [u.a.] (Hrsg.), Grundfragen der Rechtssetzung (Basel 1978), S. 405 ff.; Clara Enderle/Martin Wicki, Tauglichkeit und Grenzen einer Rechtssetzungstechnik, untersucht an den Richtlinien des Bundes und der nordwestschweizerischen Kantone, *ibid.*, S. 445 ff.; Kurt Eichenberger, Fragen des Ausmasses und der Methoden von Partialrevisionen der Bundesverfassung im Vorfeld einer Totalrevision, ZSR 96 I (1977), S. 209 ff. (223 ff.). – Zum bedeutsamen und schwer erfassbaren Aspekt der Nebenwirkungen: Gerhard Zimmer, Tanaland, Überlegungen zu einer komplexen Verfassungstheorie, Der Staat 18 (1979), S. 161 ff.

<sup>26</sup>) Der Schlußbericht der Arbeitsgruppe Wahlen hat formelle Mängel der geltenden Verfassung aufgelistet (S.762 ff.); die materiellen ergaben sich implizit teilweise aus den materiellen Ausführungen des Schlußberichts. Später haben die Subkommissionen der Expertenkommission für ihre Teile Mängel namhaft gemacht, ohne daß die Gesamtkommission dazu Stellung genommen oder gar eine gesamtheitliche Mängelliste aufgestellt hätte. Übersicht über Mängel vgl. oben A/III/1. – Von einer im voraus festgelegten Mängelliste beginnen im Kanton Solothurn die behördlichen Revisionsarbeiten: »Totalrevision der Kantonsverfassung. Mängelkatalog und Revisionsmodalitäten«, erstellt von einer parlamentarischen Spezialkommission, publiziert zuhanden des Parlamentsplenums im September 1979.

## 2. Vier Hauptziele

Die Totalrevision soll nach der Expertenkommission selbst auf etwa vier Hauptziele ausgerichtet sein: erstens auf die Herstellung einer praktikablen Gesamtsichtung in den größeren Zusammenhängen; zweitens auf die Verbesserung der Staatsstruktur, solange es dazu noch Zeit ist und keine Schädigungen des Gemeinwesens sich eingefressen haben; drittens auf den Antrieb einer evolutionären Entwicklung, die im Wechsel von Vorschreiten und Anpassung die anfallenden Probleme meistert; viertens auf die Herstellung von ausgewogenen politischen Verhältnissen in der semi-direkten Demokratie, die die Aktivität der Bürger und ein komplexes Begegnungssystem zwischen diesen und den Behörden voraussetzt<sup>27)</sup>.

Auf diese Hauptziele hin wirken vier Leitsätze, die den Verfassungsgeber lenken sollen: die Sichtbarmachung der langfristigen prinzipialen Grundsätze des Staatswesens, die Förderung des Gemeinwohles und Eindämmung übermächtiger Partikularinteressen, die Steigerung der Leistungsfähigkeit des Staats unter dem Blickwinkel der Entfaltungs- und Entscheidungsfreiheit des Einzelnen, die Straffung und Neugliederung der Verfassung im Sinne einer formalen Textbereinigung und einer inhaltlichen Strukturbereinigung<sup>28)</sup>.

## 3. Konkretere Zielgruppen

Die grundlegende Korrektur der Verfassung, also primär eine Antwort auf die aufgewiesenen Mängel der geltenden Ordnung, soll formal Ausdruck finden in einer übersichtlichen Systematik, in der Konzentration auf das Wesentliche, in einer einfachen und verständlichen Sprache, in Kohärenz und innerer Geschlossenheit. In materialer Hinsicht werden angestrebt:

- die Stärkung und Modernisierung der Grundrechte,
- die Anpassung der Sozial-, Eigentums- und Wirtschaftsordnung an die geänderten Bedürfnisse,
- die übersichtliche und einfache Aufgabenverteilung zwischen Bund und Gliedstaaten,
- die einfache und leicht verständliche Finanzordnung für den Bund und für dessen Beziehungen mit den Gliedstaaten,

<sup>27)</sup> Vgl. Bericht, S. 6 ff.

<sup>28)</sup> Vgl. Bericht, S. 15 f.

- der durchsichtige Entscheidungsprozeß, vorwiegend durch Vereinfachung und Versachlichung der politischen Rechte des Bürgers und durch verbesserte Rechtsetzungsformen und -verfahren,
- die Ermöglichung vorausschauender Staatsführung,
- besserer Rechtsschutz des Einzelnen durch einen Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit<sup>29)</sup>.

## II. Einbindungen einer Totalrevision in der Gegenwart

### 1. Das Einfügen in eine schon bestehende Rechtsordnung

Daß trotz der rechtslogisch dominanten Stellung der Verfassung eine Totalrevision im komplexen Staat der westlichen Welt materiell keinen Ursprung darstellen kann und sich vielfältig in eine schon und weiterhin bestehende Normordnung einfügen muß, ist wiederholt festgehalten worden<sup>30)</sup>. Es ergeht der Verfassung in dieser Hinsicht ähnlich wie einem großen Gesetzgebungsvorhaben. Der Verfassungsentwurf fügt sich im Prinzip dieser Zwangslage, wiewohl mit einer gewissen Zurückhaltung. Er ist praxisbezogen und schmiegt sich gern an die bestehende Ordnung an, was freilich in den Vernehmlassungen wiederholt verkannt worden ist. Der Verfassungsentwurf verringert damit den Stapel der Konsequenznormierungen nachfolgender Rechtsetzungsstufen und mildert die Stillstände und Verwirrlichkeiten, die die Einführung einer neuen Verfassung im bestehenden Staat auslösen kann. Das sind nicht bloß rechtstechnische Probleme der Verarbeitungskapazität der Rechtsetzungsorganisation und der geschickten Einführungs- und Übergangsregelungen, sondern auch Probleme der substantiellen Staats- und Rechtskontinuität, die über die Frage der politisch-ideologischen Systemveränderung hinausgreifen und für die Erlangung der legitimierten Praktikabilität entscheidend sein können.

Dieses Einfügensbestreben ist eine gehobene Ermittlung der politischen Tragfähigkeit, was weitaus mehr ist als das übliche Suchen nach der Referendumstauglichkeit, wo die Behörden unter Referendums-

<sup>29)</sup> Vgl. Bericht, S. 17.

<sup>30)</sup> Vgl. oben A/IV/2/c. - Zur notwendigen Einpassung in bestehendes Recht und damit Anpassung an dieses, auch und gerade für totalrevidiertes Verfassungsrecht, vgl. Schlußbericht, S. 22 f., 30; Peter Häberle (Anm. 2), S. 3, 30; vgl. auch allgemeiner: Peter Noll, Gesetzgebungslehre (Reinbek bei Hamburg 1973), S. 104 ff.; Georg Müller, Die Einführung neuer Rechtsnormen in die bestehende Rechtsordnung, in: Eichenberger [u.a.], Grundfragen der Rechtssetzung (Anm. 25), S. 369 ff.

drohungen nach kompromißhaften Lösungen gemäß einer konkreten politischen Konstellation Ausschau halten. Jene politische Tragfähigkeit ist für einen Verfassungsentwurf, der erst nach etlichen Jahren die letztentscheidenden Organe der Verfassungsgebung passieren wird, auf einen weiteren Zeithorizont und auf eine vom augenblicklichen politischen Kalkül abgehobenere Bemessungsgrundlage zu stellen als ein beliebiges Gesetzesprojekt oder eine Verfassungsteilrevision. Ob sie im Verfassungsentwurf erlangt worden ist, kann nicht schon an den jetzt eingegangenen kritischen Vernehmlassungen abgelesen werden, indem diese möglicherweise zu kurz greifen.

## 2. Konsensfindung im pluralistischen Gefüge

Eingebunden war die heterogene Expertenkommission auch insofern, als sie anlagegemäß die Konsensfindung pluralistischer Gremien betreiben mußte. Im Effekt – weniger in den beobachteten Arbeitsmethoden – spiegelt sie wider, was sich auch in den ständigen institutionalisierten Behörden der pluralistischen Demokratie vollzieht<sup>31)</sup>. Demzufolge beruht der Verfassungsentwurf nicht auf mitgebrachten und übernommenen einheitlichen Konzepten, Modellen, Theorien oder Ideologien, wenn auch einige Vernehmlassungen wännen, es hätten »Linkslastigkeit« und »Staatsmanie« vorgeherrscht, und diese seien die einzig bestimmenden Richtpunkte gewesen. Es war aber auch weder verfahrensökonomisch noch strukturell denkbar, zunächst eine ideelle Einheitsgrundlage zu schaffen, von der aus die Institutionen, Institute, Figuren und Normen in plausibler Konsequenz zu gestalten gewesen wären. Die Voraussage der Arbeitsgruppe Wahlen bestätigte sich vielfach, daß die »problemorientierte Verfassungsgebung« mit dem Suchen nach einer wirkungsfähigen Verfassung<sup>32)</sup> die

<sup>31)</sup> Bei den Arbeiten zur Verfassungsgebung im pluralistischen Gefüge fand die Expertenkommission gleichsam Schritt für Schritt die Feststellungen und Deutungen bestätigt, die Ulrich Scheuner, *Konsens und Pluralismus* (1976), jetzt in: *Staatstheorie und Staatsrecht* (Berlin 1978), S. 135 ff., darlegt. Vgl. auch Peter Häberle (Anm. 2), S. 18 ff. Die Ausweitung zu einem Denken in Alternativen (»pluralistisches Alternativdenken«), das durch eine zeitgemäße Rechtsetzungslehre auch von der Ermittlung der annähernd richtigen Lösungen der auferlegten Aufgaben gefordert ist, ergab sich aus der Pluralismuskonstellation heraus (Peter Häberle, *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens*, AÖR 102 [1977], S. 27 ff., jetzt auch in: *Verfassung als öffentlicher Prozeß* [Berlin 1978], S. 17 ff.), wobei das Problem darin liegt, praktikabel zu bleiben, die Aufweise von Möglichkeiten um der Diskursführung willen zu reduzieren und Kohärenz einer Gesamtverfassung herzustellen oder zu wahren.

<sup>32)</sup> Zur wirkungsfähigen Verfassung: *Schlußbericht*, S. 43 ff.

möglichen Lösungen hervorzubringen hat. Eine Erleichterung bot in der Expertenkommission eine unverkennbar stark auf anthropologische Wertvorstellungen gegründete Grundhaltung, die zwar kein einziges und einfaches Menschenbild als normative Lenkung hervorzubringen trachtete, aber doch zu erstaunlichen Kongruenzen führte<sup>33)</sup>, das heißt zu relativen Übereinstimmungen ohne ausdrückliche und ausgiebige Konsensfindungsverfahren.

### 3. Grundbefindlichkeiten des angetroffenen Menschen

Die Expertenkommission war nicht vom Mutwillen besessen, durch das Medium der Verfassung den Menschen der »nächsten oder übernächsten Zukunft« zu prägen, gab sich jedoch auch nicht damit zufrieden, von einem einzigen abstrakt-realen Abbild des Menschen auszugehen, abgesehen davon, daß über dieses Abbild gerade nicht Einigkeit erzielbar gewesen sein dürfte<sup>34)</sup>. Sie hatte indessen doch auf den Menschen hin ihren Entwurf zu erstellen, der in seinen Grundbefindlichkeiten nicht zu überspringen ist und ihre Lösungsvorschläge maßgeblich mitbestimmen mußte. Wagt man an Hand der Kommissionsberatungen und teilweise im Rückblick vom schließlichen Verfassungsentwurf her wegleitende Vorstellungen vom Menschen, den der Verfassungsgeber antrifft und mit dem er rechnen muß, zu skizzieren, so ergeben sich etwa folgende Striche:

<sup>33)</sup> Es ist eine These, die der eingehenden Untersuchung und der Begründungen bedürftig wäre, wenn hier festgehalten wird, daß sich die gefundenen Lösungen des Verfassungsentwurfs – neben einer Menge von weiteren philosophischen und theoretischen Fundierungen – am ehesten den Basierungen nähern, die Hans R y f f e l, Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie, Philosophische Anthropologie des Politischen (Neuwied/Berlin 1969), gebracht hat.

<sup>34)</sup> Zur Problematik des Menschenbildes in der Verfassungsgebung: Schlußbericht, S. 56 f. Vgl. auch Otto K. K a u f m a n n, Die Sozialordnung, Eigentumsordnung und Wirtschaftsordnung des Verfassungsentwurfes, in: Totalrevision der Bundesverfassung – zur Diskussion gestellt (Anm. 2), S. 292 ff. Die Expertenkommission hielt sich, soweit bewußt, auch fern von tradierten monistischen Normativbildern, zum Beispiel auch von dem naheliegenden Gustav R a d b r u c h s, an das Heinrich H e n k e l, Einführung in die Rechtsphilosophie (2. Aufl. München 1977), S. 237, mit den Worten erinnert: eines »Menschen, der in moralischer Hinsicht unterhalb des empirisch anzunehmenden Durchschnittsniveaus einzustufen ist, rücksichtslos-egoistisch, dabei aber intelligent«. R a d b r u c h sagte u.a.: ein »Gesetz muß (mit Kant zu reden) auch für ein Volk von Teufeln passen, sofern sie nur Verstand haben« (Der Mensch im Recht [1927], S. 8).

Es ist der Mensch einer säkularisierten Zeit, der vielseitig emanzipiert ist und die Staats- und Rechtsgestaltung als Aufgabe begreift. Er schafft unter einer ausgreifenden Gleichheitsforderung Nivellierungen und Egalisierungen, beansprucht Teilhabe und Teilnahme, strebt allenthalben Mündigkeit an. Und doch ist er nicht gefestigt. Einesteils ist er alten Wertordnungen verhaftet und akzeptiert Neues in einem nur begrenzten Rahmen, soweit nämlich hinreichend »Traditionsanschlüsse« (Niklas Luhmann) gesichert bleiben. Andernteils ist es der Mensch, der den Kopf aufwirft zur Selbstgestaltung und Selbstverwirklichung in einem umfassenden Freiheitsanspruch, geschoben vom Vertrauen auf einen zwingenden Fortschritt, an die Machbarkeiten, an die kreative Gestaltungskraft des erwachten, von transzendenten Bezügen losgelösten Menschen. Der Mensch, der »unterwegs ist«, ist aber nur beschränkt autark und initiativeverfüllt, im übrigen der Stützen und Lenkungen bedürftig. Er ist eudämonistisch, ja hedonistisch gestimmt, wofür Individualismus nicht ausreicht – aber auch nicht einfach verbannt ist – und vielfache mitmenschliche Solidaritäten, gesellschaftliche Verwebungen und technologische Hilfen gefordert sind: Das Glücksstreben, umgeben von hochgeschraubten Perfektionserwartungen, drückt sich gerne aus im vagen Begriff der *Lebensqualität*, in dem die Bereitschaft zu egoistischer Übernutzung andauernd gegenwärtig ist und wieder der Kanalisierungen und Einengungen gerade um des Menschen willen ruft.

In der für die juristische Normierung erlaubten Verkürzung drücken sich derart facettenhafte Oberflächen einmal im selbstsicheren, freiheitlich gestimmten, auf sich selbst gestellten Menschen aus, der seine Kräfte nutzen und mehren will, der Verantwortung für sein Tun übernimmt und sich zurechtfindet. Eine Verfassung, die heute und morgen gelten will, muß sich sodann dem schwachen, beengten, bedrängten Menschen zuwenden, der in ökonomischen Schwierigkeiten stecken bleibt oder der bildungsgemäß oder nach der verstandesmäßigen Ausstattung keinen Aufschwung nehmen kann, der zufolge psychischer oder physischer Schwächen in den Schatten dieser Gesellschaft gedrängt ist, und zwar nicht bloß aus schuldhafter Trägheit oder zufolge charakterlicher Mängel, sondern aus hunderterlei Ursachen, für die der Leidende, Furchtsame oder Bedrückte nicht haftbar zu machen ist. Schließlich ist es der verwöhnte Mensch, der allüberall Darbringung und Perfektion fordert und der – derzeit jedenfalls noch – weniger verbal als *realiter* von sich weist, was Askese und Zucht in sich birgt, sei es in materiellen, sei es in psychisch-geistigen Belangen. Ungeachtet dieser drei Aspekte ist ein vierter Anblick der politische Bürger, der aus der privaten Distanziertheit, sozialen

und politischen Desinteressiertheit oder Staatsverneinung heraustritt zur Mitgestaltung und mitverantwortlichen Formung des Gemeinwesens in den Grundlagen wie in den täglichen politischen Entscheidungen.

Das ist kein einheitliches Menschenbild, auch nicht das Bild von typisierten Sozialgruppen, weit mehr das Bild des einen Menschen in seiner Vielfalt und in seinem Widerspruch, dem die verschiedenen Themata einer Verfassung Genüge zu tun versuchen: auf eine Weise in den Grundrechten, auf eine andere Weise in den Bestimmungen über die Sozialordnung, kompliziert überlagert in den Normen über die Wirtschafts- und Eigentumsordnung, vereinfachter schließlich und voller Vertrauen in die Gestaltungskraft und die Mitwirkungsbereitschaft in der Staatsorganisation im weiten Sinne.

#### 4. Die begrenzte Kapazität des Verfassungsgebers

Die Ausgangslage der vielfältigen Einbindungen<sup>35)</sup> führte die Expertenkommission selbsttätig zu einem »offenen«, »weichen«, »mobilen« Entwurf in denjenigen Regelungsbereichen, in denen einerseits ausgreifende Wertungen bestimmend und andererseits ungewisse Realien wirksam sind. Ungewiß sind aber auch die Reichweiten der Verfassung in den Sozialbereich »hinaus«, und nach dem Stand des normativen Vermögens der Gegenwart ist die anbietbare Lösung die offene Norm und dann die offene Regelung überhaupt. Das aber dürfte die allgemeine Situation eines derzeitigen Verfassungsgebers überhaupt kennzeichnen: Er kann sich nicht herausnehmen, die Zukunft, auf die hin die Verfassung angelegt wird, aus einer Standort- und Sichtsicherheit heraus zu determinieren. Es bleibt offen, wie weit er zur Sozialgestaltung berufen und fähig ist. Solche Sicherheiten gehen ihm, wenn er sich und der Zeit nichts vormacht, ab. Seine kognitiven und agierenden Kapazitäten sind begrenzt, und er weiß hinreichend um seine Geschichtlichkeit. Folgt er der Maxime der Verfassungsredlichkeit, so rechnet er vor allem ein, daß heutiges Verfassungsrecht in einem erheblichen Maß nicht unmittelbar und ständig Quelle des staatlichen oder gar gesellschaftlichen Agierens sein kann, sondern insoweit ein-

---

<sup>35)</sup> Zu weiteren Einbindungen, namentlich auch durch den Umstand, daß die Verfassung ein Werk des Rechts ist und nur das vermag und so viel vermag, als Rechtsnormen zu leisten imstande sind, vgl. Schlußbericht, S. 33, 45 ff., ferner Peter Häberle (Anm. 2), S. 30 ff. – Zu den Leistungsgrenzen der Verfassung grundlegend: Dieter Grimm, Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform, AöR 97 (1972), S. 501 ff. Dieser Autor hat mit seiner Abhandlung einen maßgeblichen Einfluß auf die Expertenkommission ausgeübt.

bettendes Normengeflecht einerseits und abstraktes Zielgebungskodifikat andererseits, die auffangen und oft nur mittelbar Aktivitäten in Bewegung setzen und lediglich in den großen Linien steuern.

Es liegt damit nahe, bleibt aber doch im Bereich des Fragwürdigen, die verbreiteten Formeln dynamischer Verfassungsverständnisse auch fürderhin zu verwenden, namentlich die Aussage vom Entwurfscharakter jeder geltenden Verfassung, von der Vorläufigkeit, von der Natur des bloßen Versuchs heutiger Normierungen<sup>36)</sup>. Es kommt damit nämlich behend ein verfälschender Zug in die Verfassungsgebung, indem über jene zu starken Worte Auffassungen genährt werden, die die normative Kraft der Verfassung von vorneherein als gering einschätzen und dem Verfassungsgeber erlauben, in einer der Aufgabe nicht angemessenen Einstellung des wenig verbindlichen Experimentierens zu verharren. Die Expertenkommission, die erst im Vorfeld der verbindlichen Rechtsetzung operierte, durfte und mußte begründeterweise ihre eigene Arbeit als Versuch und Vorschlag werten, aber das Risiko ist unübersehbar, daß auch die spätere Verfassungsgebung überhaupt in einer Gesinnung des Provisorischen, Vagen und Verantwortungsfreien betrieben werden könnte. Die Vorläufigkeit und das Vermögen, Erkenntnisse und sich selbst ständig in Frage zu stellen, also die wissenschaftliche Haltung zur Allgemeinhaltung zu machen, sollten nicht zur Selbstauflösung des rechtlich Normierten getrieben werden.

### *C. Zur verfassungstheoretischen Struktur- und Funktionsproblematik im Verfassungsentwurf*

Der Verfassungsentwurf, der 1977 schließlich aus den Kommissionsberatungen hervorgegangen ist, soll im folgenden nicht durch eine systematische Inhaltsschilderung und -kritik vorgestellt werden<sup>37)</sup>, sondern dadurch,

<sup>36)</sup> Es ist verdienstvoll und unentbehrlicher Meilenstein auf der Route des Rechts- und Verfassungsgangs durch die Geschichte, diese Eigenart des Verfassungsrechts hervorgehoben und praktikabel gemacht zu haben. Ulrich Scheuner und Konrad Hesse haben beide jedoch angelegentlich die normative Kraft der Verfassung bejaht und die Stärkung vielfach gefordert. Jetzt, da die Einsichten der Vorläufigkeit Allgemeingut geworden und ins Schlagwortartige ausgetreten sind, melden sich neu die Bedürfnisse, das Verbindliche und der Dienst der Verfassung an Verlässlichkeiten, an Vertrauensbewahrung und an Sicherheiten zu betonen.

<sup>37)</sup> Dafür sei verwiesen auf die Abhandlung von Wildhaber, Projekt, und den Bericht der Expertenkommission. Die Zusammenfassung der inhaltlichen Kennzeichen des Verfassungsentwurfs: Bericht, S. 16 f.

daß er befragt wird, wie er einzelne Ausschnitte aus der Struktur- und Funktionsproblematik, die einer westlichen Verfassung innewohnen und die von der Verfassungstheorie ins Blickfeld gerückt werden, angeht und zu lösen versucht.

## I. Die Ordnungsfunktion, insbesondere das Problem der »offenen« Verfassung

Klaus Stern spricht von der Ordnungsfunktion der Verfassung<sup>38)</sup>, die die ordnende Prägungskraft durch ihre Normgestaltungen und ihren strukturellen Aufbau im Hinblick auf die Verfassungsaufgaben erlangt.

### 1. Erreichtes

Der Verfassungsentwurf erreicht unbestrittenermaßen gegenüber dem heutigen Recht Straffungen und Klärungen in Wortlaut, Begrifflichkeit und Systematik<sup>39)</sup><sup>40)</sup>. Ein Großteil der Gegenstände, die in der Bundesver-

---

<sup>38)</sup> Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1 (München 1977), S. 64 ff. – Zu den Funktionen der Verfassung vgl. auch Jörg P. Müller, Soziale Grundrechte in der Verfassung?, ZSR 92 II (1973), S. 715 ff.; Dieter Grimm (Anm. 35); Ulrich Häfelin, Verfassungsgebung, in: Probleme der Rechtssetzung, ZSR 93 II (1974), S. 77 ff.; Georg Müller, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung (Basel/Stuttgart 1979), S. 131 ff.

<sup>39)</sup> Der Entwurf (Text in AöR 104 [1979], S. 475 ff.) gliedert sich in vier Teile, nämlich: 1. Grundrechte und staatsleitende Grundsätze (Art. 1–37), unterteilt in sechs Kapitel; 2. Bund und Kantone (Art. 38–56) in vier Kapiteln; 3. Organisation des Bundes (Art. 57–111), in zwei Kapiteln, wovon das zweite fünf Abschnitte aufweist; 4. Revision der Bundesverfassung (Art. 112–118).

<sup>40)</sup> Anstelle der heutigen 170 Artikel mit insgesamt 400 Absätzen von teilweiser beträchtlicher Länge kommt der Verfassungsentwurf mit kurz gehaltenen 113 Artikeln und 253 Absätzen aus, wobei freilich das Übergangsrecht nicht enthalten ist: Wildhaber, Projekt, S. 244 Anm. 9.

Bemerkenswert ist, daß die Expertenkommission nie förmlich und grundsätzlich Beschluß gefaßt hat, die Norm- und Erlaßstruktur zu wählen, wie sie nun vorliegt. Ihren Arbeiten lagen »Arbeitspapiere« zugrunde, d.h. Vorentwürfe, von denen zwei die Ermittlungen und Intentionen der Arbeitsgruppe Wahlen ausformulierten. Dabei war das ausführlichere, das bezüglich der Regelungsdichte der geltenden Bundesverfassung am nächsten steht, in den Arbeiten der Subkommissionen bevorzugt (sog. Arbeitspapier 1). Im Ergebnis waren aber die Vorschläge der Subkommissionen sozusagen stillschweigend eingeschwenkt auf das straffere Modell des sog. Arbeitspapiers 2 (»Kurz-Verfassung«, die »offener« und mehr »instrumental« wird). Eine extrem knappe Verfassung (»Kern-Verfassung«), die von der Juristischen Fakultät der Universität Basel

fassung vorhanden sind, kehren wieder, wiewohl nun meist in knapperer Form. Dazu treten Vervollständigungen, z. B. mit einem Grundrechtskatalog oder gelegentlich bei der Organisation des Bundes. Der Verfassungsentwurf vermeidet streng, sich in Einzelheiten zu verlieren und sich auf Drittrangiges detailliert einzulassen. In Selbstbegrenzung und gerichtet auf die Evidenz von Regelungsbedürfnissen in Verfassungshöhe, wofür allgemeine Auffassungen übernationaler Verfassungslehren oder umgekehrt spezifische schweizerische Verfassungsdeutungen maßgeblich gewesen sind, wird eine Koinzidenz von Verfassungsrecht im materiellen und solchem im formellen Sinne angestrebt.

Die Expertenkommission findet mehrheitlich, sie habe eine einigermaßen ausgewogene Regelungsdichte sowohl im gesamten Erlaß als auch in seinen Teilen und einzelnen Bestimmungen zustandegebracht<sup>41</sup>). Die Regelungsdichte ist nicht dann ausgewogen, wenn sie durch die ganze Verfassung hindurch den gleichen Grad erreicht, vielmehr dann, wenn sie dem jeweiligen Regelungsgegenstand angemessen die einzelnen rechtspolitischen Fragen je so beantwortet, daß der Verfassungsgeber seine normative Steuerungskraft, die er um der Geltung der Verfassung willen erlangen soll, zustandezubringen scheint und die nachgeordneten Regelungsebenen gleichsam auf ihre Plätze differenziert verwiesen bleiben. Daß diese schwierigen und teilweise prognostischen Wertungsprobleme gemeistert worden

---

als Diskussionsalternative vorgelegt wurde und auch Anregungen aus dem Arbeitspapier 3 aufgriff, wurde von der Expertenkommission freundlich zur Kenntnis genommen, jedoch ohne Aufhebens *ad acta* gelegt. Zu den Arbeitspapieren vgl. Bericht, S. 5, und Wildhaber, Projekt, S. 241.

<sup>41</sup>) Gerhard Schmid, Offenheit und Dichte in der Verfassungsgebung, in: Eichenberger [u.a.], Grundfragen der Rechtssetzung (Anm. 25), S. 315 ff. – Weitere Diskussionen über die Regelungsdichte auch für das Verfassungsrecht und mit Einfluß auf die Gestaltung des Verfassungsentwurfs ergehen in der Schweiz vorwiegend unter der Fragestellung der Bestimmtheit der Normierung, insbesondere über die Frage der Bestimmtheit bzw. Offenheit der Norm. Vgl. dazu – mit Verwendungsmöglichkeit im Verfassungsrecht –: René A. Rhinow, Rechtsetzung und Methodik, Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung (Basel/Stuttgart 1979), insbes. S. 49 ff., 213 ff., 262 ff.; Hans Dubs, Die Forderung optimaler Bestimmtheit belastender Rechtsnormen, in: Probleme der Rechtssetzung, ZSR 93 II (1974), S. 223 ff. Hier liegen denn auch enge Kontaktflächen vor mit der neueren amerikanischen Normtheorie, für die jetzt dominant hervortritt: Laurence H. Tribe, American Constitutional Law (Mineola, N.Y. 1978), z.B. S. 1141 ff.

sind, wird in den Vernehmlassungen häufig bestritten<sup>42)</sup>. Die aussagekräftige Probe der zulänglichen Regelungsdichte ergäbe sich aus einer methodisch-konsequenten Auslegungs- und Konkretisierungskontrolle über den Verfassungsentwurf, was eine zeitgemäße Rechtsetzungslehre von der ausgefeilten Rechtsetzungspräparation für fundamentale Erlasse verlangen muß. Sie ist hier aus Zeit- und Aufwandgründen unterblieben mit der Folge, daß derzeit in die partei- und gruppenpolitische Auseinandersetzung abgeleitet, was sich mit jener Wissenschaftlichkeit, die die Jurisprudenz zustandebringt, vorgängig hätte aufhellen und nötigenfalls korrigieren lassen.

Mit diesen Hinweisen auf das Problem der Regelungsdichte ist das Feld betreten, auf dem sich verbal die vehementesten Einwände gegen den Verfassungsentwurf ausbreiten und wo abwertend mit dem Stichwort einer »offenen Verfassung« gefochten wird.

## 2. Begriff und Konsequenzen einer offenen Verfassung

a) Daß eine zeitgemäß kreierte Verfassung auf eine Weise aus Notwendigkeit »offen« wird, gehört, wie ausgeführt, zu den Einbindungen heutiger Verfassungsgebung, möglicherweise auch zu temporären Unausweichlichkeiten, wo Staat und Gesellschaft ineinander stehen und die normierende Potenz der Verfassung für durchdringende Sozialgestaltung noch schwankend und diffus ist. Immerhin ist der Begriff einer offenen Verfassung seinerseits noch offen<sup>43)</sup>, und es klettern Mißverständnisse an ihm empor. Dem Typus wird man etwa folgende Merkmale zuschreiben dürfen: Die Normstrukturen werden vor der Verengung und abschließenden Verdichtung bewahrt, und es wird ein Bemühen daran gesetzt, wenig Angelpunkte für dogmatisierende Verfestigungen und fixierte Vorverständnisse zu

<sup>42)</sup> Systematisch und substantiell sprengen den sonst angelegten Rahmen staatlicher Betätigungen etwa Art. 36 (Kulturpolitik) und Art. 36 bis (Bildungspolitik), während eine wohl zu große Zurückhaltung zutage tritt z.B. bei Art. 37 (Landesverteidigung), bei Art. 50–52 (Zuständigkeitsordnung im Verhältnis Bund-Kantone), bei Art. 54–56 (bundesstaatliche Finanzordnung). Eine Überdehnung in Einzelheiten dürften auch gewisse Bestimmungen über die politischen Rechte aufweisen (z.B. Art. 60 Abs. 1: Wahlsystem für den Ständerat; Art. 62 Abs. 1: Dauer der Referendumsfrist).

<sup>43)</sup> Die wesensgemäße Offenheit des Verfassungsrechts beleuchten im Nachgang zur Verfassungslehre der Zwischenkriegszeit eindringlich und vielfach Ulrich Schenker, z.B. in: Probleme und Verantwortungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik, Deutsches Verwaltungsblatt 1952, S. 296, sodann in Schriften, die enthalten sind in: Staatstheorie und Staatsrecht (Berlin 1978), S. 39, 137, 163 f., 172 ff., 177, 236 f., 726 f.; ferner Horst Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, Veröffentlichungen der

setzen. Zielnormen, verfassungsrechtliche Leitgrundsätze und generalisierte Gesetzgebungsaufträge, verknüpft mit objektiviert gedeuteten Grundrechten, überrunden bedeutungsmäßig die detaillierten Strukturierungs- und Kompetenznormen, so daß das konkretisierende Gestaltungsorgan – vorwiegend Gesetzgeber und Verfassungsrichter – weite Strecken für eigene Rechtsformung vorfindet. Unbestimmte Begriffe, Generalklauseln, Allgemeinbegriffe und Typenbegriffe werden klassifikatorischen Begriffen vorgezogen. Dabei ist man wortkarg und tendenziell nüchtern. Man wagt das Hochabstrakte. Man gibt sich leicht zufrieden mit punktuellen Regelungen von gewissen, z.B. konfliktsanfälligen Situationen und drängt keinesfalls auf die vollständigen und abgeschlossenen Anordnungen für jedes nötige und zuverlässige Staatshandeln. Namentlich der politische Prozess der Nation erfährt eine nur schwache sachgeprägte und inhaltliche Festlegung.

b) Die Konsequenzen offener Verfassungsgestaltung sind Möglichkeiten des Machtzuwachses für den Gesetzgeber und – sofern entscheidungsfreudig – für den Verfassungsrichter, ferner für den die Verbandskompetenzen konkretisierenden Zentralstaat und für die locker limitierte Staatsgewalt überhaupt.

Offene Verfassungsgestaltung erlaubt sodann ausgreifende Aktivitäten in den Sozialbereich und die erprobende Ermittlung je gebotener und möglicher Beziehungsordnungen zwischen Staat und Gesellschaft. In diesem Aspekt hat sie das Unbehagen des Mißtrauens zu ertragen: ob sie die notwendigen Aktivitäten dann auch tatsächlich zu initiieren vermöge, ob man unter ihrem Schutz nicht umgekehrt in Überaktivitäten ausbreche, ob sie den zuträglichen Ausgleich von staatlichen und gesellschaftlichen Institutionen respektiere, fördere oder verderbe.

Zu den denkbaren Konsequenzen gehört schließlich die gesteigerte Revisionsresistenz der Verfassung und trotzdem ihre Bewahrung einer Aktualität in geltungszeitlich ausgerichteten Interpretationen und Konkretisierungsverfahren. Die Chance, daß die Verfassung überdauern-

---

Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, H. 20 (1963), S. 62 ff.; Richard Baumlin, Staat, Recht und Geschichte (Zürich 1961), S. 15, 43 und *passim*; Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, schon in der 1. Aufl. (Karlsruhe 1967), S. 12 ff., 64, 125, wobei er ausdrücklich den Begriff der »Offenheit der Verfassung« prägt (z.B. S. 167, 250, 254). Den Ausdruck »offene Verfassung« scheint das erste Mal Thomas Fleiner verwendet zu haben: Die offene Verfassung, Ein Ziel der Totalrevision, Civitas 31 (1975), S. 225–231. Die Bedeutung und Tragweite der offenen Verfassung kommt – unter Heranziehung der deutschen Lehre – zur vertieften Darstellung bei Jörg P. Müller, in seinem Referat zum Schweizerischen Juristentag 1973 (Anm. 38).

der, wiewohl nicht sachdeterminierender Zentrierungspunkt des politischen Prozesses und dann der Integration wird, wächst. Und wenn die Normprogramme durch umsichtige, die Machtmöglichkeiten nicht ausbeutende Organe realisiert werden, erfüllt sich die Verfassung in belebendem Vorgang ihrer sich ständig erneuernden Entfaltung, Anreicherung und Steuerungskraft. Bei der offenen Verfassung kommt es offenbar mehr als bei ihrem Gegenteil, der geschlossenen, wesentlich darauf an, was die Organe, welche dereinst die Verfassung handhaben, aus ihr machen, so daß ein Entscheid für diese oder die andere Strukturierung einer neuen Verfassung von der Einschätzung der normativ im voraus wenig bestimmbareren Interpretations- und Konkretisierungsorgane abhängt. In den Vernehmlassungen scheint ein geringes Vertrauen zur Fähigkeit der Zurückhaltung des Gesetzgebers oder der Justiz zu bestehen, und eine »offene Verfassung« wird mehrheitlich pauschal als untauglich abgetan<sup>44)</sup>, ohne daß man sich offenbar immer bewußt ist, welchen Konsequenzen man eigentlich ausweichen möchte.

c) Die Kritik übersieht mitunter dreierlei: Erstens weist die geltende Bundesverfassung verhältnismäßig viele offene Normierungen auf, mit denen man bisher ohne besondere Bedenken gelebt hat<sup>45)</sup>.

<sup>44)</sup> Gegen diesen Einwand kann man geltend machen, daß in der nun anhebenden Reinigungsphase noch hinreichend Gelegenheit sei, zu verbreitern und zu vervollständigen. Mehr als Diskussionsentwurf könne und solle der Verfassungsentwurf nicht sein. Allein, das ist nur begrenzt richtig. Teilweise wurde vom Publikum und selbst von Kommissionsmitgliedern dem Verfassungsentwurf zugeschrieben, er sei eine entscheidungsreife Vorlage, so daß Rügen jetzt festsitzen und hängen bleiben. Sodann bestätigt sich die immer wieder in Vergessenheit geratende Erfahrung, daß der Zeitgewinn durch Pressur in der Phase der Entwurfsredaktion nicht echt ist: Man wendet später ein Vielfaches auf, um Korrekturen zustandezubringen oder Mängelrügen zu zerstreuen. Oder man bleibt dauernd auf den Fehlern sitzen.

<sup>45)</sup> So bei Kompetenznormen, bei Gewährleistungsnormen, bei Staatszielnormen und verfassungsrechtlichen Leitgrundsätzen (z.B. Art. 24<sup>ter</sup>, 24<sup>quinquies</sup>, 26, 37<sup>bis</sup>, 37<sup>ter</sup>, 46 Abs. 2, 58; 24<sup>sexies</sup> Abs. 2, 31<sup>bis</sup> Abs. 1, 34<sup>quinquies</sup> Abs. 1 BV), aber auch in ausgedehnten Bereichen der Wirtschaftsverfassung (z.B. Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 1 und 3 und 31<sup>quinquies</sup> BV; dazu Hans H u b e r, Das Staatsrecht des Interventionismus, ZSR 70 [1951], S. 173 ff.). Vgl. einläßlich Peter S a l a d i n, Unerfüllte Bundesverfassung?, ZSR 93 I (1974), S. 307 ff., insbes. S. 316 ff.

Bei den verfassungsrechtlichen Sachkompetenznormen, die dem Bund ein Sachgebiet übertragen, überwiegen die »ausgemessenen« Kompetenzen, die das Regelungsgebiet, die legislatorischen Ziele und teilweise die Mittel in einer relativ hohen Regelungskonsistenz und mit bedeutender Entscheidungsintensität angeben. »Offene« Kompetenznormen herrschen vor, wo der Verfassungsgeber selbst noch keine zureichenden Vorstellungen über die sinnvolle Regelung und staatliche Aktivität hat, z.B. bei der Raumplanung (Art. 22<sup>quater</sup> BV), beim Umweltschutz (Art. 24<sup>septies</sup> BV), bei der Atomenergie (Art. 24<sup>quinquies</sup> BV).

Zweitens kann man keineswegs den ganzen Verfassungsentwurf dem Typus der offenen Verfassung zuschlagen<sup>46)</sup>, und drittens gibt es Bestimmungen, wie vorwiegend die Grundrechte, die man richtigerweise weder einem offenen noch einem geschlossenen Typus zurechnen sollte, da sie einem bewährten Standard spezifischer Ausformung mit besonderen eingeübten Konkretisierungsverfahren entsprechen. Derartige Hinweise ändern freilich nichts daran, daß eine Verfassung mit dem Grad und dem Umfang an Offenheit, wie der Verfassungsentwurf sie enthält, für die Schweiz ungewohnt ist und einschneidende Modifikationen im Verfassungsverständnis und in der politischen Praxis erheischt, vor allem bei der Verfassungsinterpretation, bei den konkreten Abgrenzungen der Zuständigkeiten zwischen Bund und Kantonen, bei wirtschaftsgestaltenden Entscheidungen, bei der Ausbalancierung der feinfühligsten Differenzen zwischen Verfassungsgeber (mit obligatorischer Volksbeteiligung und Mitzählung der Gliedstaaten) und Gesetzgeber (mit fakultativer Volksbeteiligung), bei der Zumessung der Einwirkungsmöglichkeiten der intermediären Gewalten in den Entscheidungsprozessen.

Es ist wenig wahrscheinlich, daß die offenen Strukturen des Verfassungsentwurfs bei den Weiterbearbeitungen beibehalten werden können. Verdichtungen und Anreicherungen in den offenen Partien werden die vorrangigen Korrekturen sein, auch auf die Gefahr hin, daß sich Formelkompromisse einschleichen, die im Verfassungsentwurf vermieden werden konnten, weil dessen geringere Normierungs- und Entscheidungsintensität mit Stichwortregelungen die betreffenden Sachprobleme nicht ausdrücklich und sichtbar aufgreifen mußte<sup>47)</sup>.

---

<sup>46)</sup> Ebenso Dietrich Schindler, Die »offenen« Teile des Verfassungsentwurfs, Neue Zürcher Zeitung, 23. 6. 1978, Nr. 143, S. 35, jetzt in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung (Anm. 2), S. 46 ff. – Im oben umschriebenen Sinne offen sind das 4. und 6. Kapitel des Ersten Teils (Sozialordnung, Eigentumspolitik, Wirtschaftspolitik; Landesverteidigung), Ausschnitte aus dem 1. und 2. Kapitel; vom Zweiten Teil namentlich das 3. und 4. Kapitel (Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen und die Finanzordnung).

<sup>47)</sup> Was natürlich auch heißt: daß man in der offen gestalteten Verfassung oft nicht einmal den Formelkompromiß suchen und namhaft machen muß, sondern das Problem lautlos umfährt und so auch die noch fruchtbaren Ansätze der Formel, die letztlich doch eine Verpflichtung zu gangbaren Lösungen aufrichtet, nicht bereitstellt. Das Lob der Offenheit ist diesfalls der Tadel der Inhaltsleere. Die Expertenkommission hat sich mitunter in der Scheintugend des gar nicht angegangenen und deswegen vermiedenen Formelkompromisses ergangen, z.B. auf weitesten Strecken in der föderativen Ordnung.

### 3. *Verwendete Normstrukturen*

Der Verfassungsentwurf verwendet Normen der in westlichen Verfassungen üblichen Arten: Staatsstrukturierungsnormen für die Schaffung, Einsetzung und Bestellung von Organen; Kompetenznormen als Funktionskompetenznormen oder Sachkompetenznormen für obligatorische oder fakultative Verbands- und Organzuständigkeiten; Verfahrensnormen; Grundrechtsnormen; Gewährleistungsnormen; Staatszielnormen und verfassungsrechtliche Leitgrundsätze; Verfassungsauftragsnormen (Gesetzgebungsaufträge) als eine Unterart von obligatorischen Sachkompetenznormen; möglicherweise auch deklaratorische Normen<sup>48)</sup>. Es sind dabei organisationsrechtliche und materiellrechtliche Bestimmungen vorhanden, und zwar beide Arten, alles in allem genommen in einem Ausmaß, daß der Entwurf den Merkmalen einer sowohl instrumentalen als auch materialen Verfassung genügen dürfte; die Begrenzung auf eine bloß instrumentale Verfassung war kein ernsthafter Diskussionsgegenstand der Expertenkommission<sup>49)</sup>.

#### 4. *Die Bevorzugung von Staatszielnormen und verfassungsrechtlichen Leitgrundsätzen (Verfassungsprinzipien)*

a) Auffällig vor allem andern ist die Bevorzugung von Normierungen, die der typisierenden Umschreibung von Staatszielnormen und verfassungsrechtlichen Leitgrundsätzen oder Verfassungsprinzipien entsprechen. Sie sind in der Präambel vorhanden, in ausdrücklichen Zielnormen (Art. 2, 26, 30, 31, 35), aber auch in weiteren Festlegungen, die diese Normart mehr oder weniger deutlich aufnehmen (Art. 1 Abs. 1, Art. 4, 5 und 7, Art. 29 Abs.

---

<sup>48)</sup> Zum Problem der Arten von Verfassungsnormen dürften für die Expertenkommission vorab maßgebend gewesen sein: Hans Huber, *Der Formenreichtum der Verfassung und seine Bedeutung für die Auslegung*, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, 107 (1971), S. 172 ff.; ders., *Über die Konkretisierung der Grundrechte*, in: Gedenkschrift für Max Imboden (Basel/Stuttgart 1972), S. 191 ff.; Ulrich Schener, *Staatszielbestimmungen*, in: Festschrift für E. Forsthoff (München 1972), S. 325 ff., und jetzt in: *Staatstheorie und Staatsrecht* (Anm. 43), S. 223 ff. (227 ff.); Häfelin (Anm. 38), S. 75 ff. (88 ff.); Stern, (Anm. 38), S. 66 f., 96 ff. – Die Aufzählung der Normarten im Kontext ist eine hier nicht weiter verfolgbare erste Bereinigung der in der Lehre noch nicht befriedigenden Differenzierungen.

<sup>49)</sup> Eingehend zur instrumentalen und materialen Verfassungsfunktion und -strukturierung mit dem Versuch zur Überwindung des Gegensatzes in einem geläuterten Grundrechtsverständnis: J. P. Müller (Anm. 38), S. 715 ff., 744.

2, Art. 32 Abs. 1 und 2, Art. 36 Abs. 2). Rechnet man ein, daß die Grundrechte nach dem im Verfassungsentwurf (Art. 24) ausdrücklich sanktionierten Grundrechtsverständnis auch Staatsziele indizieren (Art. 9–22), so ist die Häufung unverkennbar. Die Normart entzieht sich einfacher Kennzeichnung, die, Ulrich Scheuner folgend, hochabstrakt so umschrieben werden kann, daß »Grundsätze und Richtlinien für das staatliche Handeln« aufgestellt werden, wodurch dieses in bestimmten Richtungen Orientierungen und sachliche Aufgaben vorgezeichnet erhält<sup>50</sup>). Aus ihr können bei behutsamer Auslegung unmittelbar Folgerungen für die inhaltliche Gestaltung von Gesetz und Verfassungsrichterspruch hergeleitet werden.

b) Zielnormen und verfassungsrechtliche Leitgrundsätze, zumal in ihrer Häufung, sind der deutlichste Ausdruck einer Tendenz zur offenen Verfassung. Sie garantieren die Mobilität der Verfassung<sup>51</sup>) und ihrer Praxis sowie die Möglichkeit freier Staatsgestaltung in die Zukunft hinein, suchen aber als verfassungsrechtliche Direktiven ihrem Sinn nach doch Anbindungen an den normativen Gesamtzusammenhang aus dem einheitsstiftenden Ursprung der Verfassung zustandezubringen. Sie geben Kunde von dem, was der Staat sein will und sein soll, zeigen ihn also vor und breiten seine Potentialitäten aus, ohne in präfixierte und dogmatisierbare Festlegungen einzuschwenken. Sie sind bevorzugte Normart, wo die Begegnung und Durchdringung von Staat und Gesellschaft stattfinden soll, jedoch die endgültigen Weisen noch nicht hinreichend erkundet und tragfähig sind. Sie sind aber auch ein Zeichen für einen Verfassungsgeber, der die Verfassung über seine momentanen konkreten Einsichtsfähigkeiten hinaus in eine weite Zeit- und Gedankendimension hineinzustellen trachtet, die eigenen Befangenheiten und Voreingenommenheiten zu sprengen gestatten möchte und von der eigenen gestalterischen Kraft bescheiden denkt. Es ist ein zurückhaltender Rechtsetzer, der die Ambivalenz durchleidet, daß einerseits die Verfassung hoch genug eingeschätzt, ihre Funktionen würdig genug gedeutet werden sollen, daß andererseits das Vermögen zur adäquaten Normierung in sachlicher, politischer und personeller Hinsicht stark beschränkt ist: Hochgespanntes Sollen und höchst begrenztes Können fließen in das Produkt des gleichsam stammelnden Verfassungsgebers ein, der Ziele wie Normbrocken hinlegt und

<sup>50</sup>) Scheuner (Anm. 48), S. 232. Vgl. ferner Peter Lerche, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, Zu den »nicht erfüllten Gesetzgebungsaufträgen«, AöR 90 (1965), S. 341 ff.; Saladin (Anm. 45), S. 316 ff.

<sup>51</sup>) Die »Beweglichkeit« der Verfassung, wie sie Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (11. Aufl. Heidelberg/Karlsruhe 1978), S. 16 f., beschreibt.

auf verstehendes Begreifen und verbesserndes Handeln der Späteren rechnet. Die Hybris einer Verfassunggebung, die bestimmungsgemäß das komplexe Ganze begreifen und mit einem absoluten Anspruch auf Dauer formen soll, wird gedämpft und damit auch wieder zugänglicher, wenn man so will: vertrauter-sympathischer gemacht.

c) Doch daraus quillt auch Bedenken gegen eine mit Zielnormen überreich ausgestattete Verfassung, was in der Expertenkommission wohl zu wenig bedacht wurde, in den Vernehmlassungen nun aber etwas übereifrig einfließt. Zuvorderst steht der Einwurf, daß eine Zielnorm mit geringerem Aufwand rechtspolitisch zu finden und textlich zu fassen ist als etwa eine Kompetenznorm: Hinter ihrer Wahl können, wie bei offenen Verfassungspartien überhaupt, politisches Ausweichen und sachlicher Anstrengungsverzicht stehen, ein Akt der Bequemlichkeit und der Entscheidungsschwäche, obschon an etlichen Stellen, z.B. in den Kapiteln über die Wirtschafts- und Sozialordnung, ausgedehntere und entscheidungstragende Normierungen nicht nur möglich, sondern für eine auch in der Gegenwart schon wirkende Verfassung nötig erscheinen. Daß der Verfassungsentwurf an besonders empfindlichen Brennpunkten<sup>52)</sup> die ihm auch bei einer gestrafften Verfassung mögliche, relativ präzise Stellungnahme im Gegensatz zur geltenden Bundesverfassung aufgibt und die zufallende Staatsentscheidung allein dem Gesetzgeber überantwortet, also das heute zweistufige Prozedere – zuerst mitgestaltender materieller Verfassungsentscheid, anschließend konkretisierender Gesetzesentscheid – politisch und sachlich weitgehend in einem einstufigen Vorgang der Gesetzesebene aufgehen läßt, kann nur mühevoll zur Tugend der Zurückhaltung und der Offenheit umgedeutet werden, weil Verfassungsfunktionen, die ein lenkungsfähiges Grundgesetz zu erfüllen hätte, unter den Tisch zu fallen drohen<sup>53)</sup>. Damit hängt der nächste Vorbehalt zusammen: Die Art und Qualität der Verbindlichkeit von Staatszielbestimmungen und verfassungsrechtlichen Leitgrundsätzen ist noch wenig erhärtet. Zwar dürfte – das war jeden-

<sup>52)</sup> Beispielsweise in der Entscheidung über prinzipale Mittel der staatlichen Aktivitäten im Bereiche der Wirtschaft und der allgemeinen Sozialordnung. Die heutige Finanzordnung, namentlich bezüglich der Bundesabgabeordnung, ist auf der Verfassungsstufe unerträglich überladen (vgl. Art. 41<sup>bis</sup> und 41<sup>ter</sup> BV sowie Art. 6–11 der Übergangsbestimmungen zur BV), während insbesondere Art. 54 VE in ein extremes Gegenteil geht, das der Verfassung offensichtlich zu wenig und nicht ausgewogen Entscheidungen abfordert.

<sup>53)</sup> Vorwiegend die Wesentlichkeit, die Integration, die Stabilisierung und die Machtbegrenzung.

falls der Expertenkommission Gewißheit – der Standpunkt überwunden sein, der derartige Normen bloßen Programmcharakter von plakativer Wirkung zugeschrieben oder sie schlechtweg deklaratorischen Verfassungsnormen zugeordnet hat<sup>54</sup>). Abgesehen von der Präambel, deren normative Sonderheit ohnehin vorbehalten bleibt, wird für sie im Verfassungsentwurf Verbindlichkeit beansprucht<sup>55</sup>).

Doch ist offensichtlich, daß qualitative und graduelle Unterschiede bestehen. Es gibt Zielnormen, die sich Kompetenznormen annähern und darin schon enthalten sind, jedenfalls die Ermächtigung zum staatlichen Handeln über kurz oder lang aus ihnen herausgelesen werden könnte<sup>56</sup>). Und es gibt Zielnormen, die einen deklaratorischen Charakter schwerlich jemals überschreiten. Der Verfassungsentwurf weist vielerlei Unterarten auf, die in Bezug auf Verbindlichkeit und Handhabung unterschiedlich beurteilt und behandelt werden müssen; eine Doktrin dazu steht aus. Vor allem fehlt noch ein Gemeinverständnis für gehäufte und in sich doch wieder differente Zielnormen, was für die Behörden wie für den Bürger verwirlich wirkt, wie gerade die Vernehmlassungen zeigen: Was kann

<sup>54</sup>) Die tradierte Doktrin des schweizerischen Bundesstaatsrechts rechnete offensichtlich Zielnormen zu den unverbindlichen, als Auslegungshilfen dienenden deklaratorischen Verfassungsnormen, insbesondere die Präambel und Art. 2 BV («Zweck» des Bundes), lange Zeit auch Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 1 (Volkswohlfahrt und wirtschaftliche Sicherheit) oder Art. 34<sup>quinquies</sup> Abs. 1 (Familienschutz). Vgl. z.B. Burckhardt (Anm. 21), S. 1 f., 10 f.; Giacometti (Anm. 4), S. 74, der in Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 1 BV aber bereits eine verfassungsrechtliche »Richtlinie« erblickt (S. 294). – Zur schweizerischen Diskussion über die Zielnormenproblematik vgl. Hans Huber/Egon Tuchfeldt, Wirtschaftspolitische Ziele in der Verfassung? (Bern 1970).

<sup>55</sup>) Zu einer neuen Deutung der Präambel vgl. Schlußbericht, S. 59 ff., Bericht, S. 18 ff. – In den Vernehmlassungen stieß die Präambel auf ein ungewöhnlich großes Interesse mit vorwiegend positiver Aufnahme, und zwar nicht nur wegen der umstrittenen Anrufung Gottes am Eingang. Juristisch erleidet der Versuch, die Präambel in rechtsnormative Beachtlichkeit zu bringen, eine erhebliche Einbuße. Sie kann sich inmitten des Reichturns von »eigentlichen« Zielnormen im Verfassungsentwurf, mit denen sie nicht in Konflikte, aber in inhaltliche Konkurrenzsituationen gerät (insbesondere mit Art. 8, 24, 26, ferner Art. 1 Abs. 1 VE), schwerlich einen normativen Platz sichern.

<sup>56</sup>) Annäherung an Kompetenznormen (Sachkompetenz als Verbandskompetenz) ist z.B. in Art. 26 (Sozialrechte) in Verbindung mit Art. 50–52 VE spürbar, ferner in Art. 30 (Eigentumspolitik), 31 (Wirtschaftspolitik), 36 Abs. 2 (Kulturpolitik). Eine verwandte Tendenz dürfte den Grundrechten innewohnen, soweit sie als Zielnormen und Verfassungsgrundsätze gedeutet werden (Art. 24 VE). In Kompetenznormen eingeschlossene Zielnormen sind z.B. vorhanden in Art. 29 (Ordnung des Unternehmens), 32 (Wettbewerb), 33 (Schutz der Konsumenten), 34 VE (Wirtschaftstätigkeit des Staates).

namentlich der Bürger erwarten und fordern? Art. 26 VE bringt unter dem Randtitel »Sozialrechte« eine Aufreihung von fundamentalen Leistungen des Sozialstaats für Bildung, Arbeit, soziale Sicherheit, Garantie des Existenzminimums, Wohnung, Familie, formuliert näher bei Kompetenznormen oder grundrechtsähnlichen Gewährleistungen als bei sofort ersichtlichen Zielsetzungen, meint jedoch intentional Staatsziele, und nicht einmal unbedingte, sondern unter dem Vorbehalt der finanziellen und organisatorischen Leistungskapazität des Staats sowie der gesetzlichen Umsetzung in vollziehbare Normen<sup>57</sup>). Daß zu hohe Erwartungen des Bürgers enttäuscht werden müssen und der künftigen Verfassungsinterpretation zuhanden der Behörden bleibende Unsicherheiten auf den Weg gegeben werden, wird nicht dadurch aufgehoben, daß eindruckliche Formulierungen gefunden worden sind, die wie Grundrechte und Handlungsgrundsätze dem Volke eingehen und als Merkpunkte der Verfassung Boden bereiten und integrative Effekte gründen könnten. Mit andern Worten: Der Umgang mit Zielnormen und die Verständlichkeit dessen, was sie bringen und, entgegen allfälligen *prima vista*-Eindrücken, nicht bringen, ist heute noch nicht gesichert, und insoweit geht der Verfassungsentwurf – vielleicht doch nur partiell bewußt und gewollt – hohe Wagnisse ein.

## II. Die Funktion der Dauerhaftigkeit zur Stabilisierung

Mit der Normgestaltung ist auch der Fragenkreis betreten, ob die entworfene Verfassung imstande sei, Dauer zu erlangen und den Forderungen nach Stabilisierung von Staat und Recht nachzukommen.

### 1. Suche nach Dauerhaftigkeit

a) Ein Verfassungsgeber hat es wenig in der Hand, selbst und *ab initio* zu bestimmen, ob seinem Werk kurze oder lange Geltungsdauer beschieden sein könne und wie es sich im Sog der sozialen und Wertwandlungen verhalten werde. Darüber entscheidet die Geschichte, die gnädigerweise ihren Schleier vor das Zeitproblem auch im Verfassungsbereich hängt. Immerhin kann der Verfassungsgeber die Dauerhaftigkeit seiner Normierung befördern oder erschweren. Der Verfassungsentwurf bemüht sich, Voraussetzungen der Dauerhaftigkeit einzubringen, indem er nicht versucht,

<sup>57</sup>) Der Bericht der Expertenkommission schildert differenziert die mitgegebene Verbindlichkeit und im Rechtsverwirklichungsvorgang denkbare Verbindlichmachung dieses zentralen Art. 26 VE: S. 57, 59 ff., 62 ff.

allein die Gegenwart oder gar die Vergangenheit festzuschreiben, wiewohl er, vornehmlich bei der Organisation des Bundes, Erfahrungen mit der bisherigen Verfassungsordnung ausgiebig nutzt und erfolgreiche Grundentscheidungen, z.B. das Regierungssystem, mit gewissen Korrekturen repetiert und festigt. Im übrigen läßt er es sich, wie gesehen, angelegen sein, die Verfassung für Wandlungen auf breiter Front durchlässig zu machen<sup>58)</sup>, und zwar mit locker gehaltenen Normierungen so gut wie mit nur geringen Erschwerungen der förmlichen Verfassungsänderungsverfahren (im Sinne von Verfassungsgesetzrevisionen nach Art. 79 Abs. 1 Satz 1 des deutschen Grundgesetzes [GG]). Die Dauerhaftigkeit wird also nicht in dem Sinne gedeutet, daß ein jetzt gefundenes Detailsystem eingemauert werden soll, sondern so, daß die Anlage in den elementaren Faktoren zwar bewahrt werden kann, Veränderungen aber, auf neue Lagen reagierend oder steuernd, interpretativ oder durch Textrevisionen jederzeit einsetzen können<sup>59)</sup>.

b) Diese Situation zeigt zugleich die inhärente Problematik der Dauerhaftigkeitsfunktion einer Verfassung auf. Die Dauerhaftigkeit des *law in book* kann letztlich nicht gemeint sein; sie wäre kein Endwert. Gemeint ist:

---

<sup>58)</sup> Das Zeitproblem in der Verfassung, wie Peter Häberle, *Zeit und Verfassung*, jetzt in: *Verfassung als öffentlicher Prozeß* (Berlin 1978), S. 59 ff., oder Wolf-Rüdiger Schenke, *Verfassung und Zeit – von der »entzeiteten« zur zeitgeprägten Verfassung*, AöR 103 (1978), S. 566 ff., es zur Diskussion stellen, ist nur teilweise ein Problem und eine Aufgabe des Verfassungsgebers. Der größere Teil ist der Verfassungsrechtsverwirklichung in der ganzen Breite dieses Prozesses, der »offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten« oder der »Verfassungsgebung im weiteren Sinne«, wie Peter Häberle sie darstellt, anheimgestellt. Die Verfassung selbst kann diese oder die andere Handhabung erleichtern, aber selbst wenn sie eine »entzeitete« Verfassung (G. Husserl) sein möchte, hat nicht sie es in der Hand, ob es dabei bleibt oder der »Ausbruch« in die »zeitgeprägte«, »geltungszeitliche«, »angepaßte« Verfassung auf irgendeine Weise und durch dazu entschlossene Organe stattfindet.

<sup>59)</sup> Die interpretative Veränderung ist ermöglicht, gewollt oder doch vollauf in Kauf genommen durch die nun schon vielfach erwähnten geringen Regelungsichten bei einzelnen Normen wie bei ganzen Kapiteln. Die förmliche Verfassungsrevision im Sinne der Teilrevision sodann weist gegenüber der einfachen Gesetzgebung lediglich die verfahrensmäßige Erschwerung des Obligatoriums der Volksabstimmung (unter Mitzählung der sog. Standesstimmen) auf; hingegen sind keine ausdrücklichen materiellen Schranken der Partialrevision aufgerichtet worden, und für die Gegenstände dieser Revisionsart tritt eine Lockerung gegenüber dem heutigen Zustand insofern ein, als ganze »Regelungsbereiche« und nicht nur relativ streng begrenzbare Materien in ein einziges Änderungsverfahren einbezogen werden können: Art. 113 und 114 in Verbindung mit Art. 61 Abs. 1 VE. Vgl. dazu auch Bericht, S. 188 f.

eine Stabilisierung der Verfassungsordnung im gesamten dank dessen zustandezubringen, daß die Verfassung in Text und Aktion doch vorwiegend unverändert bleiben und in mobilen Ausschnitten mit begrenzten Teilrevisionen auskommen könnte. Auf lange Sicht betrachtet sind trotz Wandlungen die materielle Identität, die den jeweiligen Zeitgenossen auffallende Stabilität und die dem distanzieren Beobachter sich darbietende Kontinuität mittels jener Möglichkeiten der Dauerhaftigkeit realisierbar gemacht. Man kann in dieser Verbindung von Dauer und Wandlung beim Verfassungsentwurf gegenüber der geltenden Bundesverfassung die Tendenz feststellen, die Chance langer Dauer zu erhöhen, indem die Normstrukturen bei politisch, sozial oder rechtstheoretisch ausgelösten Wandlungsbedürfnissen eine beachtliche Dynamik in der Normdeutung und damit die Auffang- und Einwebungsmöglichkeiten von verändertem Gehalt in die gegebene Verfassung zulassen.

Bei dergestalt gewonnener Bewegungsfreiheit der rechts- und staatsgestaltenden Organe unterhalb der Verfassung ist allerdings eine heikle Frage normativ im Verfassungsentwurf nicht ausgetragen worden: Ob der Gesetzgeber im Verein mit der Exekutivgewalt die erforderliche Subtilität aufbringt, um inmitten der gewährten Gestaltungsmöglichkeiten der Stabilisierungs- und Kontinuitätsforderung Genüge zu tun, ohne daß dem Verfassungsrichter, dem nur eine konkrete und inzidente Normenkontrolle über den Bundesgesetzgeber eingeräumt wird (Art. 109 Abs. 2 *lit.* a und Abs. 3 VE), eine verfeinerte Abschlußkontrolle zugestanden wird. Mit andern Worten: Sind die gesuchte Stabilität und Kontinuität erreichbar, wenn »offene« Verfassungspartien die hütende Bewahrung durch einen Verfassungsrichter, der allerdings die bewährte richterliche Distanzierung des unabhängigen Dritten trotz der politischen Natur seines Gegenstandes und trotz der politischen Effekte seiner Entscheidung voraussetzungsgemäß aufzubringen hätte, nur in der punktuell spielenden konkreten und inzidenten Normenkontrolle erfahren<sup>60</sup>?

<sup>60</sup> Die vergleichbare nordamerikanische Lösung bedeutet noch keine Gewähr, daß im kontinentaleuropäischen und namentlich im justizskeptischen schweizerischen System der Ausgleich zustandekäme. Zur Problematik der Übertragbarkeit des amerikanischen Erfahrungsgutes: Walter Haller, *Supreme Court und Politik in den USA* (Bern 1972), S. 136 ff.; Ernst Wolf, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungstreue in den Vereinigten Staaten* (Basel 1961), S. 211 ff. – Zweifel an der zureichenden Sicherstellung, auch aus weiteren Zusammenhängen, äußert Hans Huber, *Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Bundesgesetze durch das Bundesgericht – Einführung der abstrakten Normenkontrolle?*, *Neue Zürcher Zeitung* vom 9. 11. 1979, Nr. 261, S. 35, und vom 14. 11. 1979, Nr. 265, S. 33.

## 2. »Einerlei Verfassungsrecht«

Der Verfassungsentwurf verzichtet darauf, gewissen Verfassungsnormen eine erhöhte Geltung zu verschaffen, also eine Stufung innerhalb der formellen Verfassung zustandezubringen: Es bleibt durchgängig beim überkommenen Prinzip von »einerlei Verfassungsrecht«, was der wenig widersprochenen schweizerischen Verfassungspraxis entspricht. Das hat zunächst Folgen für die Verfassungsinterpretation, die beim systematisch-logischen Auslegungsfaktor oder bei den *topoi* der »Einheit der Verfassung« und der »praktischen Konkordanz«<sup>61)</sup> ein Schwergewicht erlangen kann, ohne auf förmliche Voraussetzungen in der Verfassung fußen zu können. Nächste Konsequenz ist die Entbindung der verfassungsändernden Gewalt von ausdrücklichen materiellen Schranken der Revision, wobei selbst die Schranke des Völkerrechts keine Aufnahme fand<sup>62)</sup>.

### III. Die Orientierungs- und Darstellungsfunktion

#### 1. Die »Simultanpräsenz« der erlebten Staatsordnung

Die Konzentration einer Verfassung auf das Wesentliche und Grundsätzliche steht vorerst im Dienste der Stabilisierungsfunktion, ist aber auch eine eigenständige Aufgabe der Verfassung, die damit in die Lage versetzt wird, den Staat »darzustellen«, nämlich als Ganzes und als Einheit sich einsichtig zu machen und dem Verstehen aufzuschließen. Das ist nicht Transformation des Verfassungsverständnisses zur Gesamtentscheidung im Sinne Carl Schmitts, vielmehr der Versuch – und nicht mehr als der Versuch – zur relativen »Simultanpräsenz« (Niklas Luhmann) des verfaßten und fortzuführenden Staatsgefüges im Auge des verstehenswilligen Bürgers und des handlungsverpflichteten Behördenmitglieds. Geschaffen wird eine Voraussetzung, um sich in diesem komplexen Staat und mit diesem Staat zurechtzufinden und wertschaffende Handlungsmöglichkeiten zu gewinnen, die sonst untergingen im Getümmel des nur-pragmatischen Schiebens von Tag zu Tag, von Entscheidung zu Entscheidung. Wo man steht, was man will und womit man Gesolltes bewerkstelligen soll, sind voranstehende Fragen an die Verfassung.

<sup>61)</sup> Hesse (Anm. 51), S. 28 f.; Stern (Anm. 38), S. 107 ff.

<sup>62)</sup> Bericht, S. 187 f.

Die Sendung der Orientierungsfähigkeit bringt in der Schweiz ein Verfassungsentwurf verhältnismäßig leicht zustande, wenn er sich mit der geltenden Bundesverfassung auseinandersetzt, die sich systematisch-thematisch, strukturell und begrifflich in einem unerfreulichen Zustand befindet, so daß schon allein die vielfach hämisch und anmaßend abgetane »Verfassungskosmetik« eine erstrebenswerte Leistung und einen für Staat, Recht und Bürger willkommenen Fortschritt bilden würde. Der Verfassungsentwurf wird für sich in Anspruch nehmen dürfen, daß er der Orientierungs- und Darstellungsfunktion einer Verfassung im allgemeinen nachkommt. Er zeigt den »Staat in Aktion«, wofür gerade eine Reihe der Zielnormen und verfassungsrechtlichen Leitgrundsätze offensichtlich anschauliche Einblicke bieten. Dazu ist vor allem Art. 2 VE, der Aktivitätsbereiche heraushebt<sup>63)</sup>, geeignet, der mit den Zielsetzungen zugleich die orientierende Beschreibung des umfassend tätigen Gemeinwesens zustandebringt: Finale Deklaration und repräsentierende Deskription laufen aber auch bei den Grundrechten und bei Bestimmungen über die Sozial- und Wirtschaftsordnung mit. Daß so einer Verfassung die Qualität der Normierensredlichkeit verbleibt, also die Ansiedlung der Normen in der zureichenden Nähe des Normalen und Durchführbaren, hängt einmal mehr davon ab, ob die Spannungen von Sollen und Können nicht überdehnt werden und der Normtext die Realitätsbezüge behält. Der Verfassungsentwurf übt Zurückhaltung in den bewegtesten Aktionsfeldern, z.B. bei der Wirtschaftsordnung, um mit seinem Minimum eine Darstellungsfunktion aufrechtzuerhalten, wobei die Frage im Raume bleibt, ob mit geringer Entscheidungsintensität und hohen Erwartungsausblickten die angestrebte Orientierung und Darstellung letztlich erreicht werden kann.

## 2. Keine »Verankerungsnormen«

Der Verfassungsentwurf streift mit einer beachtlichen Folgerichtigkeit<sup>64)</sup> die heute reichlich vorhandenen »Verankerungsnormen«<sup>65)</sup> ab, das heißt nur-formelles Verfassungsrecht, das von der materialen Be-

<sup>63)</sup> Bericht, S. 22 ff.

<sup>64)</sup> Mit einigen, freilich nicht schwerwiegenden Ausnahmen: vgl. oben Anm. 42.

<sup>65)</sup> Stern (Anm. 38), S. 60, im Anschluß an Ernst Forsthoff: In der geltenden Bundesverfassung z. B. Art. 23<sup>bis</sup> Abs. 2 und 3 (Detaillierung der Getreideversorgung des Landes), Art. 27<sup>ter</sup> (Detaillierung des Filmwesens), Art. 32<sup>bis</sup> – 32<sup>quater</sup> (Alkoholordnung), Art. 35 (Spielbankenverbot), Art. 37<sup>quater</sup> (Fuß- und Wanderwegnetz). – Die Aufnahme solcher Bestimmungen rührt einesteils davon her, daß das Volksbegehren nur Verfas-

deutung her die Aufnahme in der Verfassungsurkunde nicht verdient, jedoch aus politischen oder sachlichen Opportunitätsüberlegungen heraus dort Unterschlupf und verfassungsrechtliche Geltung erlangt hat. Damit gelingt dem Verfassungsentwurf eine Säuberung von Tertiärem, was ihm allerdings zusätzliche Gegnerschaften eingetragen hat, indem Partikularinteressen ihre bisherige verfassungsrechtliche Erwähnung als Rechtsgarantie oder als soziale Prestigesicherung betrachtet zu haben scheinen<sup>66)</sup>.

#### IV. Die integrierende Funktion

##### 1. Das Problem des Innovationsausmaßes

a) Es spiegelt die wohl heikelste Aufgabe einer Verfassungstotalrevision im intakten Staate wider, die neue Verfassung so zu konzipieren und dann zu detaillieren, daß der breite und vertiefte Grundkonsens erwartet werden darf, aus dem zunächst die legitimierenden Akzeptationen und dann schließlich die integrierenden Wirkungen genährt werden können. In den rund 15 Jahren, seit denen das Gespräch um die Totalrevision im Bunde im Gange ist, hat sich nur in kleinen, wenn auch oft lautstarken und durch Massenmedien verstärkten Gruppierungen ein Innovationsbedürfnis erheblichen Ausmaßes gemeldet, wobei der praktische Artikulationsgrad gleichwohl gering blieb. Das *Neuerungspotential* bei den akzeptationsrelevanten Stellen in Behörden und Volk ist *begrenzt*, und diese Tatsache ist für eine totalrevidierte Verfassung, die schon zur Erlangung der förmlichen Verbindlichkeit die obligatorische Zustimmung von Volk und Gliedstaaten erhalten muß und nicht auf die erstreckte Angewöhnung an einen von Repräsentanten in Kraft gesetzten und allmählich eingeschliffenen Erlaß bauen darf, eine *Sanierungservitut*. Namentlich heikel

---

sungsänderungen initiieren kann, nicht aber Gesetzes- oder andere Erlaßformen, wegen die Verfassung, welche Volksinitiativen wegen mangelnder Verfassungshöhe nicht als unzulässig zu behandeln gestattet, stofflich überladen wird. Andernteils drückt das Bedürfnis nach »Verankerungsnormen« eine zu respektierende Qualifizierung eines Regelungsgegenstandes aus: Dem Thema wird *hic et nunc* in Gestalt der Verfassungsänderung das große Gewicht der obersten Normkategorie zugeschrieben.

<sup>66)</sup> Interessantes Beispiel: Die geltende Bundesverfassung spricht sich in Art. 27<sup>quinquies</sup> über Turnen und Sport aus und garantiert u.a. eine bundeseigene Turn- und Sport-schule. Im Konzept der gestrafften Verfassung laut Verfassungsentwurf ging dieses Thema in weiter gefaßten Sachbereichen auf (Art. 50–51 VE), was jedoch den energischen Widerstand von maßgeblichen Sportverbänden – zum Teil deshalb gegen den ganzen Verfassungsentwurf – auslöste.

ist es, auszumachen, wieviel tradiertes Gut mitgenommen werden muß (Traditionsanschlüsse), um von einem vertrauenspendenden und kontinuiertdarstellenden Plafond aus für die innovatorischen Bestandteile den tragenden Konsens zu schaffen. Man könnte journalistisch fragen: Wie total darf die Totalrevision sein? Wieviel Totalrevision erträgt diese staatliche Gemeinschaft? Es geht im Blick auf die Akzeptationen und die Legitimierungsvorgänge, die die Integration heraufführen, um die Kunst der Dosierung in der Verbindung von Altem und Neuem. Die besondere Schwierigkeit liegt darin, daß die Antwort an die politische, soziale und geistige Situation in dem fernen Zeitpunkt der verbindlichen Endentscheidung gebunden ist – daran ändert auch die Erstreckung relevanter Handlungen der »offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten« oder Verfassungsgeber im Sinne Peter Häberles, die über die ganze Zeit der Vorbereitung einer neuen Verfassung auf Deck sind, nichts; die erstellten und diskutierten Entwürfe sind tastende Versuche eines letztlich unverbindlichen »Möglichkeitsdenkens«, auch wenn jetzt und später Ausstrahlungen auf die geltende Ordnung zu gewärtigen sind; der Tag der förmlichen Endentscheidung im Verfahren einer Totalrevision vermag, wenn negativ entschieden wird, die Brutalität der Guillotine nicht abzustreifen, und die gesuchte unmittelbare und sichtbar kräftige Lenkung und Zusammenführung durch neues Recht findet nicht statt<sup>67)</sup>.

b) Der Verfassungsentwurf schlägt sich in diesen Ungewißheiten unterschiedlich, und er ist vielleicht nicht immer vorsichtig in der Anwendung der alten Gesetzgebererfahrung: Man muß mitunter Altes neu sagen und mitunter Neues alt, um das Dosierungsproblem zu mildern. Der Verfassungsentwurf weist vorwiegend in den dynamischen Regelungsbereichen der gesellschaftsgestaltenden Staatstätigkeiten<sup>68)</sup> eine bemerkenswerte

---

<sup>67)</sup> Die negative Endentscheidung kann schon auch einen integrierenden Effekt haben: Man findet das Bisherige richtig oder doch richtiger als das neu Proponierte, und darin kann ein belebendes Bekenntnis zur vorhandenen Verfassung und Staatsgestaltung gesehen werden. Insoweit würde sich die Motivierung der Revision um ihrer selbst willen (oben A/III/2) unbeschadet des Ausgangs rechtfertigen. Allein, das wird nur unter besonders günstigen Umständen erwartet werden dürfen. Sonst ist die Erarbeitung einer neuen Verfassung unter Teilnahme der »offenen Gesellschaft« notwendigerweise auch Glaubhaftmachung von Mängeln bisheriger Ordnung, Mobilisierung innovatorischer Kräfte, Herstellung politischer Aktionsbereitschaft und oft Polarisierungen, was alles beim erzwungenen Weiterführen der alten Ordnung eher Abwendung, Entpolitisierung, Resignation als integrierenden Auftrieb herstellt. Darin liegt eben das Risiko der eingeleiteten Gesamtänderung: Man kann nicht einfach zurück und wird die gerufenen Geister nicht wieder los.

<sup>68)</sup> So vorab mit der prononcierten Drittwirkung der Grundrechte (Art. 25 VE), mit

Forschheit auf, wenn er es unternimmt, sich vom bisherigen Stand zu lösen und mit offenen Elementen innovatorischen Möglichkeiten die Türe zu öffnen, ohne schon ausgeweitet fixierte Normativitäten zu setzen. Er kann umgekehrt subtil und geradezu zögerlich auftreten, wenn er ohne Aufhebens in Traditionsgut Neuerungen unterbringen möchte<sup>69)</sup>. Gesamthaft macht er den Eindruck eines Erlasses, der in der Tat »auf dem Weg« ist, in dem viele Entwicklungswege angelegt sind und der gerade in seiner Einfachheit nicht schnell ergründlich ist. Er ist in Wortlaut, Stil und sichtbarer Normstrukturierung häufig so weit vom Gewohnten weg, daß zurückhaltende Betrachter bisherige Konsenswerte nicht wiedererkennen und deshalb annehmen, der unerläßliche Grundkonsens lasse sich aus einer Verfassung, wie sie hier entworfen wurde, nicht aufbauen. Solches Bedenken erhält Sukkurs vom Methodenwechsel bei der Regelung des kompetentiellen Verhältnisses von Bund und Kantonen (Art. 48–52 VE), so daß hieraus, nach dem augenblicklichen Stand der Beurteilung, die integrierende Funktion am heftigsten in Frage gestellt zu sein scheint.

## 2. Die Suche nach Vertrauensgarantien

a) Die in einer Verfassung angelegten und durch sie aktualisierbaren Integrationsfaktoren machen auch und gerade im rational legitimierten Staat Schwergewichtsverlagerungen durch: Der Verfassung dürfte derzeit deutlich die Schaffung von zusammenhaltendem und zusammenführendem Vertrauen zufallen<sup>70)</sup>. Es gilt, Sicherheiten setzen zu können im reißenden Strom der heutigen Ungewißheiten, Sicherheiten über die sicht-

---

den Sozialrechten (Art. 26 VE), mit den Regelungen über die Arbeitsbeziehungen und der Unternehmen (Art. 27–29 VE) sowie mit den Zielnormen für die Eigentums- und Wirtschaftspolitik (Art. 30 und 31 VE).

<sup>69)</sup> Zum Beispiel: Art. 39 (Vereinheitlichungen bei den politischen Rechten der Bürger), Art. 47 (Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung der Kantone, Art. 44 (öffentlich-rechtliche Verträge und Einrichtungen nicht nur zwischen Gliedstaaten, sondern auch mit dem Bund), Art. 71 (subjektive Gewaltenteilung), Art. 79 (Instruktionsverbot für die Parlamentarier), Art. 80 und 100 (bezüglich des delegierten Verordnungsrechts), Art. 82 und 97 (politische Planung), Art. 115 (Verfassungsrat).

<sup>70)</sup> Zur kritischen und subtilen Fundierung des »Vertrauens« als rechtliche Kategorie des öffentlichen Lebens von verschiedenen Ansätzen aus vgl. Hans Huber, Vertrauen und Vertrauensschutz im Rechtsstaat, in: Festschrift für Werner Kägi (Zürich 1979), S. 193 ff.; ders., Vertrauensschutz, in: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts (München 1978), S. 313 ff. mit weiteren Literaturangaben; Jörg P. Müller, Vertrauensschutz im Völkerrecht (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 56) (Köln/Berlin 1971).

bar staatsleitenden Personen und führenden Equipen hinaus, hinaus auch über die frei sich bildenden und wieder zerfallenden Aktionsgruppierungen, hinaus aber auch über das Abstellen auf ein irgendwie geartetes wertneutrales sozialsteuerndes System. Es geht um etwas, das hinhält, auf das Verlaß ist, das zugleich Werte hegt und a u s s t r a h l t, das dem Menschen Gewißheiten gibt, von denen aus er zum Handeln und Ausharren aufgefordert und ermutigt ist. Der Verfassung wird hier zugemutet, einen Staat zu konstituieren und dauernd zustandezubringen, dem Verläßlichkeit und Beständigkeit eigen sind. Vertrauen auf die Verfassung, Vertrauen durch die Verfassung, Vertrauen dann auf ihren Staat.

Namentlich von zwei Seiten her wird das Spendevermögen herausgefordert: einerseits von denen, die die enttäuschende Leistungsgesellschaft allmählich überwinden und auf standhafte Werte zurückgehen möchten, ohne die Idee der größeren Gemeinschaft an neue Individualismen oder Sekten preisgeben zu müssen; andererseits von denen, die den Staat als sammelnden Inbegriff von Institutionen weiterhin als handlungsfähige Wirkungseinheit für nötig halten, jedoch seine Effizienz und Effektivität an hohe und stabilisierte Werte gebunden betrachten und dafür von der Verfassung Einrichtung und Wegleitung erhoffen. Erhaltung und Prägung der Staatlichkeit in einer gewandelten Sozietät sind bedingt durch ein verankerndes Vertrauen. Politisches Desinteresse, staatsbürgerliche Abstinenz, Staatsskepsis, Staatsverdrossenheit, Staatsverneinung bei ungehemmter Anspruchsmentalität, konservierendes Verharren bei unkritischem Begehren nach perfekter Funktionstauglichkeit – grassierende Schlagworte für Phänomene von behaupteten Desintegrationen – könnten mit einiger Wahrscheinlichkeit aufgefangen und gewendet werden, wenn eine Verfassung des beruhigenden Vertrauens zustandekäme.

b) Der Verfassungsentwurf setzt vielfach dazu an, sichere Basen solchen Vertrauens zu errichten. Voran stehen die Grundrechte (Art. 8–25 VE), auf die Sorgfalt und Umsicht verwendet wurde und die Zielgewißheiten einbringen, die die Beziehungsordnung Mensch – Staat weit übersteigen. Vertrauen sollen die Sozialrechte (Art. 26 VE), die Normen über die Eigentums- und Wirtschaftspolitik (Art. 30 und 31 VE), über Arbeitsbeziehungen (Art. 28 und 29 VE), über die Steuerpolitik (Art. 35 VE) zustandebringen, indem der Mensch erfährt, daß er nicht allein gelassen ist und sich behütet findet in trag- und leistungsfähigen, dem Einzelnen zugewendeten Gemeinschaften. Daß er als Mündiger zur Mitgestaltung berufen und doch nicht selbst die Verantwortung für jedes und alles zu prästieren hat, vielmehr eine verantwortliche Staatsleitung mit Effektivitätsaussichten sichergestellt ist, ist Sorge der ausführlichen organisatorischen

Bestimmungen. Der Staat, der etwas kann, der Staat aber auch, der sich zügelt, der Staat, der zur Identifizierung mit dem Einzelnen und der Sozialgruppe fähig und bereit ist, klingt in der Präambel und im abstrakten Zielkatalog des Art. 2 VE an, ist aber dann Grundton beinahe den ganzen Verfassungsentwurf hindurch.

Deswegen, sollte man meinen, sei die integrierende Funktion im heute vordringlichen Aspekt der Vertrauensbegründung geglückt. Doch stimmen die Vernehmlassungen nachdenklich: Offenbar sind die – auch mehr rhetorischen – Neuerungen und Neufassungen zu zahlreich und unvertraut, bergen die offenen Parteien zu geringe Versprechen auf vertrauenssicheren Gebrauch und bieten die Kontrollmöglichkeiten zu schwache Sicherheiten für die Innehaltung der erwarteten Verlässlichkeit und Konstanz.

## V. Die machtlimitierende Funktion

Die eine, ursächlich wie rational dominante Urfunktion der geschriebenen Verfassung, die Begrenzung der staatlichen Macht, war der Expertenkommission nicht erste Sorge; denn dafür steht ein tradiertes und abstraktes, meist nur in konkreten Nuancen anpassungsbedürftiges Instrumentarium zur Verfügung, auf das ein westlicher Verfassungsgeber beruhigt zurückgreifen kann. Dessen Schwierigkeiten beginnen da, wo er soziale Macht bannen sollte und dabei im Spannungsfeld von Privatautonomie, staatlicher Aktivität und gesellschaftlicher Ungebundenheit noch wenig erprobte Wege vorfindet. Für einen Weg hat die Expertenkommission einiges gepfadet und sonst sich vorsichtig zurückgehalten.

### 1. Die tradierten Begrenzungseinrichtungen

a) Die Gewaltenteilung wird nicht ausdrücklich als Grundsatz verkündet und erst recht nicht – was sie heute in Bezug auf die kantonale Organisation ist – dem hütenden Schutz der Verfassungsbeschwerde durch den Bürger unterstellt. Aber sie wird in Bezug auf den Bund als Gewaltentrennung und als -kontrolle konsequent und allen Bemühungen, die alte Dreiteilung durch moderne Gliederungen abzulösen, zum Trotz als organisatorische Trias der behördlichen Organgruppen durchgeführt: Parlament (Art. 76–93 VE), Regierung mit Verwaltung (Art. 94–106 VE), Justiz (Art. 108–111 VE). Die Aktivbürgerschaft bleibt außerhalb oder oberhalb der organisatorischen Teilung, kann jedoch in Sachfragen nur auf die Rechtsetzung und wichtigeren Staatsverträge zugreifen (Art. 59, 61, 62 und 64 VE),

während ihr, anders als in den meisten Kantonen, Regierungs-, Verwaltungs- und Planungssachen nicht zugänglich sind<sup>71)</sup>). Die personelle Gewaltenteilung ist gesichert (Art. 71 VE). Für die funktionelle wird die Sprengung der Trias sichtbar gemacht durch die Aufführung von Regierungsfunktionen (Teile des Art. 85 VE für das Parlament, Art. 97 und 98 VE für die Regierung), von Planungstätigkeiten (Art. 82 und 97 VE, wobei unentschieden bleibt, ob oder inwieweit man diese den Regierungsfunktionen zurechnen will), von Wahlen (Art. 85 Abs. 1 *lit. f* und 97 *lit. g* VE) u.a.m. Bei der Wahrnehmung der Rechtsetzung, der Finanzentscheidungen, der auswärtigen Angelegenheiten, der Wahrung der inneren Sicherheit, der Bereitstellung und Einsetzung des Heeres, der föderativen Koordinationen und Anleitungen (insbesondere Art. 80–83, 85, 92, 97–101 VE) wird ausdrücklich oder stillschweigend das intensive Zusammenwirken von Parlament und Exekutive gefordert oder vorausgesetzt. An diese Kooperationen durch horizontale Zuordnungen erst schließen sich die Kontrollfunktionen im engeren Sinne an, vorab das politische Verantwortlichkeiten realisierende Obergewaltensrecht umfassender Art des Parlaments über alle andern Gewalten und Organe, die für den Bund handeln (Art. 84 VE), wofür zusätzlich Parlamentsbeauftragte und noch zu kreierende Organe eingesetzt werden können (Art. 89 und 107 VE). Kontrollen im Gewaltenteilungssystem liegen ferner in der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit (Art. 109–111 VE). Hingegen fehlt es, wie im geltenden Recht, an direkten Gegenkontrollen der Regierung gegenüber Parlament und Justiz, wohlwissend, daß über die Kooperationsfunktionen mit dem Parlament reichlich kontrollierende Einwirkungen stattfinden müssen.

b) Die Verfassungsgerichtsbarkeit, für deren Ausbau sich die Arbeitsgruppe Wahlen unter Aufweis vieler Varianten noch eingesetzt hatte<sup>72)</sup>, bringt es zur Verfassungsbeschwerde vor dem einen und vorder-

<sup>71)</sup> In Gestalt von Verfassungsrevisionen, die aus der Mitte des Volkes auch initiiert werden können (Art. 113 und 115 Abs. 2 sowie 61 und 64 VE), kann dem Volk freilich die Möglichkeit verschafft werden, über andere als Rechtsetzungssachen und Staatsverträge zu befinden, es sei denn, die Bundesversammlung würde es wagen, in rechtsgestaltenden und rechtsfindenden Akten für nicht-rechtsetzende Vorlagen den Weg der Verfassungsrevision zu verschließen. Denkbar wäre auch, daß das Bundesgericht auf Grund von Verfassungsbeschwerden in der Anberaumung von Volksabstimmungen über nicht-rechtsetzende Gegenstände eine Verletzung der politischen Rechte des Bürgers erkennen würde (Art. 109 Abs. 1 *lit. a* VE), wozu es einige Ansätze in der bisherigen Praxis ausgebildet (Bundesgerichtsentscheid [BGE] 98 Ia 637 ff.; 99 Ia 724 ff.), in der Folge allerdings relativiert hat (BGE 102 Ia 131 ff., 548 ff.; 104 Ia 415 ff.; 105 Ia 11 ff.).

<sup>72)</sup> Schlußbericht, S. 421 ff.

hand einzigen Bundesgericht auch bezüglich Akten des Bundes, bleibt aber vorwiegend bei der Anfechtung individuell-konkreter Anordnungen mit einer inzidenten Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen stehen (Art. 109 VE)<sup>73)</sup>. Organstreitigkeiten sind nicht zugelassen. Es genügt, im vorliegenden Fall festzuhalten, daß der nun während Jahrzehnten vor allem durch eine fast einhellige Staatsrechtslehre geforderte Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit zu einer mehr oder weniger vollständigen Verfassungsbehütung mit Einschluß der abstrakten Normenkontrolle auch gegenüber Erlassen des Bundes nicht vorgeschlagen wird, und diese Beschränkung mit beinahe vollständiger Zustimmung der Staatsrechtslehrer in der Expertenkommission. Ja, unter dieser Gruppe sind einige, denen selbst die inzidente Normenkontrolle laut Verfassungsentwurf zu weit geht und die ungefähr bei der heutigen Regelung des Art. 113 Abs. 3 BV bleiben wollen (Variante zu Art. 109 VE). Sie finden Unterstützung vor allem durch Mitglieder, die der sozialdemokratischen Partei nahestehen oder aus der französischsprachigen Schweiz kommen, womit sich eine beinahe tradierte Konstellation bestätigt und bekräftigt: eine vorsichtige Zurückhaltung gegenüber dem trotz allen demokratischen Wahl- und Aufsichtsregeln weiterhin als aristokratisch empfundenen Richter überhaupt, gegenüber dem politisch unmittelbar wirksamen Verfassungsrichter der abstrakten Normenkontrolle im besonderen, ein – sonst wenig bekundetes – Zutrauen gegenüber dem Parlament zur Wahrung der Verfassung in der Gesetzgebung und über allem die alt-demokratische Unzumutbarkeit, dem Volksentscheid unterliegende Erlasse einem aufhebenden Judizium zu unterwerfen. Zum reichhaltigen Arsenal alter abwehrender Waffen kamen neue Geschütze aus der deutschen Verfassungsrechtsprechung und vereinzelt aus der amerikanischen, die in der sonst nicht schreckhaften Expertenkommission so wirksam waren, daß gerade noch mehrheitlich der Vorschlag des Art. 109 VE als Kompromiß zustandekam. Der Expertenkommission waren die sichere Garantie und reiche Entfaltung der Grundrechte ein lebhaft betontes Anliegen, und die Zusammenhänge mit einem wirksamen richterlichen Verfassungsrechtsschutz wurden im großen und ganzen erkannt, was aber die Widerstände gegen eine umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit bezüglich des Bundes nur geringfügig abzubauen vermochte. Man glaubt und

<sup>73)</sup> Zum reichhaltigen Art. 109 VE: Bericht, S. 178 ff.; Walter Haller, Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Totalrevision der Bundesverfassung – zur Diskussion gestellt (Anm. 2), S. 501 ff.; Gerhard Schmid, Zur Ausgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit im Entwurf einer totalrevidierten Bundesverfassung, in: Totalrevision der Bundesverfassung – Notwendigkeit oder Wunschtraum? (Anm. 2), S. 135 ff. Vgl. auch H. Huber (Anm. 60).

hofft, das eine auch ohne das andere haben zu können. Die in sachlich heiklen Bereichen offene Verfassung gibt zusätzlich Anlaß, den Verfassungsrichter nicht ausgreifen zu lassen, weil er entweder die spezifische richterliche Behütung im *self-restraint* nicht zustandebringt oder aber unvermeidlich zu einer dominant gestaltenden »politischen Gewalt« wird, die z.B. die Stellung des deutschen Bundesverfassungsgerichts weit übertreffen und die gewohnten Gewichtsverteilungen der schweizerischen Ordnung – nicht nur in Bezug auf die Position der Aktivbürgerschaft – in der Tat radikal verändern könnte.

An machtkontrollierenden Elementen wird nach dem Verfassungsentwurf indessen doch etliches gewonnen, der Funktion der Verfassung gegenüber der heutigen Lage ein Gewinn verschafft.

c) Dritter *rocher de bronze* der verfassungsrechtlichen Machtbegrenzung bildet der ausgewogene Katalog von Grundrechten (Art. 8–22 VE), worin sich unter der Obhut der Menschenwürde und im Anschluß an die entsprechende Staatszielbestimmung in Art. 2 Abs. 2 VE die Freiheitsrechte und weitere klassische Grundrechtsverbürgungen in Kongruenz und Ausweitungen mit und gegenüber der Europäischen Menschenrechtskonvention entfalten<sup>74</sup>). Damit wird das vordringlichste Defizit der geltenden Bundesverfassung, die nur wenige Grundrechte positiviert, andere den kantonalen Verfassungen und neuerdings einer ausgreifenden richterlichen Rechtsfindung überläßt, gedeckt und gleichzeitig eine Weiterbildung zustandegebracht. Die üppige, wiewohl nicht immer profunde oder wohlgeordnete Fülle von Überlegungen und Disputen, die sich in der Subkommission und im Plenum der Expertenkommission um die Grundrechte ausgebreitet hat, ist durch die deutsche und amerikanische, gelegentlich durch die österreichische und Straßburger, selten durch die italienische Rechtsprechung oder Doktrin fruchtbar alimentiert worden. Darüber hinaus darf der Verfassungsentwurf für sich in Anspruch nehmen, sich der zeitgenössischen Grundrechtsproblematik gegenüber aufgeschlossen und fortführungsbereit zu zeigen. Wenn sich hierbei der neue Grundrechtskatalog dem institutionellen Grundrechtsverständnis auftut, die Schrankenziehung ihrerseits

---

<sup>74</sup>) Ausführlich der Schlußbericht, S. 62 ff., mit den von Hans Huber verfaßten Ausführungen; Bericht, S. 30 ff.; Jörg P. Müller, Grundrechte und staatsleitende Grundsätze im Spannungsfeld heutiger Grundrechtstheorie, in: Totalrevision der Bundesverfassung – zur Diskussion gestellt (Anm. 2), S. 265 ff.; ders., Grundrechte in einer revidierten Bundesverfassung, in: Totalrevision der Bundesverfassung – Notwendigkeit oder Wunschtraum? (Anm. 2), S. 77 ff.; Leon Schlumpf, Staat, Gesellschaft, Einzelner im Spiegel der Grundrechte, *ibid.*, S. 85 ff.

begrenzt und alle weiteren Machtträger, die die fundamentalen Situationen des Menschen behelligen können, zu erfassen sich bemüht, so bleibt doch auch und wohl voran die Aufgabe, daß der Staat – der gerade gegenwärtige und alsdann der im Rahmen dieser Verfassung sich fortbildende – als Machtgefüge gezügelt bleibt und vor Machtmißbräuchen edukativ abgehalten und repressiv davon weggebracht werden kann.

d) Zwischen den Grundrechten einerseits und den abstrakten Staatszielbestimmungen andererseits finden sich Grundsätze staatlichen Handelns (Art. 4–7 VE)<sup>75)</sup>, die Rechtmäßigkeit und Verantwortlichkeit staatlicher Aktivitäten mit gängigen rechtsstaatlichen Grundsätzen (Verhältnismäßigkeitsprinzip, Willkürverbot, Vertrauensprinzip) gebieten und in Ergänzung zu ideellen Grundrechten die Offenlegung staatlicher Aktivitäten durch Informationen verlangen. Hervorstechend ist die Gewährleistung der Rechtmäßigkeit allen staatlichen Handelns (Art. 4 VE), wodurch das formalisierte Legalitätsprinzip, in Anlehnung an Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG, ausgeweitet und durch die Sicherstellung des gehaltvollen Gesetzes, der Begrenzung der Delegation und der Rückbindung der Verordnung durch Gesetz und Richter (Art. 80, 100, 101 und 109 VE) substantiell gemacht wird. Auch darin liegen limitierende Verfassungsfunktionen, die namentlich die Grundrechte in institutionellen Aspekten ergänzen, die weitgehend des verfassungsrichterlichen Schutzes teilhaftig werden und garantieren, daß hervorstechende rechtsstaatliche Werte in der Staatspraxis durchdringen können. Die vier Artikel dieses einen Kapitels sind nicht die einzigen »Grundsätze staatlichen Handelns«, indem vor allem die mannigfachen Zielnormen im Verfassungsentwurf ähnliche Funktionen erfüllen; die Hervorhebung und Etikettierung entspricht mehr systematischen und appellatorischen Überlegungen denn einer isolierten Hervorhebung und Alleingeltung.

## *2. Begrenzungen sozialer Macht*

Das seit längerer Zeit ins Rampenlicht tretende Problem, daß Freiheit und weitere Fundamentalpositionen des Menschen und sozialer Gemeinschaften auch durch andere als staatliche Macht beengt, bedrängt und stillgelegt werden können und daß hier Schutz und Begrenzung mit vergleichbarer Wirkung zustandekommen sollten, hat die Expertenkommission vielfach und immer wieder beschäftigt, ohne daß man sagen dürfte, es sei ein klarer und vollends durchdachter Vorschlag für eine der Verfassung

---

<sup>75)</sup> Vgl. Anm. 74.

mögliche und evidente Lösung zustande gekommen. Das liegt in großem Umfang am Problem selbst, zum Teil aber auch daran, daß die Expertenkommission ihrem Zeitdruck erlegen ist und die Vertiefung samt der Ermittlung von plausiblen Varianten nicht erarbeitet hat. Nachteilig wirkt sich auch die hochgradige Abstraktheit der betreffenden Normierungen aus. Die Expertenkommission operiert nicht von einem präzise gefaßten Ziel aus auf klar zusammenhängende Lösungen hin, sondern rennt den Wall von vielen Stellungen her an, und ob sie damit zureichend und zugleich maßvoll das Konglomerat von Machtquellen, die man vereinfachend unter dem Begriff sozialer Macht einfangen mag, verfassungsnormativ verstanden und erfassbar gemacht hat, ist eine der weiteren Diskussion bedürftige Frage.

Es sind vor allem sechs Ansätze, die für die Begrenzung sozialer Macht ausgewählt wurden. Der erste findet sich innerhalb der einzelnen Grundrechte selbst, die normativ Limitierungen sozialer Mächtigkeiten anstreben, z.B. bei der Rechtsgleichheit (Art. 9 Abs. 2 und 3 VE), bei der Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 12 Abs. 2 VE), in der (zumindest negativen) Koalitionsfreiheit (Art. 13 Abs. 1 VE), wohl auch in der Berufswahlfreiheit (Art. 18 VE). Der zweite Ansatz befindet sich in der deklarierten Drittwirkung der Grundrechte, endend im kategorischen Satz: »Vor allem darf niemand Grundrechte durch Mißbrauch seiner Machtstellung beeinträchtigen« (Art. 25 VE), ohne daß Hinweise für die Durchsetzungen der Horizontalwirkungen gemacht worden wären. Der dritte Ansatz bewegt sich ebenfalls im Bereich der Grundrechte, indem Art. 24 VE gebietet, diese müßten in der »ganzen Gesetzgebung« zur Geltung kommen, so daß dem Gesetzgeber eine vielversprechende, aber völlig vage Anweisung mitgegeben ist, die kaum schon zum Verfassungsauftrag (Gesetzgebungsauftrag) für eine durchgehende oder – umgekehrt – ausgesuchte Sozialmachtbegrenzung verdichtet ist. Ein vierter Ansatz sind Mitbestimmungsmöglichkeiten (Art. 29 VE) und die Sicherstellung der Regelung kollektiver Arbeitsbeziehungen samt Streikrecht (Art. 28 VE), also Partizipations- und Kampfmöglichkeiten zur Eindämmung von übermäßigem Machtgebrauch; dazu mag man die Eindämmung intermediärer Gewalten und damit auch anonymer Machtentfaltung im staatlichen Entscheidungsprozeß zählen (Art. 68 für die politischen Parteien, Art. 69 und 79 Abs. 2 VE für Interessenorganisationen). Fünfter Ansatz bringt die Sicherstellung des Wettbewerbs (Art. 32 VE), und in ihrer Nähe liegt der Konsumentenschutz mit der Beschränkung der Werbung (Art. 33 VE). Sechster Ansatz bieten schließlich zahlreiche Zielnormen, z.B. einigermaßen faßbar bei einzelnen Belangen der Eigen-

tumpolitik (Art. 30 *lit.* d–g VE), der Wirtschaftspolitik (Art. 31 *lit.* a und 1 VE), der Kulturpolitik (Art. 36 *lit.* c VE).

## VI. Die organisatorische Funktion

Es gehört zu oft bevorzugten verfassungspolitischen Traditionen, die organisatorische Funktion der Verfassung in den Hintergrund zu rücken, ähnlich der üblichen systematischen Platzierung der Staatsorganisation in der Verfassungsurkunde. Dem scheinbar materialistischen Zug und den instrumentalen Verfassungsverständnissen soll so entgegengewirkt werden. Daß in Tat und Wahrheit nicht nur die logische Priorität, vielmehr auch die Sendung der Verfassung in der rechtsstaatlichen Demokratie für eine Voranstellung der organisatorischen Probleme ficht, wird man von Zeit zu Zeit in Erinnerung rufen müssen. Doch darf bei der Erörterung des Verfassungsentwurfs in seiner Fassung von 1977 das Organisatorische mit Fug zurücktreten, da hier die geringsten Modifikationen gegenüber dem geltenden Recht vorgeschlagen werden und die paar brisanten Themata – z.B. Stimmrechtsalter (Art. 57 VE), Initiativrechte des Volkes (Art. 64 VE), Zusammensetzung des Ständerats als der Abordnung der Gliedstaaten (Art. 77 VE), Größe der Regierung und Stellung des Bundespräsidenten (Art. 95 und 96 VE) – die Tragweite derjenigen in den beiden ersten Teilen des Verfassungsentwurfs bei weitem nicht erreichen. Immerhin ist festzuhalten, daß das die Totalrevisionsbegehren in den sechziger Jahren auslösende »Helvetische Malaise« überwiegend aus Defekten am Entscheidungsprozeß abgelesen worden ist<sup>76)</sup>.

### 1. Der aktionsfähige Staat

Bei aller Bereitschaft, unvoreingenommen die Organisation des Bundes zu ordnen und, wenn geboten, von Bisherigem abzugehen, wird sie im schließlichen Ergebnis im Verfassungsentwurf bestätigt. Namentlich das Regierungssystem wird nicht verlassen, und das charakterisierende Zusammenspiel von repräsentativen und plebiszitären Faktoren wird bekräftigt. Sowohl die im ganzen doch guten Erfahrungen, mit denen die seit 1848 be-

<sup>76)</sup> Vgl. Wildhaber, Projekt, S. 264 ff.; Bericht, S. 129 ff.; Gerhard Schmid, Die direkte Demokratie im magischen Vieleck der Staatsziele, in: Totalrevision der Bundesverfassung – zur Diskussion gestellt (Anm. 2), S. 457 ff.; ferner meinen Beitrag, Die staatsleitenden Behörden des Bundes (Bundesversammlung und Bundesrat), *ibid.*, S. 477 ff., insbes. S. 497 ff.

stehende organisatorische Grundordnung aufwartet, als auch das erkannte Bedürfnis, mit der Organisation Konstanz und Stabilität angesichts dem in andern Teilen mit Neuerungen durchwirkten Verfassungsentwurf leicht erkennbar aufrechtzuerhalten, motivieren die vielfachen Bestätigungen, die ihrerseits dann freilich auch erlauben, mit korrigierenden Veränderungen aufzuwarten, um die Handlungsfähigkeit des Staates zu sichern, wo möglich zu heben; denn so viel Lob das komplexe Organisationsgefüge und Entscheidungssystem mit seinen kunstvollen Balancen und eingespurten rechtlichen und außerrechtlichen Prozeduren an sich verdienen mag, so sind seine Gefährdungen und Gebrechlichkeiten vor den Aufgaben des »Modernen Staats« im Sinne Herbert Krügers<sup>77)</sup> nicht zu übersehen und allein mit Korrekturen auf Stufen unterhalb der Verfassung, mit denen man sich bislang zufriedengegeben hat<sup>78)</sup>, nicht zu beheben. Die Hauptsorgen lassen sich einfangen mit den Stichworten: Bewahrung der Entscheidungsfähigkeiten, der gehobenen Qualität der Entscheidungsinhalte, der Initiativvermögen, des Zusammenhangs der Organgruppen in sich und untereinander – alles eingerahmt und getragen von legitimierenden Strukturen der halbdirekten Demokratie.

Das Globalurteil verweist darauf, daß das nicht länger zu verdeckende enge Zusammenwirken der staatsleitenden Organe gezeigt und gefördert wird (Art. 80–85, in Relation zu Art. 97–107 sowie 109 VE), zugleich aber dem Parlament Gelegenheiten der eigenen Stärkung zugehalten werden, z.B. in der Freiheit, vom heute nominalen Gelegenheits- und effektiven Halbberufsparlament zu einem vollen Berufsparlament überzugehen (Art. 90 VE), oder in der erlaubten Konzentration auf das Wesentliche in der Zuständigkeitserfüllung (Art. 80–85 VE) oder in der Steigerung der Bedeutung und Stellung des Gesetzes und des rechtsetzenden Parlamentsdekrets (ohne Referendum), verknüpft mit der Disziplinierung der Verordnung (Art. 80, 100 und 101 VE). Die richterliche Gewalt bleibt von staatsleitenden Mitwirkungen kräftig abgeschnürt (Art. 109 Abs. 2 VE), wodurch eine Verein-

---

<sup>77)</sup> Herbert Krüger, *Allgemeine Staatslehre* (2. Aufl. Stuttgart 1966), S. 1 ff., woraus sich für das Verfassungsrecht die Problematik der »Regierbarkeit« entwickelt: Wilhelm Hennis/Peter Graf Kielmannsegg/Ulrich Matz, *Regierbarkeit*, 2 Bände (Stuttgart 1977 f.). – Vgl. Schlußbericht, S. 572 ff.; Bericht, S. 129 ff., 150 ff.

<sup>78)</sup> Vgl. Anm. 7. Daß für die Korrekturen ausgeweitete Sichten der Verfassungshöhe nötig werden können, hat zurückhaltend von einem einzelnen Gegenstand aus, aber mit allgemeiner Gültigkeit vernehmbar dargelegt: Ernst Friesenhahn, *Einige Anmerkungen zum Verfassungsbegriff und zum Staatsvertragsreferendum der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, in: *Festschrift für Ulrich Scheuner* (Berlin 1973), S. 85 ff.

fachung im ohnehin vielschichtigen Entscheidungsgefüge bewahrt wird. Daß – wie in den letzten Jahren – eine Flut von Volksinitiativen die behördlichen Initiierungen beengen, die nach sachlichem Gewicht geordnete Entwicklung der Rechtsordnung stören, die Entscheidungsprozeduren überlasten und verstopfen könnte, ist mit einer die Volksrechte nicht stützenden, vielmehr sachlich erweiternden Volksinitiative als sog. Einheitsinitiative angemessen zu erfassen versucht worden, indem dem Parlament die sachliche, zeitliche und rechtsformale Steuerung der »großen Rechtsetzung« aufgetragen wird (Art. 64 und 66 in Verbindung mit Art. 80, 92, 100, 101, 113 VE). Doch stieß solche die Bedeutung des Parlaments hebende Lenkung schon in der Expertenkommission auf Mißtrauen (Variante zu Art. 64–66 VE), und die Vernehmlassungen sind ihrerseits jener Einheitsinitiative wenig gewogen, womit das Problem auf der Verfassungsstufe ungelöst stehen bleiben könnte, wie die Initiativepotenz dieses Staatswesens der halbdirekten Demokratie sinnvoll einzusetzen, auf die effektiven Sachbedürfnisse auszurichten und jeweiligen tatsächlich zu aktivieren sei. Walten bezüglich behördlicher Einwirkungen auf Volksinitiiierungen offensichtlich große Bedenken, so sind diese umgekehrt – wie schon im geltenden Recht – beinahe gänzlich zerstreut, wenn dringliches Handeln geboten ist: Da sind dem Parlament mit sofort in Kraft tretendem Gesetzesrecht bei nachträglich möglichem Referendum (Art. 81 VE) und dem Bundesrat mit verfassungsunmittelbarem Verordnungsrecht bei polizeilichen und sozialen Notständen (Art. 100 Abs. 2 VE) die Schleusen weit geöffnet, immerhin mit der bemerkenswerten Neuerung, daß vor allem wegen der Offenheit und Kompetenzweite des Verfassungsentwurfs das heutige Dringlichkeitsrecht der Verfassungsstufe (Art. 89 bis Abs. 3 BV) wegfällt. Erneuert wurde die bisherige Grundentscheidung: In die Verfassung wird keine »Notverfassung« eingebaut, und die großen Staats-Notstände sind nach Maßgabe der jeweiligen Situation gesondert und *extra constitutionem* mit spezifisch legitimiertem Recht, z.B. »Vollmachtenrecht«, anzugehen. Erstaunlich wortkarg ist der Verfassungsentwurf, wo es sich um die Bereitstellung und Einsetzung des Heeres für die Bewahrung der Unabhängigkeit und der äußeren Sicherheit handelt. Gegenüber dem geltenden Recht zeigt sich offenbar an, daß sich die Armee, die im 19. Jahrhundert ein vorherrschender Gegenstand der integrierenden Staatsaufgaben und in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts sich bewährendes Staatsgut war, zu einem vorwiegend instrumentalen Funktionsgefüge wandelt. Die Handlungsfähigkeit und Effektivität des Staates des Verfassungsentwurfs wird nur noch andeutungsweise über die bewaffnete Macht sichtbar gemacht (Art. 2 Abs. 8, 37, 85 lit. e und f sowie 97 lit. f VE).

Das schon einmal angerufene Globalurteil wird festgehalten, daß aus dem Verfassungsrecht gemäß Verfassungsentwurf heraus das Risiko einer Blockierung der staatlichen Aktionsfähigkeit nicht ersichtlich ist, daß umgekehrt etliche institutionelle Vorkehrungen getroffen sind, um die Mobilität und Reaktionsfähigkeit der staatlichen Organisation in Strukturen und Funktionen zu gewährleisten. Die Staatlichkeit dürfte sich erwartungsgemäß behaupten lassen und muß nicht abdanken vor einer Einflutung unverfaßter Kräfte. Die gesellschaftlichen Interessenorganisationen werden respektiert, jedoch gehemmt durch eine Normativordnung, an der man, wenn man wollte, Halt finden könnte, um staatlichen Willen durch repräsentative Organe zu formen und durchzusetzen.

## 2. Demokratieprobleme

Obschon im Verfassungsentwurf die verfassungsgestaltende Grundentscheidung der halbdirekten Demokratie mit ihren komplexen Zwischengebilden zwischen einer parlamentarischen und präsidentiellen Ausformung der Demokratie wiederholt und firmiert wird, sind auch auf der Verfassungsstufe Demokratieprobleme aufgereiht, die weniger aus sachlichen als aus Gründen zur Erlangung der Akzeptation und zur Legitimierung besondere Schwierigkeiten bieten. Die vielfältigen Demokratietheorien und -verständnisse haben die Expertenkommission mehr im Hintergrund als bei den unmittelbaren institutionellen Lösungsvorschlägen bewegt, da bei diesen, wie sich erwies, der wirksame Einfluß der Theorienwahl überraschend gering ist: Man kommt zu höchst unterschiedlichen Begründungszusammenhängen, aber zu wenigen, vor allem zu wenig differentiellen Varianten bei den in einer Verfassung normierbaren Festlegungen<sup>79)</sup>. Drei Fragenkreise stehen im Vordergrund:

---

<sup>79)</sup> Zuhanden der Expertenkommission wurde eine verfassungstheoretische Sicht in einem Gutachten von Richard Bäumlin vorgelegt, jetzt publiziert unter dem Titel: Lebendige oder gebändigte Demokratie? (Anm. 2). Zur schweizerischen Diskussion der Demokratieverständnisse und Folgerungen für die Institutionalisierungen vgl. u.a. auch: Jörg P. Müller / Peter Saladin, Das Problem der Konsultativabstimmung, in: Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979 (Bern/Stuttgart 1979), S. 405 ff. mit weiteren Literaturangaben; Riccardo L. Jagmetti, Demokratie im Umbruch, in: Festschrift für Werner Kägi (Zürich 1979), S. 209 ff.; meinen Beitrag: Entwicklungstendenzen in der schweizerischen Demokratie, *ibid.*, S. 79 ff.

a) Zum einen ist es das Ausmaß plebiszitärer Komponenten im institutionellen Gefüge, eingeschlossen die Fragen nach dem Einbezug der politischen Parteien und der Interessenorganisationen in die verfassungsrechtliche Regelung. Es ist prinzipiell bei den heutigen Zuständigkeiten des Volkes geblieben (Art. 60–62 VE), das bei Sachentscheidungen demnach beteiligt ist für Akte der Rechtsetzung und für Staatsverträge mit obligatorischer oder fakultativer Volksabstimmung, erweitert um die Möglichkeit der freien Initiierung von parlamentarischen Rechtsetzungen ungeachtet der Rechtsetzungsstufe (Art. 64 und 66 VE). Der Aktivbürgerschaft des Bundes wird mit der inzidenten Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen neu eine geringfügige Kontrollgewalt gegenübergestellt (Art. 109 Abs. 3 VE). Ausgleichend dazu steigert sich die mögliche Wirksamkeit der Volksteilhabe dadurch, daß dem Parlament die Delegation der Rechtsetzung für wichtige Bestimmungen verboten, für andere Normen die ausdrückliche gesetzliche Lenkung der nachfolgenden Rechtsetzer geboten wird (Art. 80 und 100 VE): Dem Referendum wird so, im Gegensatz zur heutigen Staatspraxis, der Zugriff auf inhaltsschwere Akte gesichert, und die verdeckte Möglichkeit, diese dem Volksentscheid zu entziehen, unterbunden.

b) Zum andern ist es die Frage, ob, allenfalls wie und in welchem Ausmaß von Verfassungs wegen die »Demokratie als Lebensform«, die »gesellschaftliche Demokratisierung« zu fördern und zu fordern sei. Mit manchen Zielsetzungen der Sozialordnung, der Eigentums- und der Wirtschaftsordnung, der Kultur- und Bildungspolitik werden begünstigende Voraussetzungen für gesellschaftliche Demokratisierungen in die Wege geleitet (Art. 26, 30, 31, 36 und 36<sup>bis</sup> VE), und was der Gleichheitssatz – allein und dann in Verbindung mit den Anordnungen über die allgemeine Grundrechtsverwirklichung und über die spezifische Drittwirkung (Art. 9, 24 und 25 VE) – alles in sich birgt, sagen nicht schon Text und zutageliegende Zusammenhänge des Verfassungsentwurfs, sondern ist den konkretisierenden Organen aller drei Gewalten anvertraut, die mit der bisherigen Praxis zu Art. 4 BV (Gleichheitssatz) eine Tradition ausgreifender Entfaltung vorfinden. Die garantierte Wirtschaftsfreiheit mit Berufsfreiheit, Wettbewerbsgrundsatz und Begrenzung der staatlichen Eigenwirt-

---

Für die Expertenkommission, wie schon zuvor für die Arbeitsgruppe Wahlen, übt den wohl bestimmendsten Einfluß aus dem Ausland gerade für die Demokratie- und Institutionsverständnisse Ulrich Scheuner mit seinen Publikationen seit etwa 1952 aus. Gleichsam zusammenfassend für die schweizerischen Demokratie-Fragestellungen in Konfrontation mit ausländischen Lösungen: Der Mehrheitsentscheid im Rahmen der demokratischen Grundordnung, in: Festschrift für Werner Kägi (Zürich 1979), S. 301 ff.

schaft (Art. 19, 18, 32, 34 VE), ferner die Eigentumsgarantie (Art. 17) und weitere Grundrechte, schließlich die Beschränkungen, die aus den allgemeinen Staatszielen des Art. 2 VE hervortreten, werden allerdings davon abhalten, das soziale Substrat und seine daraus hervorgerufene Sozialordnung durch staatliche Zugriffe beliebig zu gestalten, also z.B. »Demokratisierungen der Gesellschaft« nach freiem Befund zu treffen. Unmittelbar und klar anvisiert sind »gesellschaftliche Demokratisierungen« höheren Ausmaßes als heute bei der Ordnung des Unternehmens (Art. 29 VE) und bei Massenmedien (Art. 12, 24 und 25 VE).

Anders als bei der Eindämmung sozialer Macht (oben C/V/2) und der Sozialgestaltung überhaupt (unten D/II), wo die Expertenkommission das staatliche Handeln als unerlässlich verstanden hat, war sie beim besonderen Thema der »gesellschaftlichen Demokratisierung« mehrheitlich staatlichem Antrieb abgeneigt und hat nur die punktuellen oder potentiellen Regelungen aufgenommen. Damit ist auch angemerkt, daß sie sich auf die theoretische Diskussion über das Verhältnis Staat--Gesellschaft wenig eingelassen hat, und wo sie aus dem Beziehungsverständnis heraus Entscheide treffen mußte, hing sie offensichtlich – auch wieder mehrheitlich – der Anschauung an, daß beide Größen weiterhin unterschieden werden sollen und können, *in praxi* aber aufs engste verwoben sind und unter intensivsten Wechselwirkungen ineinanderstehen<sup>80</sup>). Im letzten baute sie auf sozialgestaltende Selbstregulationen – unter Einfluß staatlicher Vorgänge und Entscheidungen –, wodurch die der staatlichen Demokratie komplementäre Gesellschaftsstrukturierung mit einer der heutigen vergleichbaren Verlässlichkeit hervorgebracht wird.

c) Ein kurioses Demokratieproblem verfassungspolitischer Natur durchdringt den Verfassungsentwurf: Im 19. Jahrhundert hat die Schweiz eifrig, fleißig und erfolgreich Verfassungskreationen betrieben, auch dann, wenn die Gemeinwesen gut integriert und handlungsfähig waren<sup>81</sup>). Das 20. Jahrhundert zögert, und das jetzt schon fünfzehnjährige Vorantasten im Bund hat gar nichts vom Schwung und den Resonanzen in der Öffentlichkeit

<sup>80</sup>) Beurteilt man die Überlegungen und Entscheidungen der Expertenkommission bezüglich des Staats-Gesellschaftsverhältnisses, so folgt sie größtenteils am nächsten den Auffassungen von Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart (1972), jetzt in: Staat, Gesellschaft, Freiheit (Frankfurt a.M. 1976), S. 185 ff., mitunter derjenigen von Roman Herzog, Allgemeine Staatslehre (Frankfurt a.M. 1971), S. 51 ff.

<sup>81</sup>) Eduard His, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts, Bd. 2 (Basel 1929), S. 68 ff., 72 ff., 98 ff., 187 ff., 238 ff.; Bd. 3 (Basel 1938), S. 6 ff., 42 ff., 82 ff., 93 ff., 122 ff.

vorzuweisen, die die Revisionsunterfangen des letzten Jahrhunderts ausgezeichnet haben. Eine wesentliche Ursache dafür muß darin liegen, daß dem Einzelnen und sozialen Gruppen keine Ausweitungen und Verstärkungen demokratischer Teilhabe und Teilnahme in Aussicht gestellt werden. Von den praktikablen Institutionen der Volksbeteiligung sind wahrscheinlich bereits alle vorhanden, und die Verfeinerungen und Ausfeilungen, die man jetzt machen und vielleicht vermehrt noch machen könnte, sind entweder dem »Durchschnittsbürger« wie den führenden Kräften in der Nutzungsmöglichkeit schwer verständlich – z.B. die Öffnungen der Vorverfahren der Rechtsetzung (Art. 69 VE), die Erfassung der politischen Parteien (Art. 68 VE) oder die Garantien der dichteren Kommunikation zwischen Behörden und Öffentlichkeit (Art. 7 und 97 *lit. h* VE) – oder aber geringfügig und von wenig faßbarer Effizienz. Es knüpfen sich keine antreibenden Hoffnungen daran.

Von derartigen Erfahrungen aus erscheint es auch richtig, daß die Expertenkommission alle Vorschläge, Stand und Inhalt der heutigen Volksrechte zu verengen, namentlich das Referendumsrecht für Gesetze zugunsten einer gesteigerten Geltung der Repräsentationen fallen zu lassen, abgelehnt hat.

Die Verbreiterungen der Demokratie im gesellschaftlichen Bereich (»gesellschaftliche Demokratisierungen«) durch verfassungsrechtliche Anordnung oder Wegbereitung stoßen offensichtlich auf sehr beengtes Verständnis und Interesse. »Demokratie« wird weiterhin überwiegend als staatliche und institutionelle verstanden, und die gesamtgesellschaftliche ist ohnehin in breiter Front im Gange, so daß es wenig abwirft, ihre Beförderung als Ziel und mit erwartungsvollen Mitteln zu präsentieren. Mit andern Worten: Verfassungstotalrevisionen waren in der Schweiz populär und annahmefähig zu machen durch Versprechen auf mehr und direktere Demokratie des Staats in handfestem Ausmaß. Solche oder vergleichbare Anziehungskraft bringt der Verfassungsentwurf nicht zustande, und zwar nicht deswegen, weil er sich nicht darum bemüht hätte, sondern deswegen, weil rechtsetzende Phantasie und politisch praktikable Möglichkeiten für die Gestaltung der Demokratie in Ansehung dieses Gemeinwesens, dieses Menschen und dieser Anforderungen offensichtlich erschöpft sind oder die Varianten keine gewichtigen Vorteile in Aussicht stellen.

Die für die Totalrevision unerläßliche Attraktivität hätten die Grundrechte und eine zeitgemäße soziale Sicherheit zustandebringen sollen. Solche Erwartungen scheinen sich nicht zu erfüllen, mutmaßlicherweise deswegen, weil für den Bürger die hohe Bedeutung der Grundrechte

nur sporadisch aufleuchtet und dann in der geltenden Ordnung *in praxi* doch einigermaßen befriedigend – über richterlich gefundenes Recht, über die Menschenrechtskonvention, über verfahrensmäßige Hilfen in Gestalt der bloßen Verwaltungsgerichtsbarkeit – angerufen werden können. Was die soziale Sicherheit als Ausschnitt aus der Sozialstaatlichkeit betrifft, ist der normative Ausbau in seiner Gesamtheit und das Bedürfnis nach Regelungen der Verfassungsstufe nicht so einleuchtend, daß sich daran ein verfassungspolitisches Feuer in der breiteren Öffentlichkeit entzünden ließe.

#### D. Verfassungsrechtlich Unbewältigtes

Der Verfassungsentwurf stellt in einer Norm der staatlichen Selbstrepräsentation voran, die Schweizerische Eidgenossenschaft sei ein »demokratischer, freiheitlicher und sozialer Bundesstaat« (Art. 1 Abs. 1 VE). Er will damit nicht schon kompetentielle Verfassungsaufträge formulieren, jedoch anzeigen, worin die verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen bestehen und was die dominanten Fragestellungen der nachfolgenden Verfassungsregelungen sein müssen. Die Verfassungsfunktionen sollen sich einstellen in der Inangsetzung und Fortführung dieser Ankündigung. Dabei »Demokratie« und »Freiheitlichkeit« zustandebringen, dürfte dem Verfassungsentwurf, nach den gewohnten und geläufigen Maßstäben und *in abstracto* beurteilt, gelungen sein. Schwierigkeiten türmen sich bei der »Bundesstaatlichkeit« und bei der »Sozialstaatlichkeit« auf; dort eher zufolge der allgemeinen Erschwerungen, die eine föderative Ordnung jedem Bundesstaat, der den Forderungen des Modernen Staates genügen möchte, bereitet; hier, bei der Sozialstaatlichkeit, eher daraus, daß die komplexe Aufgabenstellung in der Dimension der Verfassung ein gesteigertes synthetisches Vermögen bedingt, das sachlich, normativ und politisch einen Verfassungsgeber der eiligen eindimensionalen Legiferierung beinahe zwangsläufig überfordert. Der Verfassungsentwurf stellt zwei große Blöcke hin, die – weniger in Einzelheiten als vielmehr im ganzen – verfassungsrechtlich schwerlich als bewältigt gelten dürfen.

#### I. Die zeitgemäße föderative Ordnung

Daß der Bundesstaat in einer neuen Verfassung wieder einzurichten sei, gehört zu den unbestrittenen Ausgangsaxiomen, und daß er »zeitgemäß«, »lebendig«, »zukunftsweisend« zu gestalten sei, ist vielfach erklärtes Ziel<sup>82)</sup>.

<sup>82)</sup> Vgl. Schlußbericht, S. 53 f., 252 ff.; Bericht, S. 89 ff.; den zusammenfassenden Be-

Das Thema tritt inhaltlich und alsdann formal-methodisch an den Verfassungsgeber heran; beides ist freilich miteinander verhängt.

### 1. Die inhaltliche Frage

a) Seit Jahren gehört es zu den politischen Einträglichkeiten, überbordende Bundesgeltung zu diagnostizieren, die funktionelle und die materielle Durchdringung von Bund und Gliedstaaten zu beklagen und nach Entflechtung zu rufen. Spätestens dann, wenn finanzielle Einbußen der Gliedstaaten, z.B. mit dem Abbau und Systemwechsel der Subventionen und der Bundesbeiträge, oder wenn die Reduktion von Ausgleichsmaßnahmen oder der steuernden Bundesgesetzgebung als Konsequenz vor Augen traten, bremste sich die Forderung nach Neuordnung automatisch. Wer ernsthaft eine umfassende und systematische Neuverteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen untersucht und im gleichen Zug die Bereitschaft bekundet, die dafür nötigen einschneidenden Umbauten auf normativer, administrativer, finanzieller und wirtschaftlicher Ebene an die Hand zu nehmen, hält sich nur mit einem illusionsreichen Optimismus aufrecht oder muß redlicherweise zugeben, daß über punktuelle und oberflächliche Modifikationen nicht hinauszukommen ist. Parallel zur Arbeit der Expertenkommission bemühte sich eine ihr personell nahestehende Arbeitsgruppe, das Konzept einer Neuverteilung der Staatsaufgaben zu entwerfen<sup>83</sup>), und es hätte nahegelegen, die Ergebnisse für den Verfassungsentwurf nutzbar zu machen. Das ist nicht gelungen, weil keine materiell beachtenswerten Ergebnisse rechtzeitig – bis dato nicht – vorgelegen haben. So ist der Verfassungsentwurf, von kleineren Abweichungen abgesehen, inhaltlich die Wiederholung der gegenwärtigen Aufgabenverteilung (Art. 49–52 VE), in freilich anderer Darstellung und mit der erheblichen Erleichterung allfälliger Änderungen. Einschneidend sind materielle Modifikationen bei der Finanzordnung, die dem Bund höhere Steuereinnahmen in Aussicht stellen, insbesondere mit einer exklusiven direkten Besteuerung der juristischen Personen (Art. 54 und 55 VE).

---

richt über Föderalismus-*hearings* der Stiftung für eidgenössische Zusammenarbeit von Leonhard Neidhart, Föderalismus in der Schweiz (Zürich/Köln 1975).

<sup>83</sup>) Bericht der vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement eingesetzten Arbeitsgruppe vom 20.8.1975 über die »Aufgabenteilung Bund-Kantone« mit Unterlagen über den rechtlichen und finanziellen Ist-Zustand. Der Bericht ging 1977 in eine allgemeine Vernehmlassung.

Der Verfassungsentwurf bestätigt die vielleicht resignierende, jedoch wohl realistische Feststellung, daß das weit über hundertjährige und nie unterbrochene bundesstaatliche Zusammenwirken zu einem derart verzahnten Beziehungssystem gediehen ist, daß es nicht auseinandergerissen werden kann, ohne Stillstände, gedankliche und institutionelle Umstellungen, mühevollle Neuanfänge und Gefährdungen erreichter Leistungshöhen zu erzeugen. Die Expertenkommission hat nicht aus dem Kalkül, im materiellen Sektor die verfassungspolitische Ruhe nicht zu stören und dem Verfassungsentwurf nicht Gegnerschaft zu rufen, von der Neuordnung abgesehen; sie ist mehr oder weniger zugestanden eingeschwenkt in das Lager derer, die sich für ihre Zeit und ihren Auftrag mit dem Verflechtungsstadium und den Zügen zum unitarischen Bundesstaat im Sinne Konrad Hesses abfinden. Was indessen die Finanzordnung betrifft, stoßen die Vorschläge für Neuerungen in den Vernehmlassungen vorwiegend auf harsche Ablehnung. So ist das Resultat in den materiellen Föderativbelangen ohne innovatorische Wirkung.

b) Zum tröstvollen Gegenbild reichen Bestimmungen über den Mindeststand der kantonalen Organisation (Art. 38–41 VE) und über die Beziehungen zwischen Bund und Kantonen (Art. 43–47 VE), die eine recht ausgewogene Praxis einer eingeschliffenen und aus der Bundestreue lebenden Föderativordnung festschreiben und mit einigen Verbesserungen, z.B. durch Bundesregeln bei Gebietsänderungen (Art. 42 VE), ausstatten. Der Verfassungsentwurf ist in seinem Zweiten Teil denn durchaus auch mit günstig aufgenommenen Normen versehen. Das korrigiert den Gesamteindruck jedoch nicht, daß die inhaltliche Bundesstaatsgestaltung vorwiegend Angetroffenes bestätigt.

## 2. Die formal-methodische Frage

a) In der Art und Weise der Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen beschreitet der Verfassungsentwurf hingegen mutig oder waghalsig neue Wege<sup>64</sup>). Er verzichtet auf die im Bundesstaat übliche Kategorisierung von ausschließlichen, konkurrierenden und Rahmenkompetenzen (etwa im Sinne der Art. 71, 72, 75 GG) und signalisiert durch einfachste Stichwortnormierungen die Hauptaufgabenbereiche einerseits des Bundes (Art. 50 VE), andererseits der Kantone (Art. 51 VE),

<sup>64</sup>) Vgl. die ergiebige Gegenüberstellung von zwei Deutungen: Peter Saladin, Lebendiger Föderalismus, und Yvo Hängartner, Bundesstaat im Wandel, beide in: Totalrevision der Bundesverfassung – zur Diskussion gestellt (Anm. 2), S. 407 ff. und 379 ff.

vervollständigt diese Kataloge durch eine kurze Liste von »Niemandsländgebieten«, auf die beide Gemeinwesen zu greifen berufen sind (Art. 52 VE). Wer eine Hauptaufgabe zugewiesen bekommen hat, hat die entsprechende »Verantwortung« zur Betätigung, und »Verantwortung« ist in einer Legaldefinition (Art. 48 Abs. 2 VE) wohl nicht anders denn als Kompetenz umschrieben<sup>85</sup>). Diese Aufgaben oder Verantwortungen sind in eine interessante Durchlässigkeit versetzt: In denen des Bundes dürfen die Kantone tätig werden, wenn die einfache Bundesgesetzgebung sie nicht fernhält (Art. 50 Abs. 2 VE), so daß man hier doch eine Art der konkurrierenden Kompetenzklasse aufzieht, die für auswärtige Angelegenheiten durch eine ausschließliche Kompetenz des Bundes (Art. 49 VE) ergänzt wird. Bei den Aufgaben und Verantwortungen der Kantone ist der Bund indessen nicht ferngehalten, sondern darf durch Gesetze und eigene Einrichtungen Mindestanforderungen festlegen und interkantonale Koordinationen sicherstellen (»Rahmengesetze«: Art. 51 Abs. 2 VE); für seine Sicherheitsbedürfnisse kann der Bund auf die Polizeikräfte der Kantone greifen; eigene unterhält er nicht (Art. 51 Abs. 3 und 47 Abs. 3 VE).

Ob der Verfassungsentwurf die unangenehme Problematik der Kompetenzkategorien (ausschließliche, konkurrierende und Rahmenkompetenzen oder andere Gliederung) verringert oder gar aufgehoben hat, ist eine tertiäre und offen zu lassende Frage; was hingegen Aufsehen erregt und dem Verfassungsentwurf die härteste und unnachgiebige Kritik von beinahe allen Seiten eingetragen hat, sind zwei Eigenarten seines Vorschlags. Zum einen ist es der Umstand, daß der Bund durch einfache Bundesgesetze in dem nicht ihm primär gehörenden Aufgabenbereich auftreten kann: im »Niemandsländ« des Art. 52 VE und bei den »Hauptverantwortungen« der Kantone nach Art. 51 VE, womit den Kantonen kein vom Bundesgesetzgeber absolut zu respektierendes Reservat mehr bleibt und womit der Begriff einer »Verantwortung« seines tieferen Sinns wie seiner praktischen Funktion entkleidet wird: die Verantwortung der Kantone wird bedingter Natur, der Bundesgesetzgeber wird letztlich – wiewohl nicht unbeschränkter – Herr auch dieser Domänen. Zum andern rührt der enorme Unwille gegen den Vorschlag des Verfassungsentwurfs davon her, daß die Aufgabengebiete mit bloßen Worten von vollendeter Abstraktheit ge-

---

<sup>85</sup>). »Wer eine Verantwortung trägt, hat das Recht und die Pflicht, die geeigneten Vorkehren zur Erfüllung der Staatsaufgaben zu treffen« (Art. 48 Abs. 2 VE). Peter Saladin, Zum Begriff der »Verantwortung«, in: Totalrevision der Bundesverfassung – Notwendigkeit oder Wunschtraum? (Anm. 2), S. 191 ff.

nannt sind, sich teilweise überschneiden und keinerlei inhaltliche Direktiven über die gesetzgeberische Ausgestaltung der Befugnis enthalten.

Insgesamt läßt sich sagen, daß der Verfassungsgeber in einem erheblichen Umfang darauf verzichtet, selbst die faßbare Aufgabenverteilung zwischen Bund und Gliedstaaten zu treffen, sich vielmehr beinahe ganz dem Bundesgesetzgeber anvertraut und diesem dabei für die materielle Regelung freie Hand läßt. Das ist zugleich der wiederholt erwähnte Verzicht auf ein zweistufiges Verfahren der Aufgabenverteilung nach geltendem Recht, wonach in der Verfassung dem Bund zunächst eine substantielle Kompetenz (mit obligatorischem Referendum und Mitzählung der Ständesstimmen) verschafft werden muß, bevor der Bundesgesetzgeber (mit fakultativem Referendum) die anwendbare Regelung treffen kann (Art. 3 und 121 BV).

b) Die Vorteile der vom Verfassungsentwurf vorgesehenen Lösung springen in die Augen: erhöhte Mobilität; raschere Handlungsmöglichkeiten; Beschränkung der Interventionsmöglichkeiten der Interessenorganisationen auf ein einziges Rechtsetzungsverfahren und Herabsetzung der Interessenauseinandersetzungen; einfacher Verfassungsbau; Vermeidung einer schwer verständlichen und verklausulierten Kompetenzgesamtordnung. Die Nachteile indessen sind gleichermaßen evident: Minderung der praktisch-politischen Bedeutung der Verfassung; wenig gehemmte Betätigungserlaubnis des Bundes in allen staatlichen Sachgebieten; monistische Überhöhung des Bundesgesetzgebers; Abbau der effektiven Mitwirkungsmöglichkeiten der verfassungsrechtlich gesicherten staatlichen Stellung und Autonomiegeltung der Kantone. Der Verfassungsentwurf sucht einige der Nachteile zu dämpfen: Er erweitert und effektuiert die Mitwirkungsrechte der Kantone an der Bildung des Bundeswillens durch zweierlei Initiativen gegenüber dem Bundesparlament (Art. 65 und 92 Abs. 2 VE), durch ein erleichtertes Recht der Kantone zur Auslösung des Gesetzes- und Staatsvertragsreferendums (Art. 62 VE), durch das globale Anhörungsrecht in den Vorverfahren der Rechtsetzung (Art. 69 Abs. 1 VE).

Der Betrachter der politischen Szene bleibt skeptisch gegenüber der Wirksamkeit der erweiterten Kantonskompetenzen, die zur echten Kompensation zu den gliedstaatlichen Schwächungen wohl nur so hätten gestaltet werden können, daß auf das deutsche Bundesratsmodell oder eine Variante davon gegriffen worden wäre. Doch der Verfassungsentwurf läßt den Ständerat durch die kantonalen Aktivbürger wählen, gibt die Instruktionfreiheit der echten Repräsentanten und bezeichnet diese zweite Parlamentskammer zutreffend nicht mehr als »Abgeordneten der Kantone«

(Art. 80 BV) zusammengesetzt. Sie ist eine zweite Volkskammer mit besonderen Verteilungszahlen. Stütze für die Kantone bietet auch nicht der Verfassungsrichter, da ihm für Kompetenzstreitigkeiten zwischen Kantonen und Bund die inhaltlich steuernden Verfassungsnormen fehlen und mit einer inzidenten Normenkontrolle nur zufällig der ausgreifende Bund durch die Kantone in die Schranken gewiesen werden könnte (Art. 109 Abs. 1 *lit.* b und Abs. 2 und 3 VE).

c) Man muß bereits im gegenwärtigen Zwischenstadium feststellen, daß der Versuch der formal-methodischen Gestaltung der Föderativordnung nicht gelungen sein dürfte, und dies nicht nur im Blickwinkel der politisch-praktisch Betroffenen, sondern auch der schweizerischen Bundesstaatstheorie, die schwerlich die Schwenkung vollziehen kann, das Kernstück der bundesstaatlichen Normativordnung, nämlich eine substantielle Aufgabenverteilung und die davon abhängige Aufgabenfestlegung des Bundes, aus dem formellen Verfassungsrecht zu entlassen. Am Vorschlag stößt sich ferner die allgemeine Verfassungstheorie, die befürchten muß, daß die Verfassung an Deliberationsgarantie für eine umsichtige Abwägung dessen, was der Bund aufgreifen und wie er es lösen soll, und an staatsgestaltender Geltungskraft einbüßt. Sie könnte den Vorschlag wohl nur aufnehmen, wenn – losgelöst von der föderativen Beziehungsordnung – eine normativ aussagekräftige Katalogisierung der Bundesaufgaben eingebracht würde. Weniger betroffen ist das Demokratieprinzip, da auch bei einem einstufigen Verteilungsverfahren das Volk, wenn auch erschwerter, zu Worte kommen kann. Und endlich ist auch die Finanzordnung (Art. 54–56 und 35 VE) durch die formal-methodische Problematik wenig berührt.

## II. Die Gesamterfassung des Sozialstaats

Wenn hier in einem weitesten Sinne als Sozialstaat diejenigen staatlichen Belange bezeichnet werden, die, über die soziale Sicherheit hinaus, die sozialgestaltenden Obliegenheiten des »Modernen Staates« umfassen, so gehören dazu vor allem die weiten Felder des Ersten Teils des Verfassungsentwurfs, darunter hervorgehoben die sog. »Sozialordnung, Eigentums politik und Wirtschaftspolitik« (4. Kapitel und 5. Kapitel, Art. 26–36<sup>bis</sup> VE). Von Schwierigkeiten, die Machtabwehr- und Demokratiefragen in diesem Verfassungssektor befriedigend zu lösen, ist schon die Rede gewesen (oben C/V/1 und C/VI/2). In Ergänzung dazu und als Versuch eines Überblicks ist hier anzuführen, daß sich, ähnlich wie bei der föderativen Ordnung, die

inhaltlichen und die formal-methodischen Fragen stellen, ob die Thematik auf der Verfassungsebene bewältigt sei<sup>86)</sup>.

### 1. Die Forderung der synthetischen Gestaltung

Die in die Augen springende Schwierigkeit liegt darin, daß bei der Sozialstaatlichkeit im weitesten Sinne die verschiedenartigen Menschenbilder und die heterogenen Leitbilder von idealistischen Vorstellungen bis zu robusten Ideologien, die beredt oder stillschweigend auch die Expertenkommission bewegten und den endgültigen Verfassungegeber dereinst umtreiben werden, gleichzeitig auftreten, ineinanderfließen und in den logisch unvereinbaren Kernstücken als Antinomien, Multipolaritäten und Vielleck-Enden einander gegenüberliegen. Der Verfassungegeber kann es bei der singular-isolierten Aufstellung von Blöcken – Wirtschaftsordnung, Eigentumsordnung, soziale Sicherheit, Kulturpflege usw. – bewenden lassen und zusehen, wie sich die nachfolgende Staatspraxis damit arrangiert. Es ist aber in der Themastellung ein Aufruf an den Verfassungegeber enthalten: es nicht darauf ankommen zu lassen; das Risiko des Scheiterns zu verkleinern; selbst ein Bemühen daran zu setzen, aus Überblick und Gesamterfassung heraus soweit als möglich zu harmonisieren und die verbleibenden Polaritäten miteinander so in Beziehung zu setzen, daß aus klaren verfassungsrechtlichen Normierungen heraus die Problemlagen und die Aufgaben ersichtlich werden; in den Spannungsfeldern jeweiligen Lösungen zu fördern oder gar vorzuzeichnen, die der politischen und sachlichen Realität vor dem Forum der praktischen Vernunft standhalten. Ergreift eine Verfassung diese Aufgabe, macht sie aus der konkreten staatlichen Sozialgestaltung einen Verfassungsauftrag, versieht ihn mit der Dignität einer konstitutionellen Bestimmtheit und gibt der Sozialstaatlichkeit eine Sanktion, aus der die Verfassung ihrerseits den Nutzen der Legitimierungserleichterung und der Lenkungsstärkung zieht. Voraussetzung dafür bildet freilich die Stimmigkeit der einzelnen Fragenkreise in sich und dann untereinander, und dafür wird dem Verfassungegeber zugemutet, die Sachkunde der einzelnen Fragenkreise und erst noch die synthetische Kraft der Gesamterfassung aufzubringen. *In praxi* heißt das unter anderem: Der Verfassungegeber muß – in einem – die Sachfragen in der Tiefe und Nähe etwa eines qualifizierten einfachen Gesetzgebers begreifen und zugleich den großen und bedächtigen Blick dessen aufbringen, der auf oberster Ebene der Staatsgestaltung zum Bewerten und Handeln berufen ist.

<sup>86)</sup> Zur verfassungsrechtlichen Erfassung des Sozialstaats eingehend und wegleitend, von der Expertenkommission jedoch nur ausschnittsweise aufgenommen und genutzt: J.P. Müller (Anm. 38), *passim*.

## 2. Versuche normativer Erfassung

a) Die staatliche Wirtschaftsgestaltung als Wirtschaftspolitik zu erfassen und die Wirtschaftsfreiheit so zu gewähren, daß diese Politik mit und trotz ihr betrieben werden kann, ist weitgehend schon der geltenden Bundesverfassung eigen<sup>87)</sup>, wird aber von einflußreichen Wirtschaftszweigen oft verbal nicht anerkannt, wiewohl gelebt. Ein groteskes Beschweigen der normativen und faktischen Realität ist verbreitet. Der Verfassungsentwurf deckt ab (Art. 31, 32, 34, 18 und 19 VE), erschreckt jedoch jene Wirtschaftszweige mit seinen ebenso knappen wie unbestimmten Zielsetzungen und läßt Zweifel entstehen, in welcher Bandbreite die staatlichen Aktivitäten im Bereiche der Wirtschaft sich etwa bewegen könnten. Beunruhigung meldet sich ob der Frage, welches Ausmaß und welche Intensität die dem Bund und den Kantonen aufgetragene Eigentums politik trotz der garantierten Eigentumsfreiheit (Art. 30 und 17 VE) annehmen könnte, obgleich auch hier die gegenwärtige Ordnung durchaus ähnliche und teils größere Ungewißheiten kennt. Was endlich die »Sozialrechte«, das heißt die soziale Sicherheit unmittelbar betreffenden Staatsziele angeht (Art. 26 VE), ist es eine klärende und knappe Zusammenstellung derjenigen Vorsorgen und Fürsorgen, die Bund und Kantone heute schon sicherstellen. Trotzdem löst die Bestimmung Reaktionen aus, die sonst den »echten sozialen Grundrechten« mit unmittelbar wirkendem richterlichem Rechtsschutz eigen sind. Die Regelungen sind insoweit materiell in den wesentlichen Gehalten nicht neu; die lebhaften Einwände könnten sich vielleicht beruhigen, wenn man Zeit dafür einsetzte.

Dergestalt sind die bedeutsamsten Gebiete für gesellschaftsrelevante Regelungen begehbar gemacht, jedes aber einmal für sich und jedes fast ausschließlich mit bloßen Zielangaben. Die normativ geschützte Nennung und Bereitstellung der wesentlichen Instrumentierungen, über die erst die Konnexen und Rückwirkungen, die Kombinationen und Nebenwirkungen erkennbar werden, stehen größtenteils aus. Wegen der eigenartigen Rückbindung der Ziele an die Mittel, die nicht einfach zwingende Derivate aus den fixierten Zielen sein können und die die Zielgebung maßgeblich beein-

<sup>87)</sup> Herausgearbeitet und wegleitend geworden: Fritz Gygi, Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, Referat für den Schweizerischen Juristentag 1970, ZSR 89 II (1970), S. 265, jetzt als: Die schweizerische Wirtschaftsverfassung (2. erweiterte Aufl., Bern/Stuttgart 1979). Es besteht weitgehend Übereinstimmung mit Ulrich Scheuner, Wirtschaftslenkung im Verfassungsrecht des modernen Staates, Einführung zu: Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft (Frankfurt a.M. 1971), S. 9 ff.

flussen, bleibt aber eine Verfassunggebung durch bloße Zielangaben prekär. Denkbar wäre, daß ein Verfassungsgeber die Instrumentierung *in pectore* zurückbehielte, nachdem er die Tauglichkeit und Auswirkungen planerisch erprobt und sich bewußt gemacht hätte, begründet nicht in einer böswilligen oder beschwichtigenden Verschweigung, vielmehr in der Einsicht, daß die spätere Staatspraxis in beinahe allen Bereichen der Sozialgestaltung wendig und findig bleiben soll.

Allein, solche ausgreifende Ermittlungen hat die Expertenkommission nicht betrieben, und so bleibt für sie selbst das Unbehagen stehen, ob die Zielangaben jeden Gebiets stimmig genug sind. Noch heikler aber wird es, wenn es um das Kompositum und die wechselseitige Übereinstimmung der drei wesentlichen Gestaltungsbereiche geht. Kommen dann noch die Fragen der Machtbremsung im Sozialbereich und die demokratisierenden Partizipationen mit ins Spiel, wird die Forderung einer Gesamt-Erfassung im gleichen Maße gebieterischer als schwieriger.

Der Verfassungsentwurf spiegelt vielfache Unsicherheiten wider, und daß er gerade hier so außerordentlich »offen« ist, ist nicht nur Ausdruck weiser Zurückhaltung des formellen Verfassungsrechts oder der Verzicht auf die Mühseligkeiten, den umfassenden Konsens in ideologiefälligen Belangen herzustellen, sondern auch und mehr noch Ausdruck dessen, daß die sachliche Problematik nicht ausgetragen ist. Insbesondere mangelt es an jener Gesamt-Erfassung, die bedeutsamen Zusammenhänge zwischen den in den Grundrechten verbürgten Freiheiten, aber auch deren Voraussetzungen zur Nutzung wie deren Folgen für das Sozialgefüge, die durch die Sozialstaatlichkeit wieder aufgefangen werden müssen, versteht und soweit als möglich in die Normativordnung übersetzt<sup>88)</sup>.

b) Vielleicht – aber eben das steht noch dahin – ist Verfassungsrecht tatsächlich nicht in der Lage, von der Sozialstaatlichkeit im weitesten Sinne normativ in beachtlichem Ausmaß und mit kräftiger Führungsintensität

<sup>88)</sup> Die Expertenkommission hat mit Umsicht darauf geachtet, sozialstaatliche Voraussetzungen für die Brauchbarmachung der Grundrechte zu schaffen, zuletzt noch mit der generellen Verwirklichungsanweisung an den Gesetzgeber und weitere Organe (Art. 24 VE); doch hat sie die Aspekte, daß für die gewährten Freiheiten vom Einzelnen auch Verantwortung mit realen Folgen zu prästieren ist, ohne auf sozialstaatliche Stützen zurückzugreifen, wohl oft bedacht, jedoch wenig zum Ausdruck gebracht. Das ist ein Grund dafür, daß z.B. die Kritiker der vorgeschlagenen Eigentumsordnung leicht übersehen, daß die anvisierte Eigentumspolitik Folgenverantwortung der Freiheit zu realisieren sich bemüht. Vgl. prägnant: Christian Starck, Übermaß an Rechtsstaat?, Zeitschrift für Rechtspolitik 12 (1979), S. 209 ff.: »Emanzipation ohne Folgenverantwortung zerstört die Basis der Freiheit«; »... ein Teil der Folgen der Freiheit (muß) von jedem einzelnen getragen werden. Sozial- und Gleichgewichtspolitik stößt hier auf Grenzen« (S. 213).

mehr einzubringen, jedenfalls dann, wenn sie Stil und Ductus des vorgelegten Verfassungsentwurfs wählt. Und vielleicht stößt man hier ohnehin an Grenzen der möglichen Gesamtsichtung und Herstellung der gedanklichen und willentlichen normativen »Simultanpräsenz«. Vieles spricht jedoch dafür, daß einer Verfassung ein Mehreres möglich wäre, ohne daß das gebotene staatliche Handeln Gefahr liefte, gesellschaftspolitisch auf schiefe Ebenen gesetzt und präfixierten Voreingenommenheiten ausgeliefert zu sein. Die Expertenkommission war bestrebt, mehr als eine »Sozialstaatsklausel« in Anlehnung an das Bonner Grundgesetz einzufügen, weil sie glaubte, die eindruckliche Ausfüllung, die die deutsche Staatspraxis zur Generalklausel zustandegebracht hat, erlaube heute Detaillierungen im formellen Verfassungsrecht. Sie empfand die Notwendigkeit dazu auch daraus, daß die klare und prägende Entfaltung der Klausel auf einen umfassend-zuständigen Verfassungsrichter angewiesen sein dürfte, und diesen wollte sie nicht schaffen. Schließlich war ihr auch bewußt, daß die geltende Bundesverfassung, die sich in vielen Sparten der Sozialgestaltung in breiteste Einzelheiten ergeht, die Entwicklung des Sozialstaats nicht verhindert hat und daß ein Verfassungsentwurf, der auf Annahme rechnen will, mit mehr Konturen als einer Sozialstaatsklausel aufwarten muß. Was der Verfassungsentwurf nun aber präzisiert, ist zweifellos kein Endpunkt verfassungsrechtlicher Möglichkeiten, ja, die kritische Frage, ob er gegenüber heutigen Lösungen in kontinentaleuropäischen Verfassungen überhaupt Fortschritt oder auch nur Klärung darstelle, muß er sich gefallen lassen.

#### *E. Abschließende Betrachtung*

Luzius Wildhaber hat 1977 am Schlusse seiner Vorstellung des Revisionsprojekts<sup>89)</sup> festgehalten, vom Ausgang der Vernehmlassungen und von der Haltung der Regierung dürfte der weitere Verlauf des »Unternehmens Totalrevision« maßgeblich abhängen. Es wird ferner »darauf ankommen, ob die öffentliche Meinung und die politisch interessierten Kreise sich in genügendem Maße angeregt und angesprochen fühlen, um das Werk weiter und zu einem guten Ende zu führen«. Die »Haltung zunehmender Interessiertheit« am Unterfangen hat sich in der Tat eingestellt, und niemand wird unbeeindruckt sein vom geistigen und zeitlichen Aufwand, der weitherum geleistet wurde, um in den Verfassungsentwurf einzudringen

<sup>89)</sup> Wildhaber, Projekt, S. 277.

und die Vernehmlassungen auszuarbeiten. Allein, im derzeitigen Zwischenstadium ist die affirmative Bereitschaft der genannten prägenden Kräfte, das Werk im vollen Ernst aufzunehmen und mit einem Erfolgswillen fortzuführen, nicht gesichert. Das hängt teils von Faktoren jenseits des Verfassungsentwurfs ab, jedoch auch von solchen, die sich als Problematik der Verfassungsgestaltung darbieten.

### I. Der Verfassungsentwurf vor dem Risiko der Verfassungskepsis

Der Verfassungsentwurf ist kein »Wurf«, wie man dies gern als hohe Qualität eines bedeutenden Rechtserlasses fordert. Dies wäre aber in der Pluralität der Sachfragen und der beteiligten Potenzen bei einer Totalrevision der Verfassung nur um den Preis der Simplifizierungen, der gehäuften Formelkompromisse und der Normativitätsschwächen zu haben.

Die Qualitäten einer Verfassung – und damit auch der Entwürfe dazu – sind im intakten Staat in einer umsichtigen und beharrlichen Arbeit aufzubauen, und das braucht Zeit<sup>90)</sup>. Doch damit gerät eine erstreckte Verfassungsgebung in den lebhaften Wechsel der bestimmenden Zeitströmungen. So trifft die Phase der Vernehmlassungen auf veränderte Lagen und Erwartungen als die der Auslösungen in den Jahren 1965/66, aber selbst schon auf andere als die der Entwurfserstellung. In dieser herrscht, jedenfalls zu Beginn, in intellektuellen Kreisen mit publizistisch breiten Ausdrucksmöglichkeiten der Drang zu Innovationen und zu Veränderungen als Selbstwert vor. Durch etliche Kanäle fließen derartige Stimmungen in die Expertenkommission ein, die sich indessen auch mit entgegengesetzten Grunderfahrungen, die die Mitglieder mitbringen, und mit Geboten der Praktikabilität, der Anschlüsse an Beizubehaltendes und der Normierungsmöglichkeiten anfreunden muß. Mithin zerstreut sich die Hoffnung auf ein Kunstwerk der einheitsschaffenden Kraft. Der »Wurf« kann über eine einheitliche Sprache, eine klare Begrifflichkeit und eine logisch geordnete Systematik schwerlich hinausgehen.

<sup>90)</sup> Eindrücklich ist das Beispiel Schwedens, wo in Gelassenheit die Revision betrieben worden ist: Georg Hahn, Verfassungsreform in Schweden – ein Zwischenbericht, AöR 97 (1972), S. 31 ff.; ders., Die neue schwedische Verfassung, AöR 100 (1975), S. 351 ff.; ders., Die Grundrechte der schwedischen Regierungsform in der Fassung der Grundrechtsnovelle von 1976, AöR 102 (1977), S. 576 ff.

Portugal hat innert einem Jahr (1975/76) durch eine Konstituante eine beachtliche Verfassung zustandegebracht und belegt, daß der Druck, den Staat aus Miseren herausholen zu müssen, die konsensfindenden und synthetischen Kräfte antreibt; vgl. Gerhard Schmid, Die portugiesische Verfassung von 1976, AöR 103 (1978), S. 204 ff.

Will man den Verfassungsentwurf mit vorläufigen Kennzeichen versehen, sticht doch wohl hervor, daß er auf Fragen aus ganz unterschiedlichen Schichtungen mit ebenso differenten Regelungsmöglichkeiten und -fähigkeiten antworten soll, wobei er auf komplementäre, konträre und kontradiktorische Situationen auftritt, die widerspruchreiche Postulate an einen Verfassungsgeber auslösen und dem Verfassungsentwurf schillernde Züge verleihen müssen<sup>91</sup>).

So wird die untadelige Perfektion des nie versagenden Staates für eine verwöhnte Anspruchsgesellschaft gefordert, und man weiß, daß dafür fortwährend Neues und Besseres hervorgebracht werden muß: Machbarkeiten, Innovationen, Leistungskapazitäten sind Voraussetzungen und Zwecke in einem, und die Verfassung wird in diesen Rahmen eingespannt. Damit verschwimmt ist eine der Kodifikationsgläubigkeit ähnliche Erwartung, daß sich die Verfassung der ganzen Aktivitätsbreite des Staates und der Gesellschaft bemächte und Zurechnungsort für alles öffentlich relevante Handeln werde: einem Verfassungsmaximalismus oder innerstaatlichen Verfassungsuniversalismus ist das Tor aufgetan. Nun sieht jedoch ein Verfassungsgeber, der weiß, was er tut, daß ihm und seiner Normierung Zeit und Vermögen fehlen, um mit normativer Kraft derartige universalistische Erwartungen zu befriedigen. Es bleibt ihm das Ausweichen in die erklärte und zur Tugend erhobene »offene« Verfassung. Mit einem Fuß steht der Verfassungsentwurf in solchen Zusammenhängen.

Einen andern Fuß setzt er allerdings darauf, daß bescheidenere Anforderungen für eine schweizerische Verfassungsgebung bestehen. Die Lage dieses Staates und seiner Gesellschaft begründet zwar keinen privilegierenden oder originellen »Sonderfall« der umfassenden Exemtionen. Trotzdem ist dieses Gebilde wegen seiner Kleinheit, seiner spezifischen Pluralitäten, seiner Geschichte und seiner relativ verlässlichen Komplementarität von staatlichen und gesellschaftlichen Institutionen nicht in jener flottierenden Unrast und Mobilität, die etliche Nationen der näheren oder weiteren Nachbarschaft beschäftigen. Es hat viel Raum für Anknüpfungen an Bewährtem, und der Sinn der Bevölkerung geht in einer verbliebenen Geborgenheit der engen Verhältnisse nicht auf eine Weite und Weltöffnung, die mit der Verfassung zu bereiten wären. Die Romantik des Verfassungsuniversalismus, die da und dort aufblüht und bei der die reale Verfassung entschwebt, wird durch Nüchternheiten und einen Sinn für das, was eine Ver-

---

<sup>91</sup>) Zu derartigen Bestimmungsfaktoren schon auf Grund der Verfahrenslagen: Hans Huber, Die Gesamtänderung der Verfassung, in: Festschrift für Ulrich Scheuner (Berlin 1973), S. 183 ff., insbes. S. 194 ff.

fassungsnorm effektiv zu leisten vermag, gebremst. Man führt sich auf das Bedürfnis zu, der Verfassung nicht alles, jedoch Belangvolles abzufordern, nämlich da Klarheiten und Bestimmtheiten aufzurichten, wo eine verfaßte Gemeinschaft sie unerläßlicherweise braucht, sonst aber Freiräume offen zu lassen. Das ist eine andere »Offenheit der Verfassung« als da, wo Verfassungsmaximalismus den Ton angibt: Es ist das Eingeständnis, sich auch mit Punktellem und Einzelnem zufriedenzugeben, dafür freilich dann zureichende, will heißen: zugriffige normative Lenkungs-kraft mitzubekommen. Da wird die Verfassung nicht »offen« und ausgreifend über Staat und Gesellschaft sich niederlassen, sondern Merkmale des Aphoristischen behalten und dafür mit Nachdruck auf Wirksamkeit ausgehen.

Sich von der Verfassungsromantik freizuhalten, bedeutet auch, einzustellen, daß sich die für die Legitimierung notwendige Anziehungskraft einer konkreten Verfassungsänderung nur beschränkt an der rechtswissenschaftlichen und politologischen Zulänglichkeit mißt, im übrigen aber sich vorwiegend auf Zusagen über plausible Verbesserungen sowie über die Wahrung berührter Interessen und noch auf einen geringen Rest utopischer Hoffnungen stützen wird.

Der Verfassungsentwurf hat es nicht leicht, sich in diesem Vieleck der Gestaltungsgebote beliebt zu machen, und strukturelle Zwiespältigkeiten sind ihm geblieben. Er kann nicht ausweisen, daß er auf einem klaren, wenn auch komplexen materialen Verfassungsverständnis aufruht und von da aus den Begriff des Verfassungsrechts im materiellen Sinne präzise fassen ließe. Er hat Ansätze für Läuterungen herkömmlicher Auffassungen, ist aber seinerseits noch vollauf im Getümmel widerstreitender Forderungen oder im tastenden Suchen einer Zeit, die im letzten unsicher ist, wie sie Wert und Gewicht einer Verfassung einschätzen soll und ob sie nicht entbehrliche Mühen auf Filigranarbeiten verwendet, wo es letztlich darum geht, den menschenwürdigen und friedenwahrenden Staat mit der adäquaten Gesellschaft auf die je geeignete Weise aufrechtzuerhalten und voranzubringen, ohne dabei die perfektionierte Verfassung als bewegendes wie ruhendes Zentrum zu benötigen. Hinter den Schwierigkeiten, von allgemein zugänglichen Verfassungstheorien aus die einleuchtende positive Verfassung zu entwerfen, erhebt manchmal eine Verfassungsskepsis das Haupt, die sich nach den bitteren Erfahrungen verfassungsloser Zeiten und Staaten sündhaft ausnimmt, deswegen aber nicht schwächer wird. Der Verfassungsentwurf, der Unbehagen und Malaise hätte bannen sollen, löst neues Unbehagen und neue Befürchtungen aus. Dies erklärt wohl etliche der vehementen Ablehnungen:

jetzt nicht an der Verfassung zu rühren, um die Skepsis nicht wachzurütteln. Über die Fragen, wie Institute und Figuren der Verfassung rechtens zu formen seien, wird man weitergedrängt zur Frage nach dem Berufe dieser Zeit zur Verfassungsgebung, um dann die Drohung der nächsten Frage zu verspüren, ob die Verfassung als Idee und Postulat noch zureichend begründet sei; und diese letzte Frage bloß schon aufzuwerfen, ist bedrohlich einer Epoche, die sich allenthalben nach Halt und Gewißheit umsehen muß. Jedoch was ausgelöst ist, kann nicht wieder ins Schweigen zurückfallen, und so wird der Verfassungsentwurf wahrscheinlich auch zu einer nicht zu übersehenden, wiewohl mehr fragenden als antwortenden Markierung auf dem Weg, den Recht und Staat nehmen wollen.

## II. Mißtrauen gegen Oktroyiertes und Repräsentation

Der Verfassungsentwurf mag vielfach den Eindruck erwecken, er sei weiterhin der Vorstellung von der freien Machbarkeit einer Verfassung und eines Staates samt dem Ausgreifen auf die Gesellschaft verhaftet. »Machbarkeit« einer Verfassung heißt auch stillschweigend voraussetzen, daß aus einem geistvollen, jedenfalls einem der Planung und der Aktion fähigen Zentrum heraus das Sollen aufgerichtet und mit Willen ausgerüstet werde. Letztlich ist »Machbares« immer wieder etwas, das »von oben« als von einem Erleuchteten, von einer auserlesenen Schar, von Eingeweihten produziert wird. Eine aus diesem Geiste hervorgehende Verfassung behält – unbekümmert um die demokratischen Entstehungsverfahren – einen Wesenszug des Oktroyierten aufrecht: Es ist etwas, das »gewährt« wird, nicht mehr einfach huldvoll wie bei den echt oktroyierten Verfassungen, sondern aus Auftrag und Gemeinwohlverpflichtung, trotzdem aber begleitet vom Anstrich des Außerordentlichen und Auserlesenen.

Dem Verfassungsentwurf, obschon erst Entwurf, der der freien Diskussion vollauf zugänglich ist, wird ein derartiger Zug offenbar doch weiterhin zugerechnet: Da sammelt sich althergebrachtes Mißtrauen gegen vermeintlich Elitäres, das ohne sichere und feste Repräsentativität, jetzt unter dem Titel des Experten, auftritt, und es vermischt sich mit dem Bedenken, daß Konstruiertes und Speklatives, das aus dominierenden Ideologien stammen könnte, dereinst mit dem Anspruch auf Beachtlichkeit sich durchsetzen möchte. Wer nicht Ablehnung artikuliert, weist dann doch ab durch Schweigen, durch Verweigerung des Diskurses, durch Übergang auf Tagesaktualitäten. Der Hinweis darauf, daß Verfassungsgebung konsensuales Hervorbringen ist und daß sich die Idee vom Gesellschaftsvertrag darin erneut Raum schaffen dürfte, scheint wenig zu beruhigen. Insoweit ist der

Verfassungsentwurf von einem Mißtrauen begleitet, das auch positive Lösungsvorschläge zu erdrücken imstande ist. Es schwindet, so scheint es, wenn dereinst Regierung und Parlament die Revisionsarbeiten materiell an die Hand nehmen.

Doch jenes Mißtrauen deutet auf einen anderen, bedrängenden und allgemeinen Sachverhalt hin: Die wachsende Egalisierung im Kontext der ausgreifenden Emanzipationen reduziert in der Schweiz um ein weiteres Maß das Verständnis für die Repräsentation. Insbesondere sinkt offenkundig die Bereitschaft, sich in einschneidenden Belangen durch Repräsentanten Inhalte geben zu lassen<sup>92</sup>). Von woher denn sonst die Inhalte kommen sollen, wird wenig oder nicht erwogen, wodurch sich die Problematik noch verschärft. Für eine Verfassungstotalrevision tut sich ein Graben auf: Ihr ist geboten – bei aller Sorgfalt, Vertrautes zu bewahren und Traditionen als Legitimierungsfaktoren zu behüten –, das Ganze zu bedenken und entschlossen auf Neues zuzugehen. Dazu braucht es den qualifizierten Rechtsetzer. Dieser mag ausgiebig die kreativen Mitträger der »offenen Gesellschaft der Verfassungsgeber« im Sinne Peter Häberles aktivieren. Doch irgendwann muß die Verdichtung zum relativ konsistenten Gesamtwerk stattfinden, und diese Aufgabe setzt, zumindest nach bisherigem Verständnis der Rechtsetzung, gefestigte Repräsentationsbereitschaften voraus: also verstehend Repräsentation anzunehmen und umgekehrt die Stellung und Verantwortung des Repräsentanten zu beanspruchen und wahrzunehmen. Ob solche Bereitschaften für auszählbare Volkszustimmungen zu einer totalrevidierten Bundesverfassung hergestellt werden können, ist eine Frage, die nicht mit Selbstverständlichkeit bejaht zu werden vermag.

Der Verfassungsentwurf befindet sich in einem Zwischenstadium, wie eingangs bemerkt: zwischen seiner Festlegung und dem Entscheid, ob und wie es mit dem Vorhaben der Totalrevision weitergehen soll.

<sup>92</sup>) Im Gegensatz zur festen Verankerung der Repräsentation in der Bundesrepublik, wo die plebiszitäre Komponente wie selbstverständlich beiseite gelegt werden kann: Schlußbericht der Enquête-Kommission Verfassungsreform des Deutschen Bundestages, Teil I: Parlament und Regierung, Zur Sache 3/76, S. 45 ff.; Ernst-Wolfgang Böckenförde, Überlegungen und Empfehlungen der Enquête-Kommission Verfassungsreform im Hinblick auf die demokratisch-parlamentarische Verfassungsorganisation, in: Cappenberg Gespräche 13 (1977), S. 23 ff., insbes. S. 27 ff. Der Verfassungsentwurf sucht die Anerkennung der parlamentarischen Repräsentation dadurch zu fördern, daß Volksinitiativen auf Rechtsänderung in der Form der Anregung ergehen, während das Parlament den Inhalt ausarbeitet (Art. 64 und 66 VE). Der Vorschlag stößt auf Widerstand, der sich vorwiegend in Bedenken gegen die Repräsentativität des Parlaments zu begründen scheint.

Er ist aber auch selbst Zwischenstadium: nach einer Zeit des erhöhten Verfassungsvertrauens wird er Ausdruck des allgemeineren Fragens, ob neues materiales Verfassungsrecht nötig, möglich und legitimierbar sei.  
Abgeschlossen Ende Dezember 1979

Summary\*)

## The Draft of 1977 for a New Swiss Federal Constitution

In 1966 the desire was expressed in Parliament — not on the initiative of the people — that the Swiss Federal Constitution of 1874 should be subjected to a total revision. The Government was entrusted with the preparatory work and this is still in progress. Within the framework of this preparatory work, a small working group of lawyers, under the chairmanship of former Government member Prof. F. T. Wahlen, examined between 1967 and 1973 the question of what was required and the possible forms of a new Federal Constitution. Thereafter, a commission of experts consisting of 46 members under the personal direction of the Minister of Justice, Dr. K. Furgler, prepared between 1974 and 1977 the draft for a new Federal Constitution and presented it to the public for general informal comments. The comments which were received in 1978 and 1979, mainly from the cantons, political parties and trade unions, are now being evaluated. The Government will probably be able to attend to the matter in 1981 and submit it to Parliament in 1982 or 1983. It is still not certain whether a total revision will in fact be made; the final decision lies with the people and the cantons.

A total revision was proposed because the present Federal Constitution has many shortcomings: It is unsatisfactory both conceptually and schematically and often difficult to understand; there is no catalogue of basic rights; the economic and financial sections are somewhat obscure; the rules for the federative order are overloaded and confusing. The functions of a constitution are sometimes compromised and the general structure of the State can be recognized only with difficulty. It is feared that, with the present Constitution, the Swiss Federal State cannot be properly integrated and that the sophisticated standards required of a modern State cannot be achieved.

The proposal for a total revision has met with considerable objections, namely, that the present tendency towards pluralism would prevent the necessary consensus being reached, that an integral State could not sustain a far-reaching calling into question of its norms and a drastic revision could lead to harmful breaks in continuity, that a synoptic view of the State, however imperative, cannot be achieved by any actual drafter of a constitution, that the integrating effect would

---

\*) Summary by the author, translated at the Institute.

be as questionable as the chance of really achieving something better. The need for revision has intensified since 1966, but there has been a parallel increase in scepticism as to whether the enterprise could succeed in this historical context. The draft Constitution of 1977 does not appear to have overcome all the objections.

However, it has apparently succeeded in correcting many of the faults in the present Federal Constitution. Its terminology, concepts and systematics conform with modern requirements. The basic rights provisions come up to both classical and more recent standards. Details of organizational law have been improved without interfering with the basic principles of the present system of government (a two-chamber, non-professional Parliament, a stabilized Government working on the basis of joint responsibilities without the possibility of a parliamentary vote of no confidence, direct powers of decision and initiative for the people in the interests of legislation, strictly limited possibilities of constitutional review). If this concise and briefly worded draft is adopted, it should be able to fulfil the requirements of durability, orientation and State portrayal, and probably also those of integration and the more important limitations of power. What seems doubtful, however, is whether the systematic function of a constitution would be achieved, at least in a manner consistent with traditional Swiss views on the subject. The provisions, especially those concerning the duties of the State and the distribution of responsibilities, are often very meagre in content, normatively indefinite and furnished with an unusually large number of target norms of varying nature. It has been described as an "open" Constitution. It reflects the limited actual and political initiative granted to a constitution drafter in a time of pluralism and accelerated social change. It deliberately limits the directional powers of the constitution drafter while giving the lawgivers and financial authorities of the moment wide scope for independent evolution. In this way — in the interests of flexibility and the need for speedy innovations — some of the guarantees regarding plebiscites and the federal order contained in the present system have been diminished. In addition, some of the restraints now imposed on the invasive activities of the State in the economic and financial spheres have been removed. The fact that all the opportunities for constructing a meaningful normative order at the constitutional level have not yet been grasped is shown firstly in the federal provisions, where the draft Constitution would seem to have been too timid in imposing norms. Secondly, an old dilemma appears with renewed force, namely, that the welfare State, although accepted as part of a system based on the rule of law and democracy, presents very real problems when attempts are made to analyse and define it in the terms of constitutional law in the traditional sense. An overall picture and the regulation on a comprehensive basis — which were the main purposes behind a total revision — have not yet been achieved for the special problems of the welfare State. In this respect we are still confronted with a host of problems. Whether they should be tackled anew or whether a halt should be called so as not to add further fuel to the growing scepticism surrounding constitutions in general is the most obvious question which, with this draft Constitution, is inevitably posed in the field of constitutional policy.