

Verfassungsrecht der Schweiz Droit constitutionnel suisse

Herausgegeben von

Oliver Diggelmann | Maya Hertig Randall | Benjamin Schindler

Gegründet von

Daniel Thürer | Jean-François Aubert | Jörg Paul Müller

Schriftleitung

Damian Cueni | Nesa Zimmermann

I

Grundlagen
Demokratie
Föderalismus

Verfassungsrecht der Schweiz

Droit constitutionnel suisse

Herausgegeben von

Oliver Diggelmann | Maya Hertig Randall | Benjamin Schindler

Gegründet von

Daniel Thürer | Jean-François Aubert | Jörg Paul Müller

Schriftleitung

Damian Cueni | Nesa Zimmermann

I

Grundlagen
Demokratie
Föderalismus

Schulthess § 2020

Zitiervorschlag (Beispiel):

ANDREAS WÜRGLER, Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts bis 1798, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, Bd. 1, I.2, N. 1

Manière de citer (exemple):

ANDREAS WÜRGLER, Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts bis 1798, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (éds), Droit constitutionnel suisse, Zurich 2020, vol. 1, I.2, N. 1

Publiziert mit freundlicher Unterstützung der »Stiftung für schweizerische Rechtspflege«, des Eidgenössischen Departements für Auswärtige Angelegenheiten, der »Helmuth M. Merlin Stiftung«, der »Elisabeth Jenny Stiftung«, des »Fonds Schneiter« der Universität Genf und der Rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universitäten Genf, St. Gallen und Zürich.

Publié grâce au soutien de la «Stiftung für schweizerische Rechtspflege», du Département fédéral des affaires étrangères, de la «Helmuth M. Merlin Stiftung», de la «Elisabeth Jenny Stiftung», du «Fonds Schneiter» de l'Université de Genève et des facultés de droit des universités de Genève, Saint-Gall et Zurich.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2020

ISBN 978-3-7255-7995-2

www.schulthess.com

Übersicht | Sommaire

Band 1 | Volume 1

Vorwort Avant-propos	V/VII
Autorinnen und Autoren Auteurs et auteurs	XVII
Abkürzungen Abréviations	XXV/XXXIII

I. Teil: Grundlagen | Partie I: Fondements

I.1	Verfassung <i>Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler</i>	3
I.2	Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts bis 1798 <i>Andreas Würzler</i>	31
I.3	Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts von 1798 bis in die Gegenwart <i>Andreas Kley</i>	57
I.4	Eigenheiten des schweizerischen Verfassungsrechts <i>Andreas Kley</i>	85
I.5	Eigenheiten des kantonalen Verfassungsrechts <i>Tobias Jaag</i>	107
I.6	Verfassungswandel durch Globalisierung und Europäisierung <i>Matthias Oesch</i>	137
I.7	Verfassungselemente des Völkerrechts <i>Daniel Thürer</i>	161
I.8	Verfassung als plurales Gefüge <i>Bardo Fassbender</i>	187
I.9	Schutz der Verfassung <i>Matthias Mahlmann</i>	211
I.10	Verfassungsauslegung <i>Giovanni Biaggini</i>	235
I.11	Verfassung und Völkerrecht <i>Oliver Diggelmann</i>	265

II. Teil: Demokratie | Partie II : Démocratie

II.1	Entstehung und Entwicklung der Demokratie in der Schweiz <i>Stefan G. Schmid</i>	287
II.2	Schweizerische Demokratie im internationalen Vergleich <i>Daniel Kübler</i>	317
II.3	Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit <i>Johannes Reich</i>	333
II.4	Demokratie und Internationalisierung <i>Francis Cheneval</i>	357
II.5	Demokratiekonzeption der Bundesverfassung <i>Daniel Brühlmeier/Adrian Vatter</i>	373
II.6	Demokratiekonzeptionen in den Kantonen <i>Daniel Brühlmeier</i>	399
II.7	Demokratiekonzeptionen in den Gemeinden <i>Andreas Ladner</i>	423
II.8	Demokratiedefizite <i>Joachim Blatter</i>	445
II.9	Wandel der Volksrechte <i>Andreas Glaser</i>	461
II.10	Politische Willensbildung in der Schweiz <i>Silvano Moeckli</i>	487
II.11	Perspektiven der schweizerischen Demokratie <i>Pierre Tschannen</i>	511

III. Teil: Föderalismus | Partie III : Fédéralisme

III.1	Entstehung und Entwicklung des schweizerischen Föderalismus <i>Rainer J. Schweizer</i>	531
III.2	Schweizerischer Föderalismus im internationalen Vergleich <i>Denise Brühl-Moser</i>	565
III.3	Verhältnis von Föderalismus und Rechtsstaatlichkeit <i>Arnold Marti</i>	595
III.4	Verhältnis von Föderalismus und Demokratie <i>Andreas Kley</i>	621

Übersicht | Sommaire

III.5	Föderalismus und Internationalisierung <i>Stephan Breitenmoser</i>	639
III.6	Föderalismuskonzeption der Bundesverfassung <i>Eva Maria Belser</i>	667
III.7	Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen <i>Rainer J. Schweizer</i>	691
III.8	Zusammenarbeit im Bundesstaat <i>Bernhard Waldmann</i>	715
III.9	Territoriale Gliederung der Kantone <i>Reto Steiner</i>	737
III.10	Communes et villes <i>François Bellanger</i>	753
III.11	Föderalismus und Minderheitenschutz <i>Eva Maria Belser</i>	771
III.12	Perspektiven des schweizerischen Föderalismus <i>Bernhard Waldmann</i>	797
	Allgemeines Literaturverzeichnis Bibliographie générale	817
	Index (deutsch)	825
	Index (en français)	865

Eigenheiten des schweizerischen Verfassungsrechts

Andreas Kley

I. Eigenheiten, Eigenarten, Eigentümlichkeiten	85
II. Verfassungsrevisionen als Alltagspolitik	86
III. Prozeduralisierung der Volkssouveränität	88
IV. Konkordanz als Integrationsfaktor	90
V. Föderalismus als verschränkte Staatsorganisation	93
VI. Von der Willens- zur Kulturnation	94
VII. Völkerrechtsfreundliche Haltung	98
VIII. »Eigenheiten« in den Augen der schweizerischen Staatsrechtslehre	101
IX. Welche Eigenheiten ragen heraus?	105

I. Eigenheiten, Eigenarten, Eigentümlichkeiten

Die Eigenheit bedeutet eine »besondere, unterscheidende und oft etwas merkwürdige Eigenschaft«. ¹ Im Wortfeld des Begriffs befinden sich weitere »Eigen-«-Ausdrücke, wie eben die Eigenarten, die die Gesamtheit der Merkmale umfassen, Eigentümlichkeiten, die charakteristischen Kennzeichen, oder dann sogar die Eigenbrötelei, die ein einsiedlerisches Wesen bezeichnet. Diese Begriffe decken das im Folgenden zu behandelnde Thema ab.

Eigenheiten lassen sich erst aus dem historischen und aktuellen Verfassungsvergleich bestimmen. Dabei zeigt sich die Schwierigkeit, dass die schweizerische Ordnung wie die meisten der Welt nicht originär, sondern derivativ² ist: Sie hat wesentliche Elemente bestehender originärer Verfassungen aufgenommen, so etwa der französischen Revolutionsverfassungen von 1793 (Gironde-Entwurf und Montagnard-Verfassung), der französischen Direktorialverfassung von 1795, der von Napoléon Bonaparte geschaffenen Mediationsverfassung sowie der immer noch geltenden amerikanischen Unionsverfassung von 1787. Sie hat Anregungen aus anderen Ordnungen weitergeführt und ihr ein eigenes Gepräge gegeben. Vor allem zählt, dass die hier beschriebenen Eigenheiten über lange Zeit bestehen und gesichert sind. ²

Die nachfolgende Darstellung behandelt das Phänomen, dass in der Schweiz Verfassungsrevisionen alltäglich sind (II.). Die Volkssouveränität kommt nicht nur in den Wahlen, son- ³

¹ Wählig, Deutsches Wörterbuch, 8. Aufl., München 2006, S. 414.

² Karl Loewenstein, Verfassungslehre, 4. Aufl., Tübingen 2000, S. 144 f.; Alfred Kölz, Die Schweizer Verfassung ist kein Eigengewächs, Schaffhauser Nachrichten vom 27. Mai 1989, Nr. 120, S. 29 und dazu Andreas Kley, Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts von 1798 bis in die Gegenwart, in diesem Werk, Bd. 1, I.3, N. 2 f.

dern vor allem auch in der direkten Demokratie zum Ausdruck. Diese prozeduralisiert die Volkssouveränität (III.). Die Konkordanzdemokratie ist der Antrieb zur Integration aller gesellschaftlichen Gruppen (IV.). Der Föderalismus ist eine in der Gegenwart stark wahrgenommene Eigenheit (V.). Es ist fraglich, welcher Wille die schweizerische Nation geschaffen hat und zusammenhält. Die Antwort darauf zeigt, dass sich die Schweiz von der Willensnation zu einer Vierkulturennation bewegt hat (VI.). Die völkerrechtsfreundliche Haltung gehört zu jedem Kleinstaat, und deshalb auch zur Schweiz (VII.). Die aktuellen Staatsrechtslehrer wissen im Gegensatz zu ihren Vorgängern mit den Eigenheiten mehrheitlich wenig anzufangen (VIII.).

II. Verfassungsrevisionen als Alltagspolitik

- 4 Zu einer markanten Eigenheit der schweizerischen Verfassung gehört, dass sie jedes Jahr mehrfach geändert wird. In Grossbritannien, das keine kodifizierte Verfassung und kein Verfahren der formellen Verfassungsgebung besitzt, besteht kein Unterschied zwischen verfassungsändernder und einfacher Gesetzgebung. Die britische Verfassung ist also *flexibel*. In allen anderen europäischen Ländern wie auch der Schweiz sind Verfassungsänderungen durch besondere Bestimmungen gegenüber der normalen Gesetzgebung erschwert. Dadurch soll bei Verfassungsänderungen eine gründliche Beratung unter Einbezug der Opposition gewährleistet werden, was einen umfassenden Verfassungskonsens erfordert. Die Schweiz besitzt zwar eine *starre* Verfassung, aber sie ist vergleichsweise leicht änderbar.³ Das ergibt sich aus Art. 192 Abs. 2 BV, wonach die vom Parlament beschlossenen Verfassungsänderungen auf dem »Weg der Gesetzgebung« erfolgen. Die politischen Auseinandersetzungen finden oft im Rahmen einer Verfassungsänderung statt,⁴ weil die Bundesversammlung dazu neigt, politisch umstrittene Vorlagen als Verfassungsartikel zu beschliessen, auch wenn dies verfassungsrechtlich nicht nötig ist.
- 5 Die schweizerische Bundesverfassung könnte nach ihrem Wortlaut eine *offene* Verfassung sein, d.h. sie gibt dem Verfassungsinterpreten viel Spielraum, um ohne Änderung des Textes einen anderen Inhalt hineinzulesen. Im Gegensatz dazu muss eine *enge* Verfassung stets formell geändert werden, wenn ein neuer Sinngehalt gewünscht wird. Die relativ einfache Möglichkeit der Verfassungsänderung in der Schweiz führt dazu, dass die Verfassungsänderungen nicht auf dem Weg der Interpretation, sondern auf dem Weg der förmlichen Verfassungsänderung vollzogen werden. Das geht einher mit der durch Art. 190 BV begrenzten Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts. So hatte man das Frauenstimmrecht nicht

3 Giovanni Biaggini, Entwicklungen und Spannungen im Verfassungsrecht, Versuch einer Standortbestimmung zehn Jahre nach Inkrafttreten der Bundesverfassung vom 18. April 1999, ZBl 2010, S. 1 ff., 3 ff. mit einer Liste der zahlreichen Änderungen in den ersten zehn Jahren des Bestehens der BV.

4 Siehe Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler, Verfassung, in diesem Werk, Bd. 1, I.1, N. 8 m.w.H. und Andreas Kley, Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts von 1798 bis in die Gegenwart, in diesem Werk, Bd. 1, I.3, zur Ideengeschichte dieser Praxis.

I. Teil Grundlagen

durch Interpretation,⁵ sondern durch eine Verfassungsänderung eingeführt.⁶ Eben dies geschah beim Ausbau der Bundeskompetenzen, bei einem neuen Abstimmungsverfahren von Volksinitiativen und Gegenentwurf,⁷ bei der Einführung des Zivildienstes für Militärdienstverweigerer⁸ oder bei der Einfügung des Verfassungsartikels zur Ernährungssicherheit (Art. 104a BV).⁹ Auf diese Weise bestand lange Zeit die Praxis, dass politisch wichtige Vorlagen dem Referendum von Volk und Ständen unterliegen,¹⁰ selbst wenn es vertretbar gewesen wäre, dass die Bundesversammlung (die die oberste Staatsgewalt inne hat, Art. 148 Abs. 1 BV) die Verfassung neu auslegt. Verfassungsteilrevisionen gehören zur alltäglichen Politik. Seit dem Fall des Eisernen Vorhangs hat sich die Bundesversammlung einen weiteren Spielraum der Verfassungsauslegung genommen. Das betraf Verfassungsbestimmungen, die durch Volksinitiativen zustande gekommen sind. Sie hatte etwa die Alpeninitiative von 1994, die Ausschaffungsinitiative von 2010, die Zweitwohnungsinitiative von 2012 und die Masseneinwanderungsinitiative von 2014 nur begrenzt umgesetzt und damit die Absicht der Initianten durchkreuzt. Bei den Menschenrechten besitzt das Bundesgericht einen grösseren Spielraum eigener Verfassungsschöpfung. Es konnte auf dem Interpretationsweg eine Reihe neuer Grundrechte einführen,¹¹ weil sich diese oft in fast allen Kantonsverfassungen oder in den ratifizierten internationalen Abkommen zum Schutz der Menschenrechte fanden. Der Verfassungsgeber überführte sie 2000 in die totalrevidierte Bundesverfassung (Konzept der »Nachführung«) und »ratifizierte« sozusagen diese Rechtsprechung.

-
- 5 BGer vom 14.9.1923, »Lehmann gegen Gemeinderat Bern«, wiedergegeben in BBl 1957 I 782; BGer vom 21.9.1928, Unger c. Genève (nicht veröff.); BGE 83 I 173; Beschwerde Leonard Jenni, Renée Unger und Frieda Grandi an die Bundesversammlung, Protokolle der Bundesversammlung, 1928, CH-BAR#E1301#1960/51#270, Ordentliche Herbstsession (17.9.1928 bis 29.9.1928) des Nationalrats, Sitzung Nr. 14, 28.9.1928, S. 709–713; Protokolle der Bundesversammlung, 1928, CH-BAR#E1401#1960/58#202, Ordentliche Wintersession (3.12.1928 bis 21.12.1928) des Ständerats, Sitzung Nr. 14, 21.12.1928, S. 95 f. Im Nationalrat führte der Berichterstatter aus: »Es geht nicht an, auf dem Wege einer gekünstelten Gesetzesinterpretation den Frauen das Stimmrecht einräumen zu wollen. Wenn man den Frauen das Stimmrecht geben will, so muss eben die Bundesverfassung revidiert werden« (S. 711).
- 6 AS 1971 325, Änderung von Art. 74 BV 1874 in der Volksabstimmung vom 7.2.1971.
- 7 AS 1987 1125, Einfügung eines neuen Art. 121^{bis} BV 1874 in der Abstimmung vom 5.4.1987.
- 8 AS 1992 1578, Einfügung eines zweiten Satzes zu Art. 18 Abs. 1 BV 1874 in der Abstimmung vom 17.5.1992.
- 9 Bundesbeschluss über die Ernährungssicherheit von Art. 104a (24.9.2017), der die Rechtslage nicht änderte, so im Votum von Bundesrat Schneider-Ammann, AB 2017 N 213 ff. Hinzu kommt der hohe Detaillierungsgrad der Verfassung, der Verfassungsreferenden induziert, wenn auch nur eine unwichtige Einzelheit geändert werden soll.
- 10 *Fleiner*, Bundesstaatsrecht, S. 22.
- 11 Es handelte sich um die Eigentumsgarantie, die aber 1969 in die Verfassung aufgenommen wurde (AS 1969 1249, Abstimmung vom 14.9.1969), die persönliche Freiheit (BGE 89 I 92), das Recht der freien Meinungsäusserung über den Schutzbereich der Pressefreiheit (Art. 55 BV 1874) hinaus (BGE 87 I 117), die Sprachenfreiheit (BGE 91 I 485), die Versammlungsfreiheit (BGE 96 I 224) und das Recht auf Hilfe in Notlagen (BGE 121 I 367).

III. Prozeduralisierung der Volkssouveränität

- 6 In der Schweiz drückt sich die Volkssouveränität nicht nur in Wahlen (Parlament, Regierung, obere Verwaltungsstellen), sondern auch in direktdemokratischen Rechten (Initiative, Referendum) aus.¹² Diese sind auf der Ebene des Bundes, der Kantone und der Gemeinden vorgesehen. Dabei haben die direktdemokratischen Instrumente differenzierte Effekte: Das obligatorische Verfassungsreferendum (Art. 140 BV) wirkt wie das fakultative Gesetzesreferendum (Art. 141 Abs. 1 BV) bremsend.¹³ Dagegen besitzt die Volksinitiative auf Bundes- (Art. 138 ff. BV) und kantonaler Ebene (mit Verfassungs-, Gesetzes- und weiteren Initiativen) einen innovativ-progressiven Charakter. Gegenstände, die von den Parlamentariern vernachlässigt wurden, können in die politische Agenda aufgenommen werden und sich sogar gegen den Willen der Parlamente durchsetzen.¹⁴ Die ausgebauten Elemente direkter Demokratie sind das herausragende Merkmal der schweizerischen Staatsordnung, denn sie ergänzen das repräsentative System und verschaffen dem Volk Sachzuständigkeiten. Allerdings ändert sich nichts daran, dass das System primär auf die Repräsentation ausgerichtet ist. Die Referenden knüpfen alle an Parlamentsentscheide an. Die Volksinitiative auf Totalrevision der Verfassung beauftragt im Fall ihrer Annahme das (nach Art. 193 Abs. 3 BV neu gewählte) Parlament zur Ausarbeitung einer neuen Verfassung, die Volk und Ständen vorzulegen ist. Einzig die Volksinitiative auf Teilrevision hat einen anderen, eben revolutionären Charakter, denn sie verwirklicht eine parlamentsunabhängige Verfassungsrevision. Das politische System des Bundes blieb aber auch mit diesen Referendums- und Initiativrechten repräsentativ. Die Bundesversammlung ist in den letzten 25 Jahren dazu übergegangen, wirklich oppositionelle und angenommene Initiativen (z.B. die Alpeninitiative von 1994 oder die Masseneinwanderungsinitiative von 2014) nur noch teilweise oder symbolisch umzusetzen.¹⁵
- 7 Die Bundesverfassung verwirklicht eine rechtsstaatliche Demokratie. Die Verfahren der Referenden und Initiativen sind normiert und folgen genau festgelegten Regeln. Die direkte Demokratie ist in der Verfassung und ergänzend in Bundesgesetzen geregelt. Volksabstimmungen finden deshalb nicht als Plebiszite, d.h. im Ermessen und nach dem politischen Kalkül der obersten Behörden, statt, sondern sie sind bei gegebenen Voraussetzungen in einem vorweg geordneten Verfahren abzuhalten. Bei jedem Parlamentsgeschäft sollte es von vornherein klar sein, ob es referendumpflichtig ist oder nicht. Die Bundesversammlung hat diesen Grundsatz in den letzten Jahren allerdings aufgeweicht und Ad-hoc-Referenden ange-

12 Ständerat *Theodor Wirz*, Bericht der ständeräthlichen Kommissionmehrheit, betreffend Revision des III. Abschnittes der Bundesverfassung, BBl 1891 I 16 ff., 19 mit der rhetorischen Frage: »Wer soll schliesslich König und Herr im Lande sein?«

13 *Michael Gallagher*, Elections and Referendums, in: Daniele Caramani (Hrsg.), Comparative Politics, 4. Aufl., Oxford 2017, S. 167 ff., 184.

14 *Andreas Kley*, Volksinitiativen: Das Parlament als Vermittler zwischen Volk, Regierung und Gerichten?, Parlament, Parlement, Parlamento 2015, S. 36 ff.

15 N. 5.

setzt.¹⁶ Das Modell einer normativ festgelegten direkten Demokratie auf Staatsebene ist nur in wenigen Staaten der Welt verwirklicht; es kommt namentlich in der Hälfte der Gliedstaaten der USA vor.¹⁷ Es schafft eine plurale Legitimation. Diese bezieht ihre Überzeugungskraft aus vielen Quellen, namentlich aus dem dadurch erzeugten permanenten politischen Diskurs und aus der Selbstverständlichkeit, mit der Amtswalter und Bürger das demokratisch gesetzte Recht im Alltag zur Geltung bringen.

Die Vorstellung, dass Parlament, Regierung und nachgeordnete Behörden einer demokratischen Legitimation bedürfen, stammt aus dem monarchischen Staatsrecht des Absolutismus. Man hat die monarchischen Vorstellungen des Legitimus auf die Republiken übertragen.¹⁸ Der Inhaber der Souveränität ist nicht mehr ein von Gott eingesetzter Monarch, sondern eine abstrakte Grösse, das Volk. Auch das System des demokratischen Legitimus ändert nichts daran, dass die Handhabung der Souveränität durch die obersten Staatsorgane grosse Bedeutung besitzt. Die Volkssouveränität wird durch den Wahlvorgang vermittelt und ist – abgesehen vom individuellen Wahlakt – fiktiv, da die Inhaber der Ämter in den obersten Staatsorganen sie auf Zeit ausüben. In der Schweiz wird deshalb »demokratische Legitimation« wenig diskutiert,¹⁹ da sie im System der direkten Demokratie als ohnehin gegeben betrachtet wird. Umgekehrt zeigen die Wahlkämpfe um die Exekutivbehörden und Parlamente, dass es sehr wohl um etwas geht, das bei jeder Regierungsform, auch der Demokratie, vorkommt: um Macht. Demokratische Herrschaft ist genauso wie jede andere Herrschaft Machtausübung gegenüber Unterworfenen.

16 *Claudia Schoch*, Dem Parlament, was des Parlaments ist, NZZ vom 4.6.10, Nr. 126, S. 23. Die Bundesversammlung hat vereinzelt begonnen, aus eigenem Ermessen Ausgabenplebiszite anzusetzen, indem sie Finanzvorlagen in an sich unnötige (das Budget und die Ausgaben unterstehen keinem Referendum, Art. 167 BV) Bundesgesetze gekleidet hat, so im Fall der Beschaffung des Kampfflugzeugs Gripen vom 18.5.2014, Gripen-Fonds-Gesetz vom 27.9.2013, BBl 2013 7369 (abgelehnt) oder das Bundesgesetz über den Strassentransitverkehr im Alpengebiet (Sanierung Gotthard-Strassentunnel) vom 26.9.2014, BBl 2014 7343 (angenommen). Ferner unterwarf das Parlament den Völkerbundsbeitritt 1920, den Freihandelsvertrag von 1972 und den EWR-Vertrag von 1992 (abgelehnt) einem freiwilligen (Quasi-Verfassungs-)Referendum von Volk und Ständen, s. *Hangartner/Kley*, Demokratische Rechte, N. 1157.

17 *Wolf Linder/Sean Mueller*, Schweizerische Demokratie: Institutionen, Prozesse, Perspektiven, 4. Aufl., Bern 2017, S. 401 ff.; *Pascal Mahon/Anne Benoit*, Droit constitutionnel des États-Unis d’Amérique, Bâle 2011, S. 100.

18 *Andreas Kley*, Kontexte der Demokratie: Herrschaftsausübung in Arbeitsteilung, VVDStRL 77 (2017), S. 125 ff., 130 ff.

19 Im führenden Lehrbuch *Häfelin et al.*, Bundesstaatsrecht, fehlt der Begriff völlig. In Deutschland gibt es eine feinziselierte Theorie der demokratischen Legitimation, *Kley* (Anm. 18), S. 127 ff. m.w.H.

IV. Konkordanz als Integrationsfaktor

- 9 Das politische System der Schweiz lässt sich weder dem parlamentarischen noch dem präsidentiellen Grundmodell zuweisen. Es handelt sich, wie das aktuelle französische, um ein Mischsystem eigener Prägung. Die Exekutive ist nach dem Kollegialsystem organisiert,²⁰ welches keinen herausgehobenen Staatspräsidenten oder Regierungschef kennt. Nach dem Vorbild der französischen Direktorialverfassung von 1795 übertrug die (erste) Helvetische Verfassung von 1798 dieses Modell auf die damalige Schweiz. Die Regenerationsbewegung griff das Modell auf, und seither setzte es sich in allen kantonalen Exekutiven und in der Bundesexekutive durch. In sämtlichen Kantonen wählt das Volk die Kantonsregierung, wogegen auf Bundesebene die Bundesversammlung die Wahl vornimmt und wodurch das Modell insofern eine parlamentarische Komponente erhält. Das Bundesparlament kann die Regierung während der vierjährigen Legislaturperiode nicht abwählen, wobei auch die Regierung das Parlament nicht auflösen kann. Regierungsamt und Parlamentsmandat sind unvereinbar (präsidentielle Komponente). Die Funktion des Bundespräsidenten, der nur die Sitzungen des Regierungskollegiums leitet, im Übrigen aber keine Vorrechte hat (*primus inter pares*), wird im jährlichen Turnus von einem Mitglied der Regierung übernommen. Die kollegiale Regierung hat – im Gegensatz zum US-Präsidialsystem – formell die Möglichkeit der Gesetzesinitiative (Art. 181 BV).
- 10 Die Modalitäten der politischen Entscheidungsfindung in der Legislative bewegen sich zwischen den Extremen der reinen Konkurrenzdemokratie (für einen Beschluss genügen 50 Prozent plus eine Stimme) und der Konsensdemokratie (mit dem Beschluss müssen fast alle einverstanden sein).²¹ Konkurrenzdemokratische Systeme beruhen auf der Durchsetzungsmacht der parlamentarischen Mehrheit. Die von ihr gebildete Regierung kann ihr politisches Programm im Prinzip ohne Rücksicht auf andere Parteien und Gruppierungen durchsetzen. Sie muss sich erst bei ordentlichen Neuwahlen bzw. im Ausnahmefall bei Verlust der Mehrheit im Parlament dem demokratischen Verdikt stellen. Damit ist gesagt, dass Referenden in Konkurrenzdemokratien systemfremd sind. Konsensdemokratie bezeichnet dagegen ein politisches System, das wesentlich auf Verhandlungen zwischen den einzelnen politischen Kräften basiert.²² In der schweizerischen »Konkordanzdemokratie« besteht das Ziel darin, nicht bloss eine einfache Mehrheitsentscheidung herbeizuführen, sondern wesentliche Minderheiten auf Dauer in die politische Verantwortung einzubinden. In Konkurrenzdemokratien haben Minderheiten im Prinzip keinerlei Einfluss auf die Regierungspolitik, während sie in der schweizerischen Konkordanzdemokratie über (informelle oder verfassungsrechtlich gesicherte) Partizipations- und Vetorechte beteiligt sind. In der Konkordanzdemokratie

20 Wolfgang C. Müller, in: Daniele Caramani (Hrsg.), *Comparative Politics*, 4. Aufl., Oxford 2017, S. 138.

21 Anibal Perez Linan, in: Daniele Caramani (Hrsg.), *Comparative Politics*, 4. Aufl., Oxford 2017, S. 83 ff., 89 ff.

22 Perez Linan (Anm. 21), S. 89 f.; siehe zu den Begriffen Konsens und Konkordanz, Linder/Mueller (Anm. 17), S. 366. Die Konkordanz geht weiter als der blosse Konsens, da sie wesentliche Minderheiten an der Macht beteiligen muss.

der Schweiz gibt es eine Allparteienkoalition, die die Regierungsgeschäfte verantwortet, während die ausserparlamentarischen Kräfte zusammen mit der Stimmbevölkerung mittels direktdemokratischer Rechte punktuell opponieren. Konsequenterweise haben wechselnde Kräfteverhältnisse im Parlament weniger Einfluss auf die Regierungspolitik als in Konkurrenzdemokratien. Von besonderer Bedeutung ist, dass die Konkurrenz- und die Konkordanzdemokratie völlig unterschiedliche Integrationspotentiale aufweisen. Die Konkordanzdemokratie ist generell auf die Schonung der Autonomie unterer politischer Einheiten (Gliedstaaten, Regionen, Gemeinden) ausgerichtet und in der Lage, unterschiedliche gesellschaftliche Gruppen, die sich religiös, sprachlich oder ethnisch abgrenzen, zu integrieren. Es ist für das Funktionieren der Konkordanzdemokratie entscheidend, dass die politischen Eliten der verschiedenen Gruppen miteinander kooperieren.²³

In der schweizerischen Entwicklungsgeschichte zeigt sich der Wandel von einem Konkurrenz- (genauer Hegemonialsystem) zu einem Konsenssystem. Das 1874 eingeführte Referendum hat diese Entwicklung vorangetrieben. Die freisinnige Bewegung hatte den Bundesstaat gegen den Willen der Katholisch-Konservativen gegründet und besetzte zunächst alle Schlüsselämter. Das Majorzwahlrecht gepaart mit der Wahlkreisgeometrie sicherte den Freisinnigen die absolute Mehrheit im Nationalrat.²⁴ Die zweite Bundesverfassung von 1874 sah das fakultative Referendum gegen Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse vor. Das neue direktdemokratische Instrument entwickelte sich zu einem überraschend wirksamen Oppositionsinstrument der Katholisch-Konservativen sowie der konservativen Protestanten. Diese errangen spektakuläre politische Erfolge. Bundesrat und Bundesversammlung wollten 1882 durch einen eidgenössischen Schulsekretär Erhebungen über das kantonale Schulwesen machen.²⁵ Damit sollte der von der Verfassung vorgeschriebene genügende Schulunterricht sichergestellt werden. Konservative Protestanten und Katholiken sammelten über 180 000 Unterschriften für das Referendum. Das Volk verwarf in der Abstimmung vom 26. November 1882 mit 64,9 Prozent Nein-Stimmen die »Schulvogt-Vorlage«.²⁶ Am 11. Mai 1884 kam es zum »vierhöckrigen Kamel«, d.h. die konservative Seite lancierte ein erfolgreiches Referendum, das zum Scheitern von vier Vorlagen führte.²⁷ Die Liste dieser Erfolge der konservativen Seite liesse sich beliebig verlängern. Das Referendum erzwang den Ausgleich mit den Katholisch-Konservativen und konservativen Freisinnigen, später mit der Bauern-, Gewerbe- und Bürgerpartei und der Sozialdemokratie: »Das Referendum wirkt wie ein konservativ gesinntes Oberhaus. Die Ausarbeitung jedes Gesetzes zwingt zu unausgesetzten Kompromissen«.²⁸ Es war eine direkte Folge des Referendums, dass sich alle referendumsfähigen Gruppen allmählich einen Sitz im Bundesrat ver-

23 Manfred G. Schmidt, *Demokratietheorien*, 5. Aufl., Wiesbaden 2010, S. 308 ff.

24 Siehe *Andreas Kley*, *Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts von 1798 bis in die Gegenwart*, in diesem Werk, Bd. 1, I.3, N. 43.

25 BBl 1882 III 167 ff.

26 BBl 1882 IV 632 ff.; *Kley*, *Verfassungsgeschichte*, S. 317.

27 *Fleiner*, *Bundesstaatsrecht*, S. 314, Fn. 20; *Kley*, *Verfassungsgeschichte*, S. 320 m.w.H.

28 *Fleiner*, *Bundesstaatsrecht*, S. 316.

- schaffen konnten, zuerst die Katholisch-Konservativen 1891 mit Josef Zemp. Das Gesetzesreferendum übt einen Konsensdruck aus.²⁹ Das politische System der Schweiz hat schon früh begonnen, allfälligen Widerstand gegen eine Vorlage präventiv zu integrieren. Das in Art. 147 BV und einem Bundesgesetz³⁰ geregelte vorparlamentarische Vernehmlassungsverfahren wird seit dem 19. Jahrhundert angewendet und erstreckt sich heute auf alle politisch relevanten Gesetzgebungs- und Verordnungsprojekte.³¹ Die Instrumente der parlamentarischen Minderheit(en) wurden 1891 mit der Möglichkeit der Partialrevisionsinitiative massgeblich erweitert. Damit haben initiativfähige Parteien und Gruppen die Möglichkeit, die politische Agenda punktuell zu bestimmen und Themen ihrer Wahl auf die Traktandenliste zu setzen, wie das etwa im Fall der Proporzinitiative 1918 erfolgreich geschah. Dieser Volksentscheid brach die Hegemonie der freisinnigen Partei im Nationalrat. Entscheidend sind nicht nur die Erfolge anlässlich einer allfälligen Annahme der Volksinitiative, sondern auch die Suche nach einem Kompromiss im Vorfeld einer Abstimmung. Kompromisse kommen in Form direkter und indirekter Gegenvorschläge zustande. Damit bewegt das Parlament die Initianten zu einem Rückzug der Initiative. Das Parlament übernimmt damit den Anstoss der Initiative und wird dann entweder eine eigene Verfassungs- oder Gesetzesvorlage verabschieden.
- 12 Die politische Praxis hat das politische Leben der Schweiz gemäss dem Ergebnis der jeweils letzten Nationalratswahl proportionalisiert. Bei der Besetzung des Bundesrates sind nach Art. 174 Abs. 4 BV die Landesgegenden und die Sprachregionen angemessen zu berücksichtigen. Die Politik befolgt darüber hinaus einen freiwilligen Parteienproporz des Bundesrates («Zauberformel» seit 1959, mit seither erfolgten Verschiebungen), des Bundesgerichts, der unteren Bundesgerichte und weiterer Behörden. Die Proportionalisierung des politischen Lebens als einvernehmliche Machtteilung ermöglicht das schweizerische Konkordanzsystem, das »strukturelle Minderheiten durch formale Beteiligung und horizontale Machtteilung« integriert.³²
- 13 Die Instrumente der direkten Demokratie haben im 20. Jahrhundert das politische Hegemonialsystem der freisinnigen Partei in ein umfassendes Konkordanzsystem verwandelt. Das Referendum macht es nötig, dass die Parlamentsvorlagen mehrheitsfähig (referendumsfest) ausgestaltet sein müssen, d.h. sie benötigen vorweg die Zustimmung grosser politischer Parteien und Interessensgruppen. Scheitern sie in der Volksabstimmung, so kommt es mitunter zu einer nachgebesserten Version. Dabei müssen die vernachlässigten Interessen zur Geltung kommen, soll die Vorlage im neuen Anlauf erfolgreich sein. Das erfordert Zeit. Die Verlangsamung der Politik ist der Preis für die erfolgreiche Integration der verschiedenen politischen und gesellschaftlichen Gruppen in den Staat.³³

29 Linder/Mueller (Anm. 17), S. 319.

30 Bundesgesetz über das Vernehmlassungsverfahren vom 18.3.2005, SR 172.061.

31 Kley, Verfassungsgeschichte, S. 405 m.w.H.

32 Wolf Linder, Das politische System der Schweiz, in: Wolfgang Ismayr (Hrsg.), Die politischen Systeme Westeuropas, 4. Aufl., Wiesbaden 2009, S. 582.

33 Linder/Mueller (Anm. 17), S. 388; siehe zur Integrationsfunktion der direkten Demokratie auch Fleiner in Anm. 70.

V. Föderalismus als verschränkte Staatsorganisation

Die Nicht-Zentralisierung politischer Macht war historisch ein wichtiger Faktor für das einvernehmliche Zusammenleben verschiedener Sprachgruppen und für die Überwindung der konfessionellen Konflikte des 19. Jahrhunderts. Zusätzlich hat sich der Bund, im Unterschied zu den USA, am Ausgleich der Lebenschancen zwischen den einzelnen Landesteilen orientiert.³⁴ 14

Die ursprünglich klare Aufgabentrennung zwischen den beiden Staatsebenen hat sich mittlerweile zu einer Aufgabenverflechtung gewandelt. Die Umsetzung des Bundesrechts ist innerhalb der bundesrechtlichen Vorgaben Sache der Kantone (Art. 46 Abs. 1 BV). Allerdings gehen die Umsetzungsvorschriften sehr weit; sie führen im Ergebnis zu einer Angleichung der kantonalen Staatsorganisation und verschränken Bundesbehörden und kantonale Behörden miteinander. Der Verfassungsgeber des Neuen Finanzausgleichs (NFA) von 2004 möchte den Bundesgesetzgeber bei der Wahrnehmung der Bundeskompetenzen zügeln. Art. 43a Abs. 1 BV verpflichtet den Bund daher, nur die Aufgaben zu übernehmen, »welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen.« Art. 43a Abs. 3 BV will eine Entflechtung herbeiführen, indem das Gemeinwesen, das die Kosten trägt, über die Leistungen bestimmen kann. Diese beiden Bestimmungen zeigen den konzeptlosen Ausbau der Bundeskompetenzen. Der Bund besitzt offensichtlich Kompetenzen, die über diese Anforderungen hinausgehen. Wieso war der Verfassungsgeber bei der Anordnung der Kompetenzen nicht massvoller? Das hätte die genannten Absätze des Art. 43a BV entbehrlich gemacht. 15

Die föderalistische Ordnung rechtfertigt sich in vielfältiger Weise. Für die Schweiz sind die Geschichte und die verschiedenen Sprachkulturen der Bevölkerung von Bedeutung. Sie legten für die künftige Organisation der Schweiz eine föderalistische Ordnung nahe, wie Napoléon Bonaparte den Schweizer Vertretern in Paris an der Consulta 1802 erklärte.³⁵ In der Gegenwart ist die Kraft der Geschichte verblasst, wie auch die drei grossen Sprachgruppen an Bedeutung verloren haben. Durch die Einwanderung kamen neue Sprachgruppen in das Land, die sich freilich diffus niedergelassen haben. Ein dritter, in der US-amerikanischen Geschichte wichtiger Grund ist auch für die Schweiz bedeutsam: Die bundesstaatliche Ordnung bildet eine stabile Staatsform, die sich wegen ihrer verschränkten Organisation besonders für den Schutz der Individualfreiheit eignet. Hinzu kommen auch soziologische Elemente, indem der Bundesstaat der Bevölkerung der Gliedstaaten das Erlebnis eigener Organisation ermöglicht und die Politik auf eine breite personelle Basis stellt. Diese Rechtfertigung des Föderalismus gewinnt angesichts der Globalisierung an Bedeutung. 16

34 Linder/Mueller (Anm. 17), S. 174.

35 Kley, Geschichte, S. 267 f.

VI. Von der Willens- zur Kulturnation

- 17 Der moderne Nationenbegriff ist im 18. Jahrhundert entstanden und in der Französischen Revolution zu einem verfassungsrechtlichen Begriff geworden. Folgt man seiner Entstehungsgeschichte, so zeigen sich unterschiedliche Konzepte. Der in der Französischen Revolution entwickelte Begriff versteht die Nation als eine *Willensgemeinschaft*. Demnach formt die Nation eine Gemeinschaft von Menschen, welche durch ihre Haltung und ihre Handlungen bezeugen, dass sie der Gemeinschaft angehören und sie mittragen. Folglich kann ein jeder ein Angehöriger sein, der sich die Prinzipien der Republik zu eigen macht und danach handelt. Der Wille zur Nation ist also individuell. Demgegenüber bildet die Nation nach dem deutschen, in der Romantik entstandenen Begriff eine kollektive Herkunftsgemeinschaft mit einer gemeinsamen kulturellen Tradition und Geschichte. Infolgedessen kann nur Angehöriger der deutschen Nation sein, wer seine kulturelle und ethnische Herkunft als Deutscher nachweisen kann. Bei diesem Nationenbegriff besteht die Möglichkeit, dass er in problematischer Weise auf die Spitze getrieben wird. Die Nation kann nämlich als »blutmässig« bestimmte Gemeinschaft verstanden werden, sodass eine Zugehörigkeit »blutsfremder« Menschen nicht mehr möglich ist. Im Fall einer so verstandenen Kulturnation ist eine ethnische Heterogenität undenkbar, im Fall der Willensnation dagegen schon.
- 18 Die Eidgenossenschaft konnte im letzten Viertel des 19. Jahrhunderts dank der direkten Demokratie und des Konkordanzsystems zu einer »politischen Nation« werden.³⁶ Die sehr unterschiedlichen Kantone wuchsen dank der politischen Institutionen und der integrativen Praxis ihrer Amtsträger zu einem eigenen Staat zusammen. Entscheidend war die Tatsache, dass die Institutionen und die ab 1874 und 1891 intensiver praktizierte direkte Demokratie den Minderheiten die Möglichkeit gab, sich politisch zu äussern und durchzusetzen. Die freisinnige Mehrheitspartei nahm die Anliegen wahr und musste im Zuge der demokratischen Auseinandersetzungen ihre politische Vormachtstellung Schritt für Schritt zurücknehmen und schliesslich aufgeben. Dadurch haben sich die sprachlichen, konfessionellen, sozialen und politischen Minderheiten in den neuen Bundesstaat eingebracht. Die Zauberformel von 1959 markiert die Vollendung dieser Entwicklung. Die Schweiz bezeichnet sich gerne als Willensnation (Staatsnation).³⁷ Die politischen Institutionen und der Status als

36 *Zaccaria Giacometti*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, S. 33 f. *Fleiner*, Bundesstaatsrecht, S. 21 beschreibt den Vorgang anders, aber im Sinne der politischen Nation: »Seine besten Antriebe aber empfängt das schweizerische Nationalgefühl aus den rechtlichen Einrichtungen selbst: aus der Einheitlichkeit des Heeres und aus den demokratischen Institutionen des eidgenössischen Verfassungs- und Gesetzesreferendums, welche das ganze Schweizervolk zur Entscheidung der wichtigsten sachlichen Fragen des Staatslebens aufrufen und so unausgesetzt zu gemeinsamer nationaler Arbeit zusammenführen. Am Bund, der Eidgenossenschaft, hat sich das Nationalgefühl entwickelt«. Im Fall der Schweiz ging die Staatsbildung der Nationenbildung voraus, *Gianfranco Poggi*, The Nation-State, in: Daniele Caramani (Hrsg.), Comparative Politics, 4. Aufl., Oxford 2017, S. 67 ff., 75.

37 Die europäischen Grossmächte des 19. Jahrhunderts standen Pate bei der Entstehung der modernen Schweiz, siehe *Andreas Kley*, Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts von 1798 bis in die Gegenwart, in diesem Werk, Bd. 1, I.3, N. 13.

I. Teil Grundlagen

Bürger schaffen Identität.³⁸ Die drei obersten Bundesbehörden, die direkte Demokratie und die Kantone (Föderalismus) sind staatsrechtliche Einrichtungen, die die Willensnation möglich machen. Der Politikwissenschaftler Karl W. Deutsch bezeichnete die Schweiz als »paradigmatischen Fall politischer Integration«.³⁹

Trotz dieser erfolgreichen Integration der Willensnation Schweiz blieb die Frage der Kulturnation offen. Die Einigungsbewegungen Deutschlands und Italiens im 19. Jahrhundert schlossen jeweils ein Volk gleicher Abstammung, Kultur und Sprache zu einer Nation zusammen. Die Gründung des schweizerischen Bundesstaates erscheint vor diesem Kontrast als Staatsgründung eines anderen Typs: Sie vereinigte die Sprachgruppen der italienischen, französischen und der deutschen Schweiz politisch. Die Verfassungen von 1848 und 1874 erklärten die drei Hauptsprachen der Schweiz zu Nationalsprachen,⁴⁰ wogegen die Verfassungen keine Amtssprachen festlegten. Als diese fungierten faktisch Deutsch und Französisch. Die italienische Schweiz und die Rätoromanen spielten als Sprachgruppe zunächst keine Rolle. So gab es im 19. Jahrhundert – von der Gesetzessammlung abgesehen – kaum Bundespublikationen in italienischer,⁴¹ geschweige in rätoromanischer Sprache. Im Ersten Weltkrieg meldete sich die Kulturfrage unüberhörbar zu Wort, als sich der Riss zwischen Deutsch und Welsch auftat. Die beiden grössten Sprachgruppen neigten ab 1914, entsprechend den Fronten des Ersten Weltkriegs, ihren jeweiligen Sprachkulturen zu. Die Spannungen waren bereits bei Kriegsbeginn vorhanden. Der Bundesrat suchte sie in seinem Aufruf an das Schweizervolk vom 5. August 1915 zu übertünchen: »Hinter den Behörden steht das Schweizervolk in bewundernswürdiger Einigkeit und Geschlossenheit«.⁴² Im Herbst nahmen die Spannungen zu, sodass der Bundesrat am 1. Oktober 1915 »das Lebensinteresse unseres Staates an kraftvoller Geschlossenheit und unerschütterlicher innerer Einheit« anrief. Das Ideal der Schweiz sah er in der »über allen Rassen und Sprachen stehenden Kulturgemeinschaft. Zuerst und allem weit voraus sind wir Schweizer, erst in zweiter Linie Romanen und Germanen«.⁴³ Carl Spitteler konnte Worte formulieren, die stärker aufgenommen wurden. Er umschrieb die Willensnation in seiner berühmten Rede vom 14. Dezember 1914 so: »Wir sollen einig fühlen, ohne einheitlich zu sein«.⁴⁴ Diese Staatskrise des

38 Linder/Mueller (Anm. 17), S. 33.

39 Bern 1976; dazu Linder/Mueller (Anm. 17), S. 24 f.

40 Art. 109 BV 1848 und identisch zunächst Art. 116 BV 1874.

41 Eine gekürzte Fassung des Bundesblattes in italienischer Sprache erschien erst ab 1918, Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über seine Geschäftsführung im Jahre 1917, BBl 1918 I 315 ff., 316 f., 318 f.

42 AS 1914 362 f.

43 AS 1914 510 f.

44 Unser Schweizer Standpunkt, Vortrag, gehalten in der Neuen Helvetischen Gesellschaft, Gruppe Zürich, am 14. Dezember 1914, Zürich 1915, S. 8. Siehe zu den Umständen, *Andreas Kley*, Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts von 1798 bis in die Gegenwart, in diesem Werk, Bd. 1, I.3, N. 51 f.

Ersten Weltkriegs zeigte, dass die individualistische Willensnation nicht genügte, sondern es auch der Kultur als Integrationsfaktor bedurfte.

- 20 Das Heranziehen der Kultur zum Zwecke der inneren Einigung wurde nach dem Ersten Weltkrieg eine neue Staatsaufgabe, welche die seit dem Beginn der 1930er-Jahre bis 1989 wirksame geistige Landesverteidigung übernahm.⁴⁵ Am Ende resultierte daraus ein Staat mit vier National- und drei Amtssprachen, der eine Vierkulturennation darstellte. Dieser überdeckte und verdrängte teilweise die ursprüngliche Willensnation. Die Schweiz hatte sich dabei in ihrer Staatsidee dem sie umgebenden Ausland angenähert. Sie setzte die Kultur in den Dienst der Integration, freilich mit dem Unterschied, dass sie vier Kulturen beherbergte und anrief. Dabei hatte sich das Selbstverständnis der Schweiz von der individualistischen Willensnation (mit den Willigen, die einzeln den Staat tragen) zu einer kollektiven Vierkulturennation verschoben. Es war (und ist) der kollektive Wille der vier Sprachgemeinschaften, den schweizerischen Bundesstaat mitzutragen.
- 21 Diese Verschiebung von der ursprünglichen Willens- zur (Vier-)Kulturennation zeigt sich in der Entwicklung des schweizerischen Staatsangehörigkeitsrechts. Die Idee der individualistischen Willensnation manifestierte sich in der Tatsache, dass die Kantone ab 1831 die Ausländer nach einer kurzen Niederlassungszeit von etwa einem bis zwei Jahren einbürgerten: Wer im Kanton bleiben wollte und politisch mittat, der sollte auch Bürger sein. Im Bundesstaat ab 1848 galt diese Ordnung zunächst weiter. Es bestand ausserhalb von Art. 42 BV 1848 (»Jeder Kantonsbürger ist Schweizerbürger«) sowie ausserhalb von der Garantie der politischen Gleichheit keine Bundesregelung. Das erste Bürgerrechtsgesetz des Bundes von 1876 forderte eine minimale Wohnsitzdauer von zwei Jahren.⁴⁶ Die Regelung bestand bis nach dem Ersten Weltkrieg. Die Schliessung der Grenzen im Krieg, der Nationalismus und damit verbunden die Distanzierung gegenüber den Fremden machen es nötig, auf eine schweizerische Eigentümlichkeit hinzuweisen: Die kriegsbedingte Schliessung der nationalen Grenzen förderte in Europa wie in der Schweiz die Idee der Überfremdung.⁴⁷ Der Befreiungsmythos von Wilhelm Tell und die Negation des Fremden genügten nicht, weshalb die Schweiz als Viersprachenstaat in den Fokus rückte. Im Fall des Deutschen und des Französischen war das seit 1848 unbestritten. Italienisch wurde nur formell anerkannt.⁴⁸ Mit der Anerkennung des Rätoromanischen als vierte Nationalsprache 1938 rückte die Vierkulturennation Schweiz in das Zentrum des allgemeinen Bewusstseins.⁴⁹ Die Schweiz nahm die

45 In der Abstimmung vom 20.2.1938 anerkannten Volk und Stände auch das Rätoromanische als Nationalsprache, aber sie setzten neu nur die drei Hauptsprachen als Amtssprachen des Bundes fest, AS 1938 197 und BBl 1938 I 1 ff., 533; Kley, Verfassungsgeschichte, S. 357.

46 Bundesgesetz betreffend die Erteilung des Schweizerbürgerrechtes und den Verzicht auf dasselbe vom 3.7.1876, AS II 510, dessen Art. 2 Ziff. 1 eine Wohnsitzfrist von zwei Jahren vorsah; dazu *Oliver Diggelmann/Annina Vogler*, »... geeignet und würdig ...«, Der Zugriff des Bundes auf Staatsbürgerschaft und Einbürgerung, ZSR 2013 I, S. 355 ff., 365.

47 *Diggelmann/Vogler* (Anm. 46), S. 365 m.w.H.

48 Die drei Sprachen waren in Art. 109 BV 1848 als »Nationalsprachen« anerkannt.

49 Kley, Verfassungsgeschichte, S. 357.

I. Teil Grundlagen

widersprüchliche Idee der zusammengesetzten Kulturnation an und näherte sich scheinbar dem nationalstaatlichen Konzept ihrer Nachbarn an. Dies ging mit der Erschwerung der Einbürgerung von Ausländern einher: 1920 verlängerte man die Mindestaufenthaltsdauer von zwei auf sechs Jahre⁵⁰ und 1952 schliesslich auf zwölf Jahre.⁵¹ Es sollten nur Personen Schweizer werden, die im Sinne der geistigen Landesverteidigung kulturell schon Schweizer waren.⁵² Eine Vollmachten-Notverordnung des Bundesrates von 1941 verlangte von den zuständigen Behörden, dass sie die »volle Überzeugung gewonnen« haben müssen, »dass der Bewerber den schweizerischen Anschauungen und Verhältnissen angepasst« sei und es könne »nach Charakter und Gesinnung von ihm erwartet werden [...], dass er ein zuverlässiger Schweizer werde«.⁵³ Die zirkuläre Anforderung schottete das Schweizer Bürgerrecht ab und verhinderte eine Einbürgerung von dauerhaft Niedergelassenen, die nicht schon Teil einer der drei bzw. vier Kulturnationen waren. Dadurch hatte man das klassisch-französische Konzept der Willensnation aufgegeben und diese nur noch auf den fiktiven Willen bezogen, dass die vier Sprachgemeinschaften eine politische Nation bilden wollen. Das so verstandene Bürgerrechtsregime sollte die Ideologie des Nationalsozialismus zurückdrängen, aber es belebte unbeabsichtigt die Idee der Hintersässen.⁵⁴ Es erzeugte eine dauerhafte Wohnbevölkerung, die sich nicht einbürgern lassen konnte, sozusagen Bürger zweiter Klasse.

Das Schweizer Bürgerrecht wies seit 1848 die Besonderheit auf, dass es aus drei Gliedern 22 besteht: Es besteht gleichzeitig ein Bürgerrecht der Gemeinde, des betreffenden Kantons und schliesslich der Eidgenossenschaft (Art. 37 Abs. 1 BV). Das Bürgerrecht baut von unten (Gemeinde) nach oben (Bund) auf und gibt damit auch die föderative Ordnung der Schweiz wieder. Die kommunalen und kantonalen Bürgerrechte hatten früher eine erhebliche Be-

50 Änderung des Bürgerrechtsgesetzes vom 25.6.1903, AS 1920 639 f.

51 Art. 15 Abs. 1 Bundesgesetz über Erwerb und Verlust des Schweizerbürgerrechts vom 29. September 1952, AS 1952 1087 ff.

52 *Diggelmann/Vogler* (Anm. 46), S. 370. Die vom Bund lancierte geistige Landesverteidigung (zwischen etwa 1930 und 1989, Botschaft über die Organisation und die Aufgaben der schweizerischen Kulturwahrung und Kulturwerbung, BBl 1938 II 985 ff.) formulierte primär den schweizerischen Staatsgedanken und damit ein Bild des richtigen »Schweizers«. Dieses Menschenbild fand sich später in wichtigen und in grosser Auflage verbreiteten Schriften des Bundes wie dem Soldatenbuch von 1958 oder im Zivilverteidigungsbuch von 1969. Letzteres fordert (S. 146): »Wir erschrecken nicht vor sogenannten wissenschaftlichen Theorien, die Untergang von Völkern und Kulturen oder gar der Welt voraussagen. Niemand kann das wissen. Wir sind kritisch« oder »Unser Leben und Schicksal steht in der Hand Gottes. Er allein weiss um unsere Zukunft. Wer an ihn glaubt, fürchtet sich nicht«.

53 Art. 1 Abs. 2 des Bundesratsbeschluss über der Vorschriften über Erwerb und Verlust des Schweizerbürgerrechts vom 11.11.1941, AS 1941 1257. Der Zürcher Geographielehrer und Dozent Emil Egli sprach dem Schweizerboden die Kraft zu, die Kopfform der zugezogenen Ausländer umzuwandeln. Nach einiger Zeit erhielten diese die typisch runde Kopfform der Schweizer. »Was auf Schweizerboden tritt, wird umgewandelt«, *Kley*, Verfassungsgeschichte, S. 372 m.w.H.

54 *His*, Geschichte II, S. 203 f.: Es handelt sich um langfristige Einwohner der Kantone, die nicht als Bürger galten und eine stark geminderte Stellung besaßen.

deutung, namentlich für die Teilhabe in bürgerlichen Angelegenheiten der Gemeinde, für die Armenunterstützung und für die Vermittlung des Bürgerrechts infolge Heirat oder Abstammung. Der Bundesgesetzgeber hat diese Relevanz des kommunalen und kantonalen Bürgerrechts nach und nach vermindert. Das kommunale Bürgerrecht ist zum Teil für die demokratische Teilnahme an Einbürgerungsentscheiden notwendig. Allerdings ist dieser Entscheid rechtlich gebunden und eignet sich immer weniger für eine demokratische Versammlung. Das Bundesgericht stellt nämlich durch eine strikte Anwendung von Art. 8 BV rechtsstaatliche Anforderungen an negative Einbürgerungsentscheide.⁵⁵ Das eng mit dem Föderalismus zusammenhängende dreigliedrige Bürgerrecht rechtfertigt sich vor allem historisch. Es symbolisierte während fast 150 Jahren den Staatsaufbau von unten nach oben. Das zeigte sich darin, dass bis in die 1990er-Jahre politische Karrieren notwendigerweise bei der Gemeinde begannen, bevor Kandidaten sich um die Ämter auf Kantons- und dann auf Bundesebene bewerben durften.⁵⁶ Die Entwicklung zu einem Kulturnationenbegriff zeigt sich auch in der Bürgerrechtsgesetzgebung. Das dreigliedrige Bürgerrecht nähert sich faktisch einem Einheitsbürgerrecht an, das zudem vorrangig auf dem Kulturbegriff – mit vier Sprachkulturen als schweizerische Eigenheit – basiert.

VII. Völkerrechtsfreundliche Haltung

- 23 Die monarchischen Grossmächte schufen 1815 eigennützig die neutrale und moderne Schweiz, weshalb diese unter deren Vormundschaft stand. Nach der Schaffung der Bundesverfassung erfassten mehrere aussenpolitische Krisen die Schweiz (politische Flüchtlinge der gescheiterten 1848er-Revolutionen, Neuenburger Handel (1856–57) und Savoyer Krise (1859)).⁵⁷ Die Bundesbehörden blieben zu den monarchischen Grossmächten auf republikanischer Distanz, pflegten zunächst keine Staatsbesuche und nur wenige diplomatische Kontakte. Diese Lage illustriert der erste Staatsbesuch im Bundesstaat: Der Schah von Persien, *Nasser-Al Dine* (1831–1896), befand sich 1873 auf einer Europareise und verschaffte sich durch Selbsteinladung Zutritt zur Schweiz. Der Bundesrat schrieb seinem Gesandten Johann Conrad Kern (1808–1888) in Paris: »Es ist dem Schah begreiflich zu machen, dass der Bundesrath weder Paläste, noch Wagen, Pferde, Ehrentruppen, noch sonst die Mittel zur Verfügung habe, welche das Wesen der zwischen Souveränen gewechselten Empfangs-

55 Kley, *Geschichte*, S. 243; *Diggelmann/Vogler* (Anm. 46), S. 374 ff.

56 *Fleiner*, *Bundesstaatsrecht*, S. 310 f. beschrieb die alte Praxis so: »Es ist in der Schweiz fast ein Naturgesetz, dass jeder, der zu politischem Einfluss gelangen will, seine Eignung zunächst in den Kommissionen und Behörden seiner Gemeinde muss nachgewiesen haben. Erst dann erlangt er die Anwartschaft in den Grossen Rat seines Kantons in die Volksvertretung, gewählt zu werden [...] und erst [dann] erwirbt der Einzelne [...] die Möglichkeit, als Kandidaten bei den Wahlen in die eidgenössischen Behörden aufzutreten. Praktische Erfahrung und Entschlussfähigkeit werden vom Volke höher gewertet als Fachwissen«.

57 Kley, *Verfassungsgeschichte*, S. 297 ff.

I. Teil Grundlagen

feierlichkeiten bilden«.⁵⁸ Das half nichts, der Schah kam offiziell und nicht – wie vom Bundesrat gewünscht – inkognito. Der Bundesrat hielt ihn auf Distanz, indem der Empfang vom 19. bis 24. Juli 1873 in Genf stattfand und von der Kantonsregierung organisiert wurde. Die republikanische Schweiz fühlte sich für Besuche gekrönter Häupter nicht gerüstet.

Die Neutralität machte die Stadt Bern neben Paris, Brüssel, Berlin oder St. Petersburg zu 24 einer gern besuchten Konferenzstadt. Die Ministertreffen fanden je nach Anzahl der Teilnehmer im Ständerats- oder Nationalratssaal des 1857 eröffneten alten »Bundesrath-Hauses« (heute Bundeshaus West) statt. Die Staaten beschickten diese Konferenzen mit Fachministern und Fachleuten, nicht aber Staatsoberhäuptern. Im Laufe der Jahre entwickelte sich die Stadt zum Sitz der ersten Verwaltungsunionen (internationalen Organisationen), nämlich der Union der Telegraphenverwaltungen (heute: Internationale Fernmeldeunion, Sitz in Genf), des Weltpostvereins (Sitz noch immer in Bern), des Verbandes für den Eisenbahnfrachtverkehr (Sitz noch immer in Bern), der Union zum Schutz des gewerblichen Eigentums sowie der Union zum Schutz des literarischen und künstlerischen Eigentums (heute: Weltorganisation für geistiges Eigentum, WIPO, Sitz in Genf).⁵⁹

Die Pflege der Aussenbeziehungen war seit 1848 von vitalem Interesse für die Schweiz. Dies 25 zeigt sich darin, dass der gesamte Bundesrat die Aussenbeziehungen besorgte. Das liess sich dadurch erreichen, dass der jährlich neu gewählte Bundespräsident stets Vorsteher des für die Aussenbeziehungen zuständigen Politischen Departements war. Hier bestand folglich ein jährliches Rotationsprinzip, welches mit einer Unterbrechung zwischen 1887 und 1896 (unter Bundesrat Numa Droz) bis zum Ersten Weltkrieg galt.⁶⁰

Der Wert rechtlich geordneter Aussenbeziehungen war der freisinnigen Partei bewusst. 26 Bundespräsident Emil Welti (1825–1899, Bundesrat 1867–1891) verkündete am 24. August 1880 ein aussenpolitisches Credo, das nach wie vor gilt. Er eröffnete in Bern im Nationalratssaal den Kongress der Internationalen Gesellschaft für Reform und Kodifikation des Völkerrechts (seit 1895 »International Law Association«): Der Kleinstaat muss »wünschen, dass in dem Spiel der mannigfachen Kräfte, welche das Leben der Staaten bewegen, das Recht zu seiner ganzen Geltung komme. So sind Ihre Erfolge auch die unsrigen. Je fester Sie die Herrschaft des Rechts begründen, umso besser ist auch unser Haus geschirmt«. ⁶¹ Es waren also nicht militärische Macht, sondern ideelle Werte, welche der Schweiz in

58 Kley, Verfassungsgeschichte, S. 335 m.w.H. Aus dem Besuch resultierte ein Freundschafts- und Handelsvertrag, AS I 194 ff. Der Schah schrieb in seinem Reisetagebuch von diesem Vertrag nichts. Er konnte das schweizerische Regierungssystem nicht verstehen, wie seine Ausführungen zeigen: »The State of the Swiss Confederation is a republic, and they have very strange customs of administration. [...] They have no President-General or Absolute Ruler in any one of the cantons or towns; but, whenever the whole agree together as to any matter, it is put in force; otherwise not«, The Diary of *H. M. Nasir al Din*, The Shah of Persia during his tour through Europe in A.D. 1873 by James William Redhouse, A verbatim Translation, London 1874, S. 277 ff., 287.

59 Kley, Verfassungsgeschichte, S. 336.

60 Kley, Verfassungsgeschichte, S. 297.

61 Hans Weber (Hrsg.), Bundesrat Emil Welti, Aarau 1903, S. 116 f.

- der Welt ein Ansehen und dadurch Anerkennung als Staat verschaffen sollten. Auf dieser Linie fuhr die schweizerische Politik fort. Die hilfreiche Tätigkeit des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz im Ersten Weltkrieg und der Einsatz des US-Präsidenten Woodrow Wilson führten dazu, dass Genf den Sitz des Völkerbunds erhielt.⁶² Auch das 1875 geschaffene ständige Bundesgericht verfolgte in seiner Rechtsprechung von Anfang an eine völkerrechtsfreundliche Haltung.⁶³
- 27 Nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs geriet die Schweiz aussenpolitisch ins Abseits. Als Nichtteilnehmerin des Kriegs war sie zunächst an den Verhandlungstischen unerwünscht. An der beginnenden europäischen Integration beteiligte sie sich nicht und später nur zurückhaltend. Erst mit dem Beitritt zur EFTA, zum Europarat und zur EMRK setzte eine allmähliche Beteiligung ein, die im Bilateralismus mit der Europäischen Union die Gegenwart erreichte. Die Bundesverfassung von 1999 bestätigte die bisherige Praxis der Bundesbehörden und die grundsätzlich völkerrechtsfreundliche Haltung der Schweiz. Diese drückt sich in der Präambel (»Unabhängigkeit und Frieden in Solidarität und Offenheit gegenüber der Welt«), in der Beachtung des Völkerrechts (Art. 5 Abs. 4 BV) sowie in den Zielen der Aussenpolitik gemäss Art. 54 Abs. 2 BV aus. Die von Bundespräsident Welti anvisierten Ziele sind nach wie vor gültig und bilden die Leitlinie der schweizerischen Aussenpolitik.
- 28 Nach dem Zweiten Weltkrieg eröffnete die Behandlung der Rheinau-Initiative in den Jahren 1952 bis 1954 das Thema des völkerrechtswidrigen Volksbegehrens.⁶⁴ Die Bundesversammlung erklärte die Initiative für gültig, obwohl ihre Annahme einen Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Deutschland und eine bereits erteilte gültige Konzession für den Bau eines Kraftwerks tangiert hätte. Das Volk lehnte das Begehren in der Folge ab. Das völkerrechtswidrige Volksbegehren für eine »vernünftige Asylpolitik« (1994) bot Gelegenheit, die Praxis der Bundesversammlung zu entwickeln.⁶⁵ Die Initiative versties gegen das Non-Refoulement-Prinzip, und nach ausgiebiger Diskussion erklärte die Bundesversammlung sie für ungültig. Dies bereitete den Boden für die Normierung des Ungültigkeitsgrundes in den Art. 139 Abs. 3, 193 Abs. 4 und 194 Abs. 2 BV.⁶⁶ Seit 2009 sind weitere Initiativen angenommen worden, die das Völkerrecht tangieren, so die Minarett-, die Ausschaffungs- und die Masseneinwanderungsinitiative.⁶⁷ Im Volk entstand eine breite Debatte über das

62 Kley, Geschichte, S. 134.

63 Kley, Geschichte, S. 129.

64 Kley, Geschichte, S. 331 ff.

65 Botschaft zur Initiative »für eine vernünftige Asylpolitik und gegen die illegale Einwanderung«, BBl 1994 III 1486.

66 Kley, Geschichte, S. 345 m.w.H.

67 Botschaft zur Volksinitiative »Gegen den Bau von Minaretten«, BBl 2008 7603 ff., die am 29.11.2009 angenommen wurde, Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 29.11.2009, BBl 2010 3437 ff.; Botschaft zur Volksinitiative »für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)«, BBl 2009 5097 ff., die am 28.11.2010 angenommen wurde. Botschaft zur »Volksinitiative gegen Masseneinwanderung«, BBl 2013 291, die am 9.2.2014 angenommen wurde.

Problem⁶⁸, und im Parlament ergab sich kein Konsens über dessen Lösung. Eine rechtspopulistische »Selbstbestimmungsinitiative« wollte die Frage des Verhältnisses von Landes- und Völkerrecht zu Lasten des letzteren lösen und hätte damit der völkerrechtsfreundlichen Haltung der Schweiz widersprochen; sie scheiterte klar in der Volksabstimmung vom 25. November 2018.⁶⁹ Damit behält der Bund die grundsätzlich völkerrechtsfreundliche Haltung bei. Der Volksentscheid hat die Debatte beendet und zeigt einen Mechanismus der direkten Demokratie, den Carl Hilty und Fritz Fleiner festgestellt haben, auf: »Nach einer solchen Abstimmung wird es stille«.⁷⁰

VIII. »Eigenheiten« in den Augen der schweizerischen Staatsrechtslehre

Die Eigenheiten der schweizerischen Verfassungsordnung konnten erst nach dem Ersten Weltkrieg die Aufmerksamkeit der Staatsrechtslehrer erregen. Bis dahin herrschte in der Bürgerrechtsgesetzgebung und in der allgemein geteilten Überzeugung die Willensnation – ohne dass dieser Ausdruck ausgesprochen werden musste. Die staatsrechtlichen Autoren des 19. Jahrhunderts behandelten das Thema des inneren Zusammenhalts und der Eigenheiten nicht. Erst die Krise des Ersten Weltkriegs hatte das Thema der Kulturnation gesetzt und nach einer Behandlung verlangt.

Zwei Grosswerke zum schweizerischen Bundesstaatsrecht nehmen sich dieses Themas an, nämlich Fritz Fleiners »Schweizerisches Bundesstaatsrecht« (1923) und Zaccaria Giacomettis Neuauflage (Fleiner/Giacometti, 1949). Fleiner hat die »Grundanschauung des schweizerischen öffentlichen Rechts« dargestellt. Giacometti hat diesen Abschnitt in seiner Überarbeitung vollständig neu geschrieben: »Die Bundesverfassung als Verkörperung der schweizerischen Staatsidee«. Giacometti erkannte diese Verkörperung in leitenden Ideen. Erstens verkörpere die Bundesverfassung eine freiheitliche und föderalistische Staatsidee, die sich in der garantierten individuellen, politischen und genossenschaftlichen (föderalistischen) Freiheit manifestiere. Die freiheitliche Staatsidee bilde mittels der Prinzipien des Rechtsstaates eine unverbrüchliche und gewaltenteilige Ordnung. Zweitens bilde die Eid-

68 Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, Bericht des Bundesrates, BBl 2010 2263 ff. und Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBl 2011 3613 ff.

69 Die »Selbstbestimmungsinitiative«, BBl 2015 1965 ff. wollte die Rangfrage anders als im obiter dictum von BGE 139 I 16 und 31 klären. Sie erklärte die Bundesverfassung, unter Vorbehalt des zwingenden Völkerrechts zur »obersten Rechtsquelle der Schweizerischen Eidgenossenschaft« (Art. 5 Abs. 1 des Entwurfs). Die Initiative scheiterte in der Abstimmung vom 25.11.2018 mit nur 33,8 Prozent Ja-Stimmen. Botschaft zur Volksinitiative »Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)«, BBl 2017 5355 ff.

70 Vgl. *Carl Hilty*, Das Referendum im schweizerischen Staatsrecht, Archiv des öffentlichen Rechts 2 (1887), S. 167 ff. und S. 367 ff., 428; *Fleiner*, Bundesstaatsrecht, S. 315: »Gegen die Wucht, die in einem Volksentscheid liegt, vermag die Opposition hinterher nicht mehr aufzukommen«; siehe *Kley*, Geschichte, S. 100.

genossenschaft eine politische Nation. Sie sei eine Nation verschiedener Sprachstämme im Gegensatz zur Kulturnation, was durch die Nationalsprachen gemäss Art. 116 Abs. 1 BV 1874 sichergestellt werde. Als drittes Element betonte Giacometti die Christlichkeit der Eidgenossenschaft, welche die Verfassung »freilich nur im Rahmen der Religionsfreiheit« anerkenne.⁷¹ Sie ergebe sich aus der Präambel der Bundesverfassung und ihren Vorläufern seit 1291. Für Giacometti machen diese drei Teile das »Wesen der schweizerischen Eidgenossenschaft aus. Denn die föderalistische liberal-demokratische Staatsstruktur erscheint als die einzig mögliche politische Lebensform der Schweiz«.⁷²

- 31 Fritz Fleiner behandelt in seinem Bundesstaatsrecht von 1923 ähnliche Elemente, aber er kommt ohne das Christentum aus. Er geht stattdessen von der rousseauschen Volkssouveränität aus und ergänzt sie mit der Rechtsgleichheit. Fleiner legt dar, wie beide zusammen für die politische Gleichheit sorgen und damit das Staatsvolk in den Staat integrieren. Am Ende fallen in der Schweiz Staat und Gesellschaft zusammen.⁷³ Die Richtung, die die schweizerische Republik einschlägt, ist für Fleiner klar. Da die Mehrheit herrsche, hänge »alles davon ab, von welchem Geiste diese Mehrheit erfüllt« sei.⁷⁴ Sie setze sich »zusammen aus Kleinbauern, Gewerbetreibenden, Kaufleuten, Industriellen usf., somit aus bodenständigen Elementen, für welche eine feste Staatsgewalt und ruhige geordnete Verhältnisse eine Vorbedingung der Existenz« darstellen.⁷⁵ Fleiner, der Mitglied der Freisinnigen Partei war, erwähnt die damals wichtig gewordenen Sozialdemokraten und Kommunisten mit keinem Wort, denn für ihn ist die Schweiz »ein Beispiel dafür, dass die republikanische Staatsform ebenso wenig in einem inneren Zusammenhange steht mit der Revolution, sowie mit dem Sozialismus«.⁷⁶
- 32 Im Folgenden erklärt Fleiner den dreigliedrigen Staatsaufbau mit Gemeinde, Kanton und Bund. Dabei analysiert er die praktischen Auswirkungen der reinen Demokratie. Die Kollegialregierung führe zusammen mit der reinen Demokratie zu einer Koalitionsregierung. Die repräsentative Demokratie sei stets abgelehnt worden: »Die Schweiz ist das am meisten demokratische, aber am weitesten vom Parlamentarismus entfernte Land Europas«.⁷⁷ Sie bestimme die politischen Parteien dafür, die Bürger mit den nötigen Informationen über die Vorlagen zu versorgen. Sodann Sorge die reine Demokratie für eine starke Zentralisierung der Staatsaufgaben beim Bund, und es sei nur eine Antwort auf diese Tatsache, dass die Kantone an ihren Verwaltungskompetenzen festhalten: »unifier, ne pas centraliser«.⁷⁸ In

71 *Giacometti* (Anm. 36), S. 35.

72 *Giacometti* (Anm. 36), S. 35.

73 *Fleiner*, Bundesstaatsrecht, S. 18.

74 *Fleiner*, Bundesstaatsrecht, S. 19.

75 *Fleiner*, Bundesstaatsrecht, S. 19.

76 *Fleiner*, Bundesstaatsrecht, S. 19.

77 *Fleiner*, Bundesstaatsrecht, S. 23.

78 *Fleiner*, Bundesstaatsrecht, S. 24; *Fritz Fleiner*, Zentralismus und Föderalismus in der Schweiz, in: ders. (Hrsg.), *Ausgewählte Schriften und Reden*, Zürich 1941, S. 197 ff., 202; zur Herkunft des Diktums *Andreas Kley*, Verhältnis von Föderalismus und Demokratie, in diesem Werk, Bd. 1, III.4, N. 10.

I. Teil Grundlagen

der Schweiz hingen Bund und Kantone viel enger zusammen, als in den übrigen Gliedstaaten der Welt. Denn die Kantone sind der Rückhalt der Minderheiten und dadurch deren Verteidiger. Föderalismus und Zentralismus seien nur vordergründig Gegensätze. »Blicken wir aber tiefer, so erkennen wir, wie sie sich gegenseitig ergänzen und fördern und wie auf ihrem Zusammenwirken und Einklang die Gesundheit und die Entwicklung beruhen. Hinter Zentralismus und Föderalismus stehen die grossen lebendigen Kräfte unseres öffentlichen Lebens: nationale Einheit, Demokratie und geistige Kultur.«⁷⁹

Giacometti beschreibt die 1949 geltende Bundesverfassung als die einzig mögliche Lebensform für die Schweiz. Fleiner sieht die geltende Ordnung in Bund und Kantonen als die ideale politische Lebensform, weil der Bund nach dem Vorbild der regenerierten Kantone dem individuellen Leben freie Bahn geschaffen habe. »Das Beste und Grösste auf geistigem und wirtschaftlichem Gebiet entspringt auch in der Schweiz der privaten Initiative und dem freien Wirken des Einzelnen.«⁸⁰ Bei beiden Autoren fällt die ausgesprochen prägnante Auseinandersetzung mit den Eigenheiten der Schweiz auf. Die älteren französischsprachigen Werke zum Bundesstaatsrecht stehen in der Tradition Fleiners und Giacomettis.⁸¹ Sie enthalten umfangreiche verfassungsgeschichtliche Einführungen sowie Ausführungen zum Charakter der Bundesverfassung. 33

Das erste moderne Lehrbuch zum Bundesstaatsrecht von Yvo Hangartner (1980/82) behandelt das Thema nicht, wogegen die erste Auflage des »Schweizerischen Bundesstaatsrechts« von Ulrich Häfelin und Walter Haller (1984) in direkter Anlehnung an Giacometti ein eigenes Kapitel aufweist: »Die tragenden Grundwerte der Bundesverfassung«.⁸² Sie behandeln darunter das rechtsstaatliche, demokratische, föderalistische und sozialstaatliche Element. Sie übernehmen also Giacomettis »leitende Ideen«, ersetzen aber das Christentum durch den Sozialstaat. Diese vier Elemente erhalten ein amtliches Siegel, da der Bundesrat in seiner Botschaft zu einer Totalrevision der Bundesverfassung von 1997 exakt die vier Kennzeichen der Eidgenossenschaft von Häfelin/Haller übernimmt: direkte Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Föderalismus sowie Sozialstaatlichkeit.⁸³ In der Folge haben die Autoren der 34

79 Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 25. Georges Werner, *Les caractères dominants du droit public suisse*, Genève 1921 erkennt in Anlehnung an Fleiners Zentralismus (Anm. 78) als Eigenheiten die Verbindung divergierender politischer Kräfte, die direkte Demokratie, die Kollegialregierung sowie die Entwicklung der Justizgarantien in der Bundesgerichtsbarkeit. Siehe zu diesem Aspekt Andreas Kley, *Verhältnis von Föderalismus und Demokratie*, in diesem Werk, Bd. 1, III.4, N. 8.

80 Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 25.

81 Jean François Aubert, *Traité de Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Neuchâtel 1967, S. 1–100 (Geschichte), S. 101–195 (Charakter); Marcel Bridel, *Précis de droit constitutionnel et public suisse*, Introduction historique et première partie: Notions préliminaires et fondamentales, Lausanne 1965, S. 15–94 (Geschichte), S. 95–117 (Charakter); Antoine Favre, *Droit constitutionnel suisse*, 2^{ème} ed., Fribourg 1970, S. 13–34 (Geschichte), S. 35–120 (Charakter und Elemente des Staates).

82 Zürich 1984, S. 42 ff. Diese Elemente haben die Autoren bis zur aktuellen 9. Auflage, Zürich 2019, S. 44 ff. fortgeführt und um die Nachhaltigkeit ergänzt.

83 Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1 ff., 14–17.

schweizerischen Staatsrechtslehrbücher diese als den gesicherten Bestand der schweizerischen Staatsidee aufgenommen und geben sie in ihren Werken einhellig wieder.⁸⁴ Wenn das tatsächlich die massgeblichen Strukturprinzipien sind, so teilt die schweizerische Verfassungsordnung diese mit vielen ausländischen Ordnungen.⁸⁵

- 35 Die aktuelle Staatsrechtslehre formuliert und begründet keine Staatsidee der Schweiz oder staatstragende Werte. Sie versucht auch nicht mehr, den inneren gesellschaftlichen Zusammenhalt der Schweiz zu ergründen. Dieses Thema vermeiden die heutigen Staatsrechtslehrbücher und begnügen sich mit dünnen Worten.⁸⁶ Sie wiederholen meistens die Strukturprinzipien der bundesrätlichen Totalrevisionsbotschaft von 1997 und damit von Häfelin/Haller (1984).⁸⁷ Die heutigen Autoren sehen nicht aus Unvermögen von weiteren Reflexionen ab. Vielmehr steht eine wissenschaftsgeschichtliche Entwicklung seit 1945 dafür Pate, die die Wissenschaft des Staatsrechts zu einer parapositivistischen Rechtsdisziplin macht. Die Sachgebiete der Staatswissenschaften haben sich aus dem Staatsrecht abgespalten.⁸⁸ Deren Gegenstände, etwa Politik, politische Geschichte und Philosophie, Ökonomie oder Statistik sind aus dem Blickfeld der Staatsrechtslehrer verschwunden. Es ist daher folgerichtig, wenn sich die Sozial- und Politikwissenschaft, die Geschichtswissenschaft oder die Philosophie mit den Eigenheiten oder genauer mit der schweizerischen »Staatsidee« beschäftigen.⁸⁹ Die von den Staatswissenschaften befreite Staatsrechtslehre befasst sich lieber mit Normen, Behördenprosa und deren Auslegung und überlässt den politisch-sozialen Kontext, die philosophischen und historischen Grundlagen dieser Normen den anderen Wissenschaftszweigen.⁹⁰

84 *Pierre Tschannen*, Staatsrecht, § 6, S. 81 ff. mit denselben Strukturprinzipien wie sie der Bundesrat wiedergibt; ebenso: *Giovanni Biaggini*, Grundfragen der Verfassungsstaatlichkeit, in: Biaggini/Gächter/Kiener, Staatsrecht, S. 85 f.; *Häfelin et al.*, Bundesstaatsrecht, § 4, S. 44 ff.; *Rhinow/Schefer/Übersax*, Verfassungsrecht, § 2, III.; *Auer/Malinverni/Hottelier*, Droit constitutionnel I, S. 490 ff. N. 1442 behandeln eben diese vier Prinzipien und dazu noch das »principe de l'État national« (N. 1443), »principe de l'État acteur économique« (N. 1448) sowie das »principe de la coopération internationale« (N. 1449); *Belser/Waldmann/Wiederkehr*, Staatsorganisationsrecht, S. 36 ff. wiederholen diese vier Prinzipien und fügen weitere an. Dreizehn Jahre vor der Botschaft zur neuen BV haben diese Prinzipien bereits ausformuliert: *Alois Riklin/Silvano Moeckli*, Werden und Wandel der schweizerischen Staatsidee, in: *Alois Riklin* (Hrsg.): Handbuch Politisches System der Schweiz, Band 1, Bern 1983, S. 9 ff. Sie ersetzen den Föderalismus durch das Element Sicherheit.

85 *Georg Brunner*, Vergleichende Regierungslehre, Paderborn 1979, S. 166, führt diese Strukturprinzipien (ohne den Föderalismus) als »Ordnungsprinzipien« der modernen Demokratien auf; sie entbehren jeglicher schweizerischen Eigenart, weil sie generell vorhanden sind.

86 Selbstverständlich bestätigen Ausnahmen die Regel, wobei Ausnahmen stets in Vorträgen und Artikeln vorkommen, siehe z.B. *Pierre Tschannen*, Wem gehört die Verfassung? Neuer Streit um die Gewaltenteilung, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 2007, S. 793 ff.

87 Siehe die Übersicht in Anm. 84.

88 Im Einzelnen: *Kley*, Geschichte, S. 390 ff.

89 Siehe etwa *Linder/Mueller* (Anm. 17), S. 25 ff. oder *Riklin/Moeckli* (Anm. 84), S. 9 ff.

90 *Kley*, Geschichte, S. 448 zur Redundanz des rechtswissenschaftlichen Schrifttums.

IX. Welche Eigenheiten ragen heraus?

Die in den Abschnitten II. bis VII. dargestellten sechs Eigenheiten besitzen nicht den gleichen Rang. Sie bestehen in der Schweiz, aber etliche kommen auch in anderen Staaten vor (Konsensdemokratie, Föderalismus, Kulturunion), womit es streng genommen keine herausragenden schweizerischen Eigenheiten sind. Ausserdem hat das dreigliedrige Bürgerrecht seine rechtliche und faktische Bedeutung weitgehend eingebüsst, womit es vornehmlich eine Reminiszenz darstellt. Die Kollegialregierung ist zwar einzigartig, aber in den vielen Konsensdemokratien haben sich in den Exekutivgremien von Koalitionsregierungen faktisch kollegiale Verhaltensregeln gebildet. Es stellt sich daher die Frage, welche der dargestellten Eigenheiten aus den demokratischen Verfassungen der Welt herausragen. 36

Die geschichtliche Einleitung seit 1798 hat eine Besonderheit der schweizerischen Verfassungsordnung gezeigt.⁹¹ Die Behördenorganisation des Bundes ist seit 1848 unverändert, mit der Einschränkung, dass die Verfassung von 1874 das Bundesgericht ständig machte. Die drei obersten Organe sind trotz vieler Reformdiskussionen, gescheiterter Reformvorhaben und Volksinitiativen unbestritten. Sie bewiesen im Verlauf ihrer 172-jährigen Geschichte grosse politische und soziologische Stabilität. Die drei obersten Bundesbehörden und die Kantone bilden zusammen die den Staat ausmachende Behördenorganisation des Bundesstaates. Ihre Aufgaben, ihre Arbeitsweise und die Interdependenzen haben sich zwar geändert, aber sie stellen die Ecksteine des schweizerischen Staatsgebäudes dar. Ihr langer und unbestrittener Bestand lässt auf eine faktische Ewigkeitsgarantie schliessen. Alle Vorschläge, die in der Verfassungsdiskussion von 1964 bis 1999 eine grundlegende Umgestaltung der Verfassung vorsahen, waren chancenlos. 37

Die Beständigkeit der Behördenorganisation bildet eine wichtige Voraussetzung für eine konsequent befolgte Spielregel der politischen Kultur der Schweiz: die häufige Einschaltung des Verfassungsgebers.⁹² Die Institutionen sind so stark, dass die Verfassung jedes Jahr mehrere Male geändert werden kann, ohne dass das die Grundfesten des Bundesstaates in Frage stellt. Dabei regeln diese Verfassungsänderungen regelmässig unwichtige Fragen, die man ebenso gut auf Gesetzesstufe ordnen könnte. Die Anrufung des »Souveräns« erhält einen geradezu zivilrituellen Charakter. Dabei ist interessant, dass dafür nicht nur die häufige Einreichung von Volksinitiativen in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs verantwortlich ist, sondern es mindestens ebenso häufig Parlamentsvorlagen sind. 38

Die direkte Demokratie ist in Bund und Kantonen ausgebaut und wird häufig in Anspruch genommen. Hinzu kommen weitreichende Wahlrechte des Stimmvolks auf kantonaler und kommunaler Ebene. Diese Situation besteht seit Beginn des 20. Jahrhunderts. Theodor Curti (1848–1914) stellte 1912 im Aufsatz »Weltgang des Referendums« die These auf, dass die Volksgemeinde und die Volksgesetzgebung »am Anfang der Geschichte aller Völker« ste- 39

91 *Andreas Kley*, Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts von 1798 bis in die Gegenwart, in diesem Werk, Bd. 1, I.3, N. 64 ff.

92 Siehe die Ausführungen bei N. 5.

hen. Curti zeichnete eine über zweitausendjährige Geschichte der Volksgesetzgebung nach und gelangte in das Jahr 1912, in welchem bereits eine grosse Zahl von Staaten erobert worden waren: »[U]nd alles deutet darauf hin, dass (sie ihren) Weltgang siegreich fortsetzen wird.«⁹³ Vor dem Ersten Weltkrieg war dieser Weltgang nur in den USA erfolgreich. Die amerikanische Presse berichtete über die Schweizer Verfassungen mit ihren direkt-demokratischen Rechten.⁹⁴ Die Übernahme dieser Institutionen empfahl sich den US-Gliedstaaten, um der Oligarchisierung der Behörden vorzubeugen. Tatsächlich hatte diese Art von demokratischer Bewegung gegen Ende des 19. Jahrhunderts Erfolg und ergriff etwa die Hälfte der US-Gliedstaaten. In den europäischen Staaten berichteten Wissenschaft und Tagespresse breit über die schweizerischen Entwicklungen.⁹⁵ Der im August 1914 ausgebrochene Erste Weltkrieg beendete diese Diskussionen abrupt und widerlegte Curtis Prognose vom »Weltgang des Referendums«. Von diesem Schlag sollte sich die weltweite Demokratiebewegung nie mehr richtig erholen. Sie wird zwar in der Gegenwart immer wieder diskutiert und zur Verwirklichung empfohlen, allerdings fürchten die repräsentativ demokratischen Herrscher Europas die direkte Demokratie. Damit bleibt die ständig aktive direkte Demokratie der Schweiz und der Hälfte der amerikanischen Gliedstaaten vorerst eine weltweite Singularität. Die repräsentativ organisierten Demokratien bedienen sich damit eines zentralen Effekts direktdemokratischer Beteiligung: Die ständige Debatte um politische Entscheide und politische Fragen bindet die Stimmbevölkerung an den demokratischen Staat und verhindert die Entstehung einer demokratischen Elite, die weiss, was für das Volk gut ist.⁹⁶ Die Prozedur der direkten Demokratie integriert die Stimmbevölkerung mit dem »plébiscite de tous les jours« zu einem politischen Körper, der die Herrschaftsordnung mitträgt.⁹⁷

93 *Theodor Curti*, Der Weltgang des Referendums. Ursprung, Untergang und Wiedergeburt der germanischen Volksfreiheit, Archiv für öffentliches Recht 28 (1912), S. 1 ff. und 44 (beide Zitate).

94 Im Einzelnen mit Nachweisen, *Stefan G. Schmid*, Das Referendum in den USA, Habil., Zürich (MS 2016), Abschnitt III.B., S. 112 ff. m.w.H. und S. 118 zur Zürcher Kantonsverfassung von 1869; siehe den wohl ersten deutschsprachigen Bericht darüber: *Wilhelm Hasbach*, Die neuere Verfassungsentwicklung in den Vereinigten Staaten, Zeitschrift für Politik 7 (1914), S. 49 ff., 71 ff.

95 *Kley*, Geschichte, S. 107 f. m.w.H.

96 *Goran Seferovic*, Volksinitiative zwischen Recht und Politik, Habil. Zürich, Bern 2018, S. 362 f. Bundesrat Alain Berset äusserte sich in der FAZ vom 25.4.2018, Nr. 96, S. 5: »Über Volksinitiativen können die Bürger ein Thema lancieren, das ihnen unter den Nägeln brennt. Und dann schaut das Parlament mit seinen zwei Kammern, was man daraus unter Berücksichtigung der geltenden Verfassung und des Völkerrechts machen kann.« Diese Aussage gibt durchaus nicht die Rechtslage wieder, aber zeigt, in welche Richtung das Bestreben der demokratischen Herrscher neigt.

97 *Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler*, Verfassung, in diesem Werk, Bd. 1, I.1, N. 17.