

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	Föderaliskonzeption 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

Verhältnis von Föderalismus und Demokratie

Andreas Kley

I. Föderalismus ein negativer Begriff?	621
II. Entstehung und Bedeutung der Zwillingsformel »Föderalismus und Demokratie«	625
III. Widersprüche und Entsprechungen zwischen »Föderalismus und Demokratie«	628
IV. Was bleibt von der Zwillingsformel?	637

I. Föderalismus ein negativer Begriff?

Peter Saladin bezeichnete den in den 1960er-Jahren aufkommenden Begriff des »kooperativen Föderalismus«¹ als »unsinnig«, da er einen Pleonasmus darstelle.² Der Föderalismus sei voraussetzungsgemäss kooperativ. Als Importprodukt passe der »kooperative Föderalismus« nicht auf den europäischen Kontinent. Er stamme aus dem amerikanischen Verfassungsrecht, fordere die Milderung des »dual federalism« und lasse sich nicht sinnvoll auf europäische Bundesstaaten übertragen. Der 1937 beim »New Deal« aufgegebenen »dual federalism« trennte die Kompetenzen von Bund und Gliedstaaten klar, wogegen der damals eingeführte »cooperative federalism« auf eine enge Zusammenarbeit der beiden Ebenen setzte. Saladin macht einen wichtigen Hinweis: Im amerikanischen Verfassungsrecht ist nicht nur die Bundesstaatlichkeit wesentlich anders ausgestaltet, die Begrifflichkeit ist diametral entgegengesetzt: Die »Federalists« wünschen eine starke Union und »federalism« bedeutet Zentralismus. Diese Ausdrücke bezeichnen das exakte Gegenteil der deutschen Parallelbegriffe.

Trotz Saladins Kritik hat der Ausdruck in der schweizerischen Staatsrechtslehre einen festen Platz erobert und wird häufig und nach Meinung der Autoren sinnvoll gebraucht.³ Sie verstehen darunter die Instrumente der Zusammenarbeit zwischen den Kantonen sowie den Kantonen und dem Bund. Wenn der Ausdruck also Sinn macht, so muss es auch einen »unkooperativen Föderalismus« geben. Dabei handelt es sich um das Streben nach Eigenstaatlichkeit der Gliedstaaten, das die Zusammenarbeit ablehnt und gegen die Zentralisierung arbeitet. Tatsächlich sticht im deutschen Ausdruck »Föderalismus« der »negative Sinn des Anti-Zentralismus, wenn nicht der partikularistischen Obstruktion« heraus.⁴ Über-

1 Ulrich Häfelin, Der kooperative Föderalismus in der Schweiz, ZSR 1969 II, S. 549 ff., 572.

2 Saladin, Komm. BV 1874, Art. 3, N. 18, 27.

3 Andreas Kley, Grundfragen der Bundesstaatlichkeit, in: Biaggini/Gächter/Kiener, Staatsrecht, S. 134; Tobias Jaag, Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen sowie zwischen den Kantonen, in: ebenda, S. 166; Häfelin et al., Bundesstaatsrecht, N. 1242 ff.

4 Herbert Lüthy, Vom Geist und Ungeist des Föderalismus, in: ders., Essays II, 1963–1990, Zürich 2004, S. 82 ff., 85.

III.4 Föderalismus und Demokratie (Kley)

blickt man die Geschichte des schweizerischen Bundesstaates seit 1848, so waren die Föderalisten stets Gegner des Bundesstaates und versuchten mittels Obstruktion, den Ausbau und das Gedeihen des Bundes zu hintertreiben. Der kooperative Föderalismus akzeptiert also die bundesstaatliche Ordnung und versucht, das Eigenleben der Kantone durch eine verbesserte Zusammenarbeit zu stärken. Vor diesem geschichtlichen Hintergrund handelt es sich um einen sinnvollen Begriff und keineswegs um einen Pleonasmus, eher um ein Oxymoron, da er sich aus widersprechenden Ausdrücken zusammensetzt. Der Verfassungsgeber hat mit Art. 48a BV ein Instrument geschaffen, um den kooperativen Föderalismus zwangsweise auf weitere nicht beitriftswillige Kantone zu erstrecken. Das Instrument hatte bis jetzt keine Anwendungsfälle und ist sogar demokratisch abgesichert. Freilich ist es höchst fragwürdig und zeigt, dass der Föderalismus auch in der Schweiz ein Schattendasein fristet.⁵

- 3 Die anti-zentralstaatliche Bedeutung von Föderalismus in der Schweiz hat die wichtige Konsequenz, dass es keine ausgebaute Föderalistentheorie gibt. In den USA besteht seit Beginn des Bundesstaates wegen des positiven Begriffs »federalism« eine ausgebaute Theorie dieser Staatsform. Sie wurde in den Grundzügen schon in den »Federalist Papers« von Hamilton, Madison und Jay formuliert. Demnach verhindert die grossflächige Union das Übergreifen von egoistischen Faktionen auf die Union. Die Aufteilung in Gliedstaaten erschwert es einer egoistischen Partei, die Macht unionsweit zu ergreifen. Sie kann sich nur in einem oder wenigen Staaten durchsetzen und wird durch andere Parteikonstellationen in den anderen Gliedstaaten in Schach gehalten. Die grössere Distanz der Union zu den Bürgern verhindert es, dass sich eine Kirchturmpolitik in der Union durchsetzen kann. Insgesamt sorgt die Anordnung der beiden Staatsebenen dafür, dass die Politik dank des politischen Pluralismus in der ausgedehnten Republik bessere Ergebnisse erzielt.⁶ Föderalismus im amerikanischen Sinne ist ein positiver Begriff: Der Zusammenschluss zu einer Union dient dem Schutz der Freiheit und der demokratischen Einrichtungen in den Gliedstaaten. Bundesstaat und Demokratie bedingen sich gegenseitig.⁷
- 4 In der schweizerischen Staatsrechtslehre sind zahlreiche Versuche bekannt, eine Föderalistentheorie zu formulieren und die Souveränitätsfrage zu klären. Die Theorien konnten sich aber allesamt nicht durchsetzen.⁸ Der Föderalismus ist als blosser Anti-Zentralismus, den die Gegner des Bundesstaates prägten, nicht theoriefähig. Es handelt sich mehr um einen Kampfbegriff als um ein anerkanntes rechtswissenschaftliches Konzept.
- 5 Ludwig Snell entwickelte eine generische Theorie des Bundesstaates und verwendete die Bundesaufgaben als das entscheidende Kriterium. Er behandelte die bündischen Systeme,

5 Biaggini, Komm. BV, Art. 48a, N. 3 ff.; Giovanni Biaggini, Kooperativer Föderalismus zwischen Freiwilligkeit und Zwang, Jahrbuch des Föderalismus 2007, Baden-Baden 2007, S. 449 ff.

6 Andreas Kley, James Madisons Beitrag in den »Federalist Papers« zum Interessenpluralismus in der Demokratie, LJZ 2002, S. 37 ff., 40 f.

7 Lüthy (Anm. 4), S. 84 f.

8 Bernhard Waldmann, Verfassungsrechtlicher Rahmen des schweizerischen Föderalismus, nur noch Symbolik?, AJP 2013, S. 1332 ff., 1336.

III. Teil Föderalismus

nämlich das Völkerbündnis, den Staatenbund und den Bundesstaat. Die Reihenfolge kennzeichnet die immer stärkere Integration. Die heikle Frage der Doppelsouveränität beim Staatenbund und beim Bundesstaat erörterte er nicht.⁹ Weitere Autoren folgten dieser Entwicklungstheorie, freilich mit anderen Begriffen, und auch sie liessen die Souveränitätsfrage offen, nachdem die Bundesverfassungen von 1848, 1874 und 1999 in Art. 3 den Kantonen Souveränität zugesprochen hatten: »Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist«. Fritz Fleiner sprach in seinem »Bundesstaatsrecht« von 1923 trotz Art. 3 BV 1874 dem Bund die volle Souveränität zu, weil nicht der Bund, wohl aber die Kantone »an allen Stellen ihrer Existenz« auf Schranken stossen, die ihnen vom Bundesrecht gezogen worden sind.¹⁰ Hans Nawiasky vertrat eine Kompromisslösung, indem er den dreigliedrigen Bundesstaat entwickelte. Dieser besteht aus den Gliedstaaten, dem Bund und dem Gesamtstaat.¹¹ Zaccaria Giacometti sprach den Kantonen jegliche Staatlichkeit ab und behandelte sie als reine Selbstverwaltungskörper, wie etwa die Gemeinden. In seiner Theorie existiert gar kein Föderalismus, vielmehr ist die Schweizerische Eidgenossenschaft nichts anderes als ein dezentralisierter Einheitsstaat.¹² Faktisch versuchte er, den Föderalismus zu retten, indem er wegen der Mitwirkungsrechte der Kantone einen anderen Bundesstaatsbegriff erwog, mit welchem man die Eidgenossenschaft doch als Bundesstaat bezeichnen dürfe.¹³ Diese Überlegungen offenbarten, dass der Föderalismusbegriff ein Kampfinstrument gewesen ist, zu dessen Inhalt keinerlei Konsens vorlag. Der Unterschied zum Föderalismusbegriff der amerikanischen Union könnte nicht grösser sein.

Der in der Schweiz fehlende Konsens zu einer Theorie des Föderalismus beruht auf den völlig anderen Voraussetzungen der Bildung der modernen Schweiz. Der moderne ab 1848 wirksame Bundesstaat beruht nicht auf einem freiwilligen Beitritt der Gliedstaaten zu einer perfekteren Staatsform, sondern auf Fremdbestimmung. Das System des Bundesvertrages von 1815 hatte der Wiener Kongress den Kantonen gegen ihren Willen aufgezwungen.¹⁴ Der dringend notwendigen Reform des Bundesvertrages war 1847 ein Bürgerkrieg vorausgegangen, und die neue Bundesverfassung galt kraft des Mehrheitsbeschlusses, der dem Bundesvertrag widersprach. Die Gegner des Bundesstaates versuchten durch obstruk-

9 Ludwig Snell, Handbuch des schweizerischen Staatsrechts, Erster Band, 2. Lieferung, Vorwort, Zürich 1837, S. XX–XLVII; später: [Ludwig Snell], Leitende Gesichtspunkte für eine schweizerische Bundesrevision, mitgeteilt vom Zentralcomite des Schweizerischen Volksvereins, Bern, 5.3.1848.

10 Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 53, die Theorie ist entwickelt auf den S. 36–41, 51–54.

11 Hans Nawiasky, Aufbau und Begriff der Eidgenossenschaft, Eine staatsrechtliche Betrachtung, Veröffentlichungen der Handels-Hochschule St. Gallen, Heft 11, St. Gallen 1937, S. 24 ff.; Hans Nawiasky, Allgemeine Staatslehre, Teil 3, Einsiedeln u.a. 1956, S. 150 ff., 150, 161; Andreas Kley, »Das Leben als Werk«, Der Staatsrechtslehrer Yvo Hangartner (1933–2013), Zürich 2015, S. 31 ff.

12 Zaccaria Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, S. 45; dazu Andreas Kley, Von Stampa nach Zürich, Der Staatsrechtler Zaccaria Giacometti, sein Leben und Werk und seine Bergeller Künstlerfamilie, Zürich 2014, S. 290, 317 f.

13 Giacometti (Anm. 12), S. 48.

14 Kley, Verfassungsgeschichte, S. 270 ff. m.w.H.; Lüthy (Anm. 4), S. 88 und Andreas Kley, Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts von 1798 bis in die Gegenwart, in diesem Werk, Bd. 1, I.3, N. 13.

III.4 Föderalismus und Demokratie (Kley)

tiven Einsatz der Mitwirkungsrechte den Ausbau des Bundes zu verhindern. Sie schoben föderalistische Argumente vor. Der negative Föderalismusbegriff war damit wirkungsvoll zum Einsatz gekommen. Dieser ist vor dem Hintergrund der im 19. Jahrhundert allgemein geteilten Ansicht zu sehen, dass der schweizerische Bundesstaat auf dem Weg zum Einheitsstaat sei.¹⁵ Die Auflösung der Kantone war aus der Sicht der Zeitgenossen nur eine Frage der Zeit, und umso heftiger war die Obstruktion, die etwa 1884 im sogenannten »vierhöckrigen Kamel« einen politischen Sieg davontrug.¹⁶ Dabei scheiterten vier kleine Zentralisierungsvorlagen in einer Referendumsabstimmung.¹⁷ Die Föderalisten oder genauer die Anti-Zentralisten siegten und verwarfen die Reorganisation des Justiz- und Polizeidepartements mit einem eidgenössischen Sekretär, die Patenttaxen für Handelsreisende, den Ausbau des Bundesstrafrechts und einen Beitrag für die Kanzleikosten des schweizerischen Gesandten in Washington, D.C. von Fr. 10 000. Auf den Referendumsbögen waren alle vier Gesetze und Beschlüsse zusammen aufgeführt, sodass jede Unterschrift für alle vier Vorlagen galt.¹⁸ Die Bundesbehörden akzeptierten diese Erleichterung der Unterschriftensammlung stillschweigend. Die Anti-Zentralisten feierten einen grossen politischen Erfolg.

- 7 Freilich vermittelt der Föderalismus als blosse Negation des Bundes keine politischen Inhalte, die in die Zukunft weisen. Der Föderalismus konnte in kein Verhältnis zur Demokratie treten. Die beiden Begriffe standen beziehungslos nebeneinander. Es bestand nur die Chance eines Verhältnisses der beiden Prinzipien, indem im Kampf um Föderalismus versus Zentralismus die Demokratie auf der einen oder anderen Seite als Argument auftauchte. Die Lage verkompliziert sich noch, wenn man anerkennt, dass sich im Bundesstaat zwei demokratische, nämlich zentralstaatliche und gliedstaatliche Subjekte gegenüberstehen. Bei dieser Betrachtung kann das Demokratieprinzip an sich nicht entscheiden, wie dieser Konflikt aufgelöst werden sollte. Das Problem lässt sich nicht aus einem abstrakten Verhältnis zwischen Föderalismus und Demokratie lösen, vielmehr sind je nach Gemeinwesen institutionelle Lösungen zu suchen.¹⁹

15 *Peter Conradin von Planta*, Die Schweiz in ihrer Entwicklung zum Einheitsstaate, Zürich 1877; *Anton Philipp von Segesser*, Ein Rückblick als Vorwort, in: Sammlung kleiner Schriften, 3. Band, Bern 1879, S. V–XXXX, XXXVI, und: *ders.*, Über das Project einer partiellen Bundesrevision, Abhandlung über das Revisionsprogramm des Herrn Dubs, Mai und Juni 1865, in: ebenda, S. 222–242, 239; *Dietrich Schindler*, Entwicklungstendenzen des Schweizerischen Föderalismus, Schweizer Monatshefte 1959–1960, S. 697 ff., 697.

16 *Kley*, Geschichte, S. 110 m.w.H.; *Dieter Freiburghaus/Felix Buchli*, Die Entwicklung des Föderalismus und der Föderalismusdiskussion in der Schweiz von 1874 bis 1964, *Swiss Political Science Review* 2003, S. 29 ff., 37; siehe ferner *Andreas Kley*, Eigenheiten des schweizerischen Verfassungsrechts, in diesem Werk, Bd. 1, I.4, N. 11.

17 AS VII 434 ff. (Referendumsanordnung) und 467 ff. (Ergebnisse).

18 Kreisschreiben des Bundesrathes an sämtliche eidgenössische Stände, betreffend die Volksabstimmung über zwei Bundesgesetze und zwei Bundesbeschlüsse, vom 11. und 19. Dezember 1883 (Vom 20.3.1884.), BBl 1884 II 100 f. = AS VII 434 ff.

19 *Christoph Möllers*, Multi-Level Democracy, *Ratio Juris* 2011, S. 247 ff.

Der Berner Korrespondent des Journal de Genève widersprach 1896 in einem Beitrag einem Autor, der die These aufstellte, dass die direktdemokratisch organisierten Kantone dem Zentralismus zuneigten und für zusätzliche Bundeskompetenzen einträten. Demnach sind direkte Demokratie und Zentralismus gleichläufig. Der Korrespondent schrieb zum Autor der These: »[I]l verrait que parmi les cantons les plus fédéralistes et qui ont conservé le plus d'intérêt pour leur vie politique cantonale, on trouve précisément ceux dans lesquels les droits démocratiques sont le plus développés. Il suffit de citer les cantons à landsgemeinde de la Suisse centrale, le canton si intéressant des Grisons, où fédéralisme et démocratie sont synonymes.«²⁰ Damit ist, soweit ersichtlich, früh das Thema in Form einer These und Gegenthese angesprochen worden. Diese Debatte traf in der Deutschschweiz nicht auf Widerhall. Es sollte zwei bis drei Jahrzehnte dauern, bis sie unter anderem Vorzeichen in der Öffentlichkeit auftauchte. Fritz Fleiner bestätigte sie 1917.²¹ Die in den 1930er-Jahren wirksame geistige Landesverteidigung wollte Föderalismus und Demokratie zu einer untrennbaren, typisch schweizerischen Erscheinung verschmelzen.

II. Entstehung und Bedeutung der Zwillingsformel »Föderalismus und Demokratie«

Der Ausdruck »Föderalismus und Demokratie« kommt in dieser festen Reihenfolge in der juristischen, politikwissenschaftlichen und politischen Literatur sowie in politischen Reden vor. Es handelt sich um einen stehenden Ausdruck, der sprachwissenschaftlich als *Zwillingsformel* zu qualifizieren ist. Typischerweise stellen diese Zwillingsformeln oft rhetorische Stilfiguren wie das Oxymoron oder den Pleonasmus dar.

Der Ausdruck »Föderalismus und Demokratie« erscheint als Zwillingsformel in der deutschsprachigen Presse der Schweiz erst in den 1930er- und 1940er-Jahren und in der französischsprachigen Presse etwa zehn Jahre früher.²² Er kommt übrigens in beiden Sprachen in beiden Reihenfolgen vor; häufiger ist in beiden Sprachen die Zwillingsformel »Demokratie und Föderalismus«. Das Aufkommen der Formel in dieser Zeitspanne ist kein Zufall; die Formel hängt mit der geistigen Landesverteidigung zusammen²³ und stellt wie schon im 19. Jahrhundert einen Abwehrbegriff dar.²⁴ 1938 anerkannten Volk und Stände

20 Journal de Genève vom 7.2.1896, S. 1.

21 Vgl. N. 26.

22 In der Datenbank der NZZ gibt es seit 1946 37 Treffer zu »Föderalismus und Demokratie« mit einer Häufung ab 1990 und 94 Treffer seit 1943 zum umgekehrten Ausdruck. In der Datenbank des Journal de Genève bzw. der Gazette de Lausanne sind die Zahlen ähnlich, nur setzt die Formel erstmals 1896 und dann regulär in den 1920er-Jahren ein. Erste selbständige Publikationen: *Georg Messmer*, Föderalismus und Demokratie, Diss. Zürich 1946; *Werner Näf*, Föderalismus und Demokratie in der Schweiz, Freiburg i. Br. 1947.

23 *Freiburghaus/Buchli* (Anm. 16), S. 40, 43 f., 50 f., 55.

24 In der Sache trifft dies allerdings nur begrenzt zu, weshalb sich der Ausdruck niemals mit den »fremden Richtern« des Bundesbriefs von 1291 messen kann. In der eigentlichen Bibel der geistigen Landesverteidigung, dem sog. »Zivilverteidigungsbüchlein« (Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, Hrsg.,

III.4 Föderalismus und Demokratie (Kley)

das Rätoromanische als Amtssprache,²⁵ wodurch sich die Schweiz offiziell als Land der vier Kulturen bezeichnen durfte. Im gleichen Jahr beantragte der Bundesrat beim Parlament die Annahme eines Bundesbeschlusses über Schweizerische Kulturwahrung und Kulturwerbung, den das Parlament am 5. April 1939 annahm.²⁶ Damit erhielt die geistige Landesverteidigung eine Rechtsgrundlage. Nach der Botschaft bestand das »geistige Antlitz« der Schweiz aus drei Elementen: (1) der Zugehörigkeit des Landes zu drei grossen geistigen Lebensräumen des Abendlandes, (2) der Bündischen Gemeinschaft, Eigenart und Eigenwert der eidgenössischen Demokratie und schliesslich (3) der Ehrfurcht vor der Würde und Freiheit des Menschen.²⁷ Die vom katholisch-konservativen, sozusagen anti-zentralistischen Bundesrat Philipp Etter verfasste²⁸ Botschaft fügte zu Punkt (2) die Zwillingsformel hinzu. Das war der Ausgangspunkt für den Aufstieg der Zwillingsformel, die als eine Mission der Schweiz für Europa gelten sollte. Denis de Rougemont (1906–1985) verbreitete diese Formel mit seiner Föderalismuslehre in ganz Europa.²⁹ Er führte die Ideen der geistigen Landesverteidigung aus und sah die Schweiz als die »Wahrerin einer entscheidenden Formel«,³⁰ nämlich der Verbindung freier Gemeinden mit dem Föderalismus. Sie müsste diese Formel Europa mitteilen. Nach dieser Vorstellung ist die Schweiz die Lehrmeisterin, die den europäischen Staaten Unterricht zum Thema »Föderalismus und Demokratie« erteilt. Die Schweiz sieht sich als Beispiel einer Vereinheitlichung ohne Zentralisierung: »unifions au lieu de centraliser«. Die Besonderheit der Formel besteht im Versprechen, Eigenheiten zu respektieren und trotzdem für eine Vereinheitlichung zu sorgen. Das Bundesrat Louis Ruchonnet zugeschriebene Bonmot ist ein rhetorisch geschickt überbrückter Widerspruch, denn das Versprechen lässt sich nicht einlösen.³¹

- 11 Die Zwillingsformel »Föderalismus und Demokratie« fand ab den 1960er-Jahren, vor allem aber seit 1989 mit der zunehmenden Wirksamkeit der Institutionen der europäischen Integration in Zeitungsbeiträgen, Parlamentsdebatten und Botschaften des Bundesrates Wiederhall. Die Formel verbindet inhaltlich Abwehr und Sendung. Sie behauptet eine schweizerische Mission für Europa in dem Sinne, dass eine Teilnahme der Schweiz an der Europä-

1969) erscheint die Zwillingsformel nicht. Dafür aber findet sich ein grosses Lob auf den Föderalismus (S. 23), weniger auf die nur beiläufig erwähnte Demokratie (S. 18, 20, 23, 231, 237).

25 AS 1938 197, Ergänzung von Art. 116 aBV.

26 AS 1939 416.

27 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Organisation und die Aufgaben der schweizerischen Kulturwahrung und Kulturwerbung, BBl 1938 II 985 ff., 998.

28 Die Botschaft gleicht der Rede: Geistige Landesverteidigung, Vortrag von Bundesrat Philipp Etter vom 29. Januar 1937 bei einer Versammlung des vaterländischen Verbandes des Kantons Bern in Bern, Monatsschrift des Schweizerischen Studentenvereins, 81. Jahrgang der Monatsrosen 1936/37, S. 250 ff.

29 *Freiburghaus/Buchli* (Anm. 16), S. 44.

30 *Denis de Rougemont*, *Die Schweiz, Modell Europas. Der schweizerische Bund als Vorbild für eine europäische Föderation*, Wien/München 1965, S. 232 f., 258.

31 *Charles Cornaz-Vuillet*, *Un homme d'état suisse: Louis Ruchonnet: la vie d'un grand citoyen*. Lausanne 1896, S. 195; es wird auch in der Politik gerne zitiert, AB 1928 N 55.

III. Teil Föderalismus

ischen Integration erst dann in Frage kommt, wenn Europa die schweizerische Sendung angenommen hat. Dies zeigt sich etwa in den Debatten der Bundesversammlung. Die Freisinnig-Demokratische Fraktion der Bundesversammlung erklärte am 3. Oktober 1991: »Mit oder ohne Beitritt zu EWR oder EG müssen wir Wege und Mittel finden, um bei der Europadiskussion dabei zu sein und unsere Auffassungen und Erfahrungen über Föderalismus und Demokratie einzubringen.«³²

Die Zwillingsformel war und ist als Mission im Ausland wenig effektiv. Die Mitglieder der Europäischen Union akzeptieren die Schweiz nicht als Lehrmeisterin in Sachen Demokratie und Föderalismus. Denn die durch einen glatten Widerspruch gelähmte Formel ist durch und durch von der geistigen Landesverteidigung geprägt, weshalb sie sich gar nicht an das Ausland, sondern primär an die eigene Bevölkerung wendet. Sie will nicht Europabegeisterung verbreiten, sondern das nationale Bewusstsein und den *inneren Zusammenhalt* stärken. Die Zwillingsformel ist neben anderen Werkzeugen der einstigen geistigen Landesverteidigung, wie etwa die »fremden Richter«, die Geschichte des Wilhelm Tell oder der Rütlichschwur, nach innen gerichtet. Ihre vermeintliche Aussenwirkung dient dazu, ein kollektives Gefühl der Zusammengehörigkeit und der Abgrenzung nach aussen zu erzeugen. Sie sucht die Bevölkerung mit der Schaffung einer geistigen Gemeinschaft davon zu überzeugen, dass die Schweiz mit der Verbindung von Föderalismus und Demokratie eine herausragende Staatsform geschaffen habe.

Für den inneren Zusammenhalt genügt die blossе Gemeinsamkeit der Interessen nicht, es braucht zusätzlich die *Gefühlsseite*, die Seele und Körper anspricht.³³ Die geistige Gemeinsamkeit besteht nach Ernest Renan (1823–1892) aus zwei Bestandteilen, die eigentlich eins sind. Sie setzt sich aus dem »gemeinsamen Besitz eines reichen Erbes an Erinnerungen« sowie dem gemeinsamen Wunsch zusammenzuleben, um »das Erbe hochzuhalten, welches man ungeteilt empfangen hat«, zusammen.³⁴ Die Schweiz pflegt die Erfahrungen mit den europäischen Grossmächten des 19. Jahrhunderts, so etwa 1813 bis 1815 und 1848. Diese Erfahrungen lehrten sie, zu den grossen europäischen Staaten Distanz zu halten. Die Schaffung der modernen Schweiz mit den Schicksalsjahren 1798, 1803 und 1815 gelang nur dank massiver Interventionen der europäischen Grossmächte. Die Schweiz stand bis nach der Gründung des Bundesstaates in gewisser Weise unter deren Vormundschaft und reagierte entsprechend mit Abwehr.³⁵ Die Zwillingsformel »Föderalismus und Demokratie«, welche die europäische Integration abwehrt, ist nichts anderes als ein perpetuierter Reflex der Geschichte des 19. Jahrhunderts.

32 AB 1991 N 1907. Ähnlich etwa die Motion Obrecht, Totalrevision der Bundesverfassung, AB 1966 S 168, 172 oder Motion von Ständerat Cottier, Erneuerung des Föderalismus, AB 1995 N 511–514 sowie zahlreiche weitere parlamentarische Voten und Instrumente.

33 Ernest Renan, Was ist eine Nation? Vortrag an der Sorbonne, gehalten am 11. März 1882, in: *ders.*, Was ist eine Nation und andere politische Schriften, Wien/Bozen 1995, S. 41 ff., 55.

34 Renan (Anm. 33), S. 56; Aubert, Bundesstaatsrecht I, N. 533, der im Föderalismus eben diese Funktion sieht.

35 Kley, Verfassungsgeschichte, S. 266 ff.

III.4 Föderalismus und Demokratie (Kley)

- 14 Föderalismus und Demokratie erschöpfen sich allerdings nicht in der Abwehr europäischer Ideen, denn sie bilden eine geistige, gefühlsmässige Entität. In dieser besteht die Eigenart des schweizerischen Bundesstaates. Diese Eigenart kann man, wie noch zu zeigen sein wird, tatsächlich erklären. Sie besteht in der kreativen Rezeption ausländischer, vor allem französischer Verfassungselemente, welche die bundesstaatliche Ordnung der Schweiz ausmachen.

III. Widersprüche und Entsprechungen zwischen »Föderalismus und Demokratie«

- 15 Die Zwillingsformel dient Integrationszwecken und hat deshalb einen nebulösen politischen Gehalt. Der Architekturjournalist Benedikt Loderer äusserte sich in einem Interview über das gegensätzliche Verhältnis von Föderalismus und Demokratie: »In der Schweiz glaubt man, dass Föderalismus und Demokratie dasselbe sind. Dabei ist der Föderalismus undemokratisch wie kaum etwas. Er verteidigt die Vorrechte der Alteingesessenen. Das hat mit gleichen Rechten für alle Bürger nichts zu tun.«³⁶ Loderers Kritik übersieht die Tatsache, dass die Bürger der Schweiz Mitglieder *dreier* Kollektive sind, die notwendigerweise Unterschiede voraussetzen. Im Kern hat Loderer aber Recht, denn begrifflich gesehen hat der Föderalismus mit der Demokratie kaum etwas gemein. Der Föderalismus ist nicht an die Demokratie gebunden, wie historische Modelle zeigen, und die Demokratie ist ohne den Föderalismus denkbar und kommt auch ohne diesen vor, wie das französische oder englische Staatsmodell zeigen.
- 16 Loderer macht mit seinem negativen Föderalismusverständnis auf ein gravierendes methodisches Problem aufmerksam: Worin besteht das gemeinsame föderalistische Interesse der Kantone? Gibt es überhaupt einheitliche Interessen der Kantone? Diese Interessen mag es »in kultur- oder regionalpolitisch geprägten Dossiers geben«.³⁷ Den Beweis für regionalpolitische Interessen haben die Kantone Tessin und St. Gallen geliefert, als sie mittels geschickter Koalition von Kantonen dafür sorgten, dass die neu geschaffenen unteren Bundesgerichte ihren Sitz in Bellinzona anstatt in Aarau (Bundesstrafgericht) und in St. Gallen anstatt in Freiburg (Bundesverwaltungsgericht) erhielten.³⁸ Man darf annehmen, dass es, abgesehen von den erwähnten eng begrenzten Bereichen, keine föderalistischen Interessen der Kantone gibt.
- 17 Jean-François Aubert sieht zwischen Demokratie und Föderalismus Widersprüche. Die heutige Demokratie der Schweiz basiert auf der Mehrheitsregel: Demokratische Entscheidungen werden vom grösseren Teil der Stimmenden, der Mehrheit, getroffen.³⁹ Für die

36 Heimatschutz/Patrimoine 2010, S. 4 ff., 5.

37 *Tschannen*, Staatsrecht, § 32, N. 4.

38 NZZ vom 8.3.2002, Nr. 56, S. 11; 20.3.2002, Nr. 66, S. 17; 29.5.2002, Nr. 121, S. 14; 14.6.2002, Nr. 135, S. 13; 21.6.2002, Nr. 141, S. 17; Botschaft zum Sitz des Bundesstrafgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts (Zusatzbotschaft zur Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege) vom 28.9.2001, BBl 2001 6049 ff.

39 *Aubert*, Bundesstaatsrecht II, N. 1066.

III. Teil Föderalismus

Verfassungsrevision ist eine qualifizierte Mehrheit erforderlich. Will sie erfolgreich sein, so muss nicht nur die Mehrheit der Stimmenden, sondern die Mehrheit der Kantone zustimmen.⁴⁰ Das bedeutet, dass die negative Antwort der Kantone auf die Abstimmungsfrage höher gewichtet wird als die Zustimmung des Volkes.⁴¹ Damit entsteht zwischen Föderalismus und der demokratischen Mehrheitsregel auf Bundesebene ein (gewollter) Widerspruch.⁴² Dieser erhält eine staatspolitische Komponente, weil zwischen der Bevölkerungszahl der einzelnen Kantone erhebliche Unterschiede bestehen. Die kleinen Kantone zählen bei der Abgabe der Standesstimme (wie auch bei der Wahl der Ständeräte) gleich viel wie die grossen Kantone. Sie haben somit gemessen an ihrer Bevölkerungszahl einen ungleich grösseren Einfluss auf den Ausgang von Abstimmungen, die die Zustimmung der Stände erfordern (Art. 140 Abs. 1 BV). Von 1848 bis heute gab es zwölf Kollisionen von Volks- und Ständemehr. In drei Fällen stimmten nur die Kantone zu, und in neun Fällen stimmte nur das Volk zu.⁴³ Dieser Widerspruch zwischen Föderalismus und Demokratie ist gewollt: Die Bundesverfassung von 1848, die in diesem Punkt nicht geändert wurde, wollte den Kantonen ein föderalistisches Verteidigungsmittel gegen die Zentralisierung bieten. Die Kantone haben mit der Standesstimme ein Mittel zur Hand, das die vom Volksmehr ermöglichte Entwicklung in Richtung Zentralisierung stoppt. Die Kantone bestanden schon vor 1848, währenddessen die Bundesverfassung von 1848 das schweizerische Volk als Verfassungsorgan schuf. Die schon bestehenden Kantone traten unter der Bedingung ihres Fortbestehens in den 1848 erneuerten Bund ein. Zwar könnte die Standesstimme abgeschafft werden, aber nach den zerstörerischen Erfahrungen der Helvetik und der langen Tagsatzung hat sich im kollektiven Bewusstsein dieses Versprechen eingebrannt, dass kein Kanton oder der Föderalismus von einer alleinigen Mehrheit der Stimmberechtigten der gesamten Schweiz aufgelöst werden darf.⁴⁴ Das Erfordernis des Ständemehrs ist das mit Abstand wirksamste Mittel der Kantone zu ihrer Behauptung im Bundesstaat. Es ist deshalb aus föderalistischer Perspektive gesehen konsequent, dass die Gesetzesinitiative im Bund nicht ermöglicht wor-

40 Die BV 1999 und die BV 1874 bestimmen die Mehrheit der Kantone, indem sie das Ergebnis der Volksabstimmung als dessen Standesstimme bezeichnen (Art. 142 Abs. 3 BV, Art. 123 Abs. 3 BV 1874). Die BV 1848 überliess gemäss Art. 1 der ÜBest. die Festlegung der Standesstimme den Kantonen. Die meisten Kantone anerkannten das Ergebnis der Volksabstimmung, die nicht überall am gleichen Tag stattfinden musste, als Standesstimme. Einzelne Kantone sahen besondere Volksbeschlüsse vor, das Tessin die Abgabe der Standesstimme durch den Grossen Rat (*His*, Geschichte III, S. 92 und 99). Im Tessin verwarf das Volk die Bundesverfassung von 1874, während der Grosse Rat sie mit der Standesstimme annahm, *His*, Geschichte III, S. 100, Fn. 319. Bei der abgelehnten Verfassung von 1872 haben verschiedene Kantone gesonderte Standesstimmen abgegeben, Botschaft des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung, betreffend die Abstimmung vom 12.5.1872 über die revidierte Bundesverfassung, BBl 1872 II 358 ff., 368 f.

41 *Aubert*, Bundesstaatsrecht II, N. 1067.

42 Dieser Widerspruch wird ferner durch die Tatsache »gepolstert«, dass die Meinungsbildung der Kantone ja ebenfalls demokratisch zustande kommt. Auch hier zeigt sich die in N. 7 erwähnte Aporie.

43 *Kley*, St. Galler BV Komm., Art. 142, N. 11.

44 *Aubert*, Bundesstaatsrecht II, N. 1069.

den ist, weil die Kantone dann keine Standesstimme abgeben können.⁴⁵ Sie wären diesfalls einer gesetzgeberischen Zentralisierung ausgeliefert.

- 18 Das Referendum von acht Kantonen gemäss Art. 141 Abs. 1 BV kam nur einmal, beim »Steuerpaket«, einem Mantelerlass betreffend Ehe-/Familienbesteuerung, Wohneigentumsbesteuerung sowie Stempelabgaben, zustande⁴⁶ und war erfolgreich. Die Konferenz der Kantone (N. 23) koordinierte die Beschlüsse der Kantone auf Ergreifung des Referendums. Die Stimmbürger lehnten die Gesetzesvorlage am 21. Mai 2004 mit 65,9 Prozent Nein-Stimmen ab.⁴⁷ Der Kanton Tessin beschloss 1981 als erster Kanton überhaupt ein Kantonsreferendum gegen eine Revision des Schweizerischen Strafgesetzbuches betreffend Gewaltverbrechen.⁴⁸ Er fand keine Mitstreiter, sodass das Referendum nicht zustande kam und das revidierte Gesetz in Kraft trat.⁴⁹ Das Kantonsreferendum ist faktisch unwirksam und stellt kein Mittel zur Verteidigung des Föderalismus dar.⁵⁰ Ein wirksames Mittel ist vielmehr das präventiv wirkende *Vernehmlassungsverfahren*. Die Kantone geben stets ihre Meinung zu Vorhaben des Bundes bekannt. Das Vernehmlassungsverfahren⁵¹ hat eine erhebliche Bedeutung. Diese wird dadurch unterstrichen, dass zum Teil nicht nur die Kantonsregierung, sondern auch der Grosse Rat⁵² oder sogar ausnahmsweise das Volk⁵³ zuständig sind. Das Vernehmlassungsverfahren macht das Kantonsreferendum weitgehend überflüssig.
- 19 Die anderen Instrumente, wie etwa die Einrichtung des Ständerates mit »46 Abgeordneten der Kantone« (Art. 150 Abs. 1 BV), haben sich angesichts des Instruktionsverbotes des Art. 161 Abs. 1 BV als unwirksame Mittel des Föderalismus erwiesen. Solange sich die Ständeräte – noch im Anschluss an die Tradition der Tagsatzung – als Vertreter der Kantone (mit der gleichzeitigen Funktion als kantonale Regierungsmitglieder) verstanden haben,⁵⁴

45 Wirz (Anm. 62), S. 18.

46 BBl 2003 4498 ff. (Vorlage) und 2003 7056 ff. (Zustandekommen des Referendums).

47 BBl 2004 3449 ff.

48 BBl 1982 I 492 ff.

49 AS 1982 1539 ff.

50 Hans-Urs Wili, Kollektive Mitwirkungsrechte von Gliedstaaten in der Schweiz und im Ausland, Diss. Bern 1988, S. 320 ff., 341 ff., der in diesem Instrument noch ein gewisses Potential sieht.

51 Art. 147 BV sowie Bundesgesetz über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsgesetz, VIG, SR 172.061). Die erste Vernehmlassung fand wohl 1873 anlässlich einer Gesetzesrevision (gemeindeweise Durchführung der eidgenössischen Wahlen) statt (BBl 1873 III 478 f.) und richtete sich an die Kantone; siehe zum allmählichen Ausbau dieses wichtigen Instruments Kley, Verfassungsgeschichte, S. 405 m.w.H.

52 § 82 Abs. 1 Bst. c KV AG, Art. 79 Abs. 1 Bst. c und Art. 90 Bst. e KV BE, Art. 84 Bst. n und Art. 92 Abs. 2 Bst. n KV JU, Art. 61 Abs. 1 Bst. c und Art. 74 Bst. c KV NE, Art. 76 Abs. 1 Bst. h KV SO, Art. 70 Bst. i KV TI, Art. 38 Abs. 3 KV VS (Atomanlagen).

53 Hangartner/Kley, Demokratische Rechte, N. 1968 ff. Z.B. Art. 52 Ziff. 5 KV NW (obligatorisches Referendum über die Vernehmlassungen des Regierungsrates zu Atomanlagen), Art. 33 Abs. 1 Bst. f KV ZH (fakultatives Referendum betreffend Lebensgrundlagen).

54 Aubert, Bundesstaatsrecht II, N. 1291 ff.

III. Teil Föderalismus

kam die Interessenvertretung soziologisch zum Zug: So waren 1848 die Hälfte der Ständeräte gleichzeitig Mitglieder der Kantonsregierung.⁵⁵ Die Stellung der Ständeräte hat sich seit 1848 grundlegend verändert. Aktuell sind sie vom Volk gewählte Abgeordnete des Kantonsvolkes (wie die Nationalräte, die in den Wahlkreisen, d.h. den Kantonen gewählt werden) und nehmen wie die Nationalräte persönliche, parteiliche und Gruppeninteressen wahr.

Der Ständerat hat sich aus vielerlei Gründen zu einer reinen Volkskammer entwickelt. 1918 schaffte der Verfassungsgeber die Bundeswahlkreise ab und ersetzte diese für die Nationalratswahlen durch die Kantone. Damit rekrutieren sich National- und Ständerat aus den gleichen Wahlkreisen. Das kantonale Recht, das die Wahlen der Ständeräte bestimmt (Art. 150 Abs. 3 BV), glich sich an und erreicht aktuell ein fast einheitliches gemeineidgenössisches Niveau, was etwa das Verfahren und die Termine anbelangt. Alle Ständeräte werden vom Volk zumeist am selben Termin wie die Nationalräte und auf die gleiche Amtsdauer wie der Nationalrat gewählt, wobei es sich dabei in fast allen Kantonen um das Majorzwahlrecht handelt.⁵⁶ Dieses Verfahren kommt übrigens auch in den Kantonen mit nur einem Nationalratssitz zum Zug. Die Ständeräte erhalten die gleiche Taggeldentschädigung wie die Nationalräte und ihnen stehen dieselben Ressourcen zur Verfügung.⁵⁷ In den letzten zwei Jahrzehnten sind praktisch alle vormaligen Unterschiede zwischen den National- und Ständeräten eingeebnet worden.⁵⁸ Es bestehen einzig noch kantonale Unterschiede betreffend die Unvereinbarkeiten. Hier hat die Entwicklung des kantonalen Rechts dazu geführt, dass den Ständeräten die Ausübung eines kantonalen Regierungsamtes verwehrt wird.⁵⁹ Die Kantone sehen ferner Amtszeitbeschränkungen⁶⁰ und weitere Limiten⁶¹ vor. Diese sollten u.a. verhindern, dass Mitglieder der Kantonsregierungen gleichzeitig als Ständeräte amtieren. Der Ständerat ist daher soziologisch keine Vertretung der Kantone, und er vertritt nicht die allfälligen Interessen der Kantone, wie das Beispiel des Kantonsreferendums von 2004 (N. 18) gezeigt hat.

Der föderalistisch gesonnene katholisch-konservative Meinungsführer im Nationalrat des 19. Jahrhunderts, Philipp Anton von Segesser, beschrieb die Situation des Föderalismus 1865, wie folgt: »Das föderalistische Element ist in der Organisation der Bundesgewalt offenbar Null. [...] Der Ständerat ist eine total verfehlte Schöpfung. Die Stimme der Kantone

55 Fritz Fleiner, Zentralismus und Föderalismus in der Schweiz, in: *ders.*, *Ausgewählte Schriften und Reden*, Zürich 1941, S. 197 ff., 199.

56 Hangartner/Kley, *Demokratische Rechte*, N. 1486 ff.; Jura und Neuenburg wählen die Ständeräte nach dem Proporz, Art. 74 Abs. 5 KV JU, Art. 39 Abs. 2 KV NE.

57 Bundesgesetz vom 18.3.1988 über Bezüge und Infrastruktur der Mitglieder der eidgenössischen Räte und über die Beiträge an die Fraktionen (Parlamentsressourcengesetz, PRG, SR 171.21).

58 Aubert, *Bundesstaatsrecht II*, N. 1281 ff. berichtet über die 1967 bestehenden zahlreichen Unterschiede.

59 Z.B. Art. 54 Abs. 1 KV TI.

60 Z.B. Art. 66 Abs. 1 KV JU.

61 Z.B. Art. 78 Abs. 5 KV GL über eine Alterslimite von 65 Jahren.

III.4 Föderalismus und Demokratie (Kley)

spricht sich in ihm nicht aus, sondern nur die Stimme der Individuen. Will man den Kantonen eine Stelle in der politischen Organisation des Bundes geben, so müssen entweder ihre Vertreter nach Instruktionen stimmen, oder es muss der obersten Gewalt in den Kantonen ein Veto gegen Bundesbeschlüsse eingeräumt werden. Nur auf diese Weise [...] sind die Kantone ein actives Glied des eidgenössischen Organismus.«⁶² Diese zugespitzte Analyse trifft weitgehend zu. Die Ständeräte, insbesondere jene die Erfahrung als Mitglieder der Kantonsregierung mitbringen, mögen die Interessen der Kantone freiwillig vertreten. Die Interessen der Kantone sind im Ständerat folglich immerhin begrenzt anwesend.

- 22 Die aktuelle Staatsrechtslehre klammert sich an die Formulierung des Art. 150 Abs. 1 BV (oder früher Art. 80 aBV) der »Abgeordneten der Kantone«. Ungeachtet aller staatsrechtlich, soziologisch und politisch nicht zu bestreitenden Tatsachen schreiben die meisten Lehrbuchautoren des Staatsrechts sinngemäss jedoch: »Der Ständerat ist das föderalistische Element im schweizerischen Zweikammersystem. Durch ihn sind die Kantone an der Willensbildung des Bundes beteiligt. Der Ständerat stellt in dieser Hinsicht einen wesentlichen Bestandteil des bundesstaatlichen Systems der Schweiz dar.«⁶³ Die immer wieder behauptete Verbindung von Ständerat und Interessenwahrung zugunsten der Kantone hat einen ideologischen Charakter. Die Aussagen entbehren jeder rechtlichen Grundlage. Die Analyse von Giacometti gilt unverändert. Die Kantone bestimmen die Bestellung ihrer Ständeräte, aber damit ist der Einfluss der Kantone auf den Ständerat schon erschöpft: »Einmal gewählt steht das Ständeratsmitglied rechtlich [...] dem Kanton ebenso unabhängig gegenüber wie das Mitglied des Nationalrates seiner Wählerschaft.«⁶⁴ Der Ständerat hat nur 46 Mitglieder, das Gewicht des einzelnen Parlamentariers ist damit viel grösser als im Nationalrat. Die Kommissionen umfassen etwa einen Viertel der gesamten Mitgliederzahl. Die kleinere Mitgliederzahl und die grössere Bedeutung der Kommissionen ergibt eine völlig andere Bera-

62 *Philipp Anton von Segesser*, Über das Project einer partiellen Bundesrevision, Abhandlung über das Revisionsprogramm des Herrn Dubs, im Mai und Juni 1865, in: Sammlung kleiner Schriften, Zweiter Band, Reden im schweizerischen Nationalrathe und staatsrechtliche Abhandlungen, Bern 1879, S. 222 ff., 240 f. Diese Aussagen finden sich auch bei Ständerat *Theodor Wirz*, Bericht der ständeräthlichen Kommissionsmehrheit, betreffend Revision des III. Abschnittes der Bundesverfassung vom 17.12.1890, BBl 1891 I 16 ff., 18.

63 So etwa *Ulrich Häfelin/Walter Haller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1. Aufl., Zürich 1984, N. 691 bis zur 9. Aufl., N. 1491; ähnlich *Rhinow/Schefer/Uebersax*, Verfassungsrecht, § 24 a.1., N. 2304; *Auer/Malinverni/Hottelier*, Droit constitutionnel I, N. 968: »La chambre haute [...] exprime directement la voix des États fédérés«; *Tschannen*, Staatsrecht, § 32, N. 2 lehnt die Vertretung des Volkes durch den Ständerat ebenfalls ab. Die Lehrbuchautoren relativieren z.T. ihre Qualifikation. *Hangartner*, Grundzüge, S. 111 f. stellt die Aufgaben des Ständerates dar, ohne ihn als Repräsentation der Kantone zu bezeichnen.

64 *Giacometti* (Anm. 12), S. 504; *Fleiner* (Anm. 55), S. 199 f.; ebenso stellen *Auer*, Staatsrecht der Kantone, Bern 2016, N. 90 und *Mahon*, Droit constitutionnel I, N. 163 klar, dass der Ständerat wegen Art. 161 Abs. 1 BV keine Repräsentation der Kantone darstelle.

tungskultur und bietet damit einen anderen Zugang zu den Geschäften als der Nationalrat.⁶⁵ Das ist allerdings ein rein tatsächliches, soziologisches und kein rechtliches Element.

Der Ständerat hat nicht die wie auch immer zu ermittelnden (N. 16) Interessen der Kantone zu vertreten. Dazu ist er gar nicht in der Lage. Aus diesem Grund haben die Kantone früh (zuerst mit der Erziehungsdirektorenkonferenz, ab 1897) gemeinsame Interessenvertretungen geschaffen.⁶⁶ Sie gründeten auf unterschiedlichen Rechtsgrundlagen (interkantonale Verträge, privatrechtliche Vereine) weitere Direktorenkonferenzen, die sich regionale Unterabteilungen gaben (z.B. Bau- und Planungsdirektoren, Gesundheitsdirektoren, Justiz- und Polizeidirektoren usw.). Seit den 1970er-Jahren haben die Kantone (durch die verstärkte Ausschöpfung bestehender Bundeskompetenzen und die Internationalisierung) ihre Eigenständigkeit und ihren Gestaltungsspielraum stetig eingebüsst. Die ab 1989 intensivierte europäische Integration gab den Anstoss, die horizontale und die vertikale Zusammenarbeit im Bund auszubauen. Wichtig war ferner ein Instrument, um auf die Willensbildung im Bund Einfluss zu nehmen: Am 8. Oktober 1993 gründeten alle 26 Kantone die Konferenz der Kantonsregierungen,⁶⁷ die im Jahr 2003 das bislang einzige Kantonsreferendum (N. 18) koordinierte. Die erfolgreiche Tätigkeit der Konferenz macht deutlich, dass der Ständerat die Interessen der Kantone de facto nicht vertritt.

Das Bundesgericht ist nicht in der Lage, die bundesverfassungsrechtlichen Garantien für die Kantone zu schützen. Die Zuständigkeitsregelung der Bundesverfassung enthält ein Ungleichgewicht. Zwar beurteilt das Bundesgericht Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen im Verfahren der staatsrechtlichen Klage (Art. 189 Abs. 2 BV). Dieses Verfahren suggeriert eine Waffengleichheit von Bund und Kantonen. Das trifft indessen staatsrechtlich nicht zu: Art. 190 BV erklärt die Bundesgesetze und das Völkerrecht für massgebend. Das bedeutet, dass die Bundesversammlung mit einem Bundesgesetz die bundesstaatliche Kompetenzordnung verletzen kann, ohne dass das Bundesgericht dagegen Abhilfe schaffen kann. Klagt der Bund, so hat er Art. 190 BV auf seiner Seite und wird er den Prozess stets gewinnen, wenn die verfassungswidrige Gesetzesgrundlage klar ist. Die Kantone sind mit anderen Worten nicht gegen bundesgesetzliche Kompetenzüberschreitungen geschützt.⁶⁸

65 *Tschannen*, Staatsrecht, § 32, N. 4 anerkennt trotz der von ihm geteilten föderalistischen Vertretungs-ideologie (Anm. 63) diesen wichtigen Aspekt.

66 Gutachten des Sekretariats des Departements des Innern vom 19.11.1959, VPB 29 (1959/60) Nr. 52, S. 101 ff.

67 Vereinbarung über die Konferenz der Kantonsregierungen vom 8.10.1993. Sie ist in einigen, aber lange nicht in allen kantonalen Gesetzessammlungen veröffentlicht, siehe z.B. die systematische Gesetzessammlung des Kantons Basel-Stadt, Nr. 153.900.

68 *Waldmann*, Rahmen (Anm. 8), S. 1336; *Bernhard Waldmann*, Föderalismus unter Druck, Eine Skizze von Problemfeldern und Herausforderungen für den Föderalismus in der Schweiz, in: Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag, Bern 2010, S. 3 ff., 5 f. In den seltenen Verfahren klagt deshalb der Bund, siehe z.B. die Frage der Zuständigkeiten bei der Vermittlung des Bürgerrechts durch das Zivilrecht, BGE 108 Ib 392, Eidgenossenschaft gegen Kanton Basel-Stadt.

III.4 Föderalismus und Demokratie (Kley)

- 25 Der Bundesverfassungsgeber hat mit der Totalrevision von 1999 und späteren Teilrevisionen versucht, der Zentralisierung verfassungsrechtlich Einhalt zu gebieten. Das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5a und dessen Konkretisierung in Art. 43a BV⁶⁹ will die Kompetenzausübung des Bundes zügeln und den Gebrauch bereits bestehender Bundeskompetenzen einem bremsenden Nachweis unterziehen.⁷⁰ Das sind indessen enorm abstrakte Grundsätze, die gegen die Notwendigkeiten der Alltagspolitik niemals ankommen. Die Grundsätze der Art. 44, Art. 46 Abs. 3 und 47 BV vermögen die Eigenständigkeit der Kantone nicht zu schützen. Bernhard Waldmann bemerkt zutreffend, dass diese Prinzipien zwar in »Festtagsreden und Vorträgen zum schweizerischen Föderalismus prominent in Erscheinung« treten, aber wegen ihrer »nur schwach ausgeprägten normativen Wirkungskraft ohne grosse Bedeutung« bleiben.⁷¹
- 26 Das Finanzreferendum verstärkt das Ungleichgewicht. Der Bund verfügt im Gegensatz zu den Kantonen über kein Finanzreferendum.⁷² Das Finanzreferendum wirkt ausgabenverhindernd; aus diesem Grund behindert es die Übernahme von Aufgaben durch die Kantone. In kleinen Kantonen wirkt schliesslich jede neue grosse Aufgabe steuerfusserhöhend. »Beschliesst jedoch der Bund eine neue Ausgabe, so verspürt der Bürger die finanziellen Auswirkungen nicht unmittelbar, sondern gibt sich der Meinung hin, dass ein anderer die Rechnung begleiche.«⁷³ Das hat zur Folge, dass sich die Forderung gut begründen lässt, der Bund habe eine Staatsaufgabe zu übernehmen. Fritz Fleiner machte die zutreffende Beobachtung: »In der Periode, in der der Bund seine Kompetenzen erweitert hat, sind die Kantone zur reinen Demokratie übergegangen.«⁷⁴ Letztere hat den Abbau der föderalistischen Ordnung begünstigt. Die Kantone haben diese Entwicklung sicher nicht beabsichtigt, sie haben vielmehr nicht damit gerechnet, dass Föderalismus und direkte Demokratie in einem Gegensatzverhältnis stehen.⁷⁵
- 27 Die Entwicklung in Richtung Zentralisierung der Staatsaufgaben beim Bund erfuhr zwischen 1914 und 1952 eine Beschleunigung. Anlässlich der Ausbrüche des Ersten und des Zweiten Weltkriegs erliess die Bundesversammlung – wie die Kantonsparlamente⁷⁶ – je einen Vollmachtenbeschluss, die die Gesetzgebungs- und Ausgabenkompetenz umfassend auf den Bundesrat übertrugen.⁷⁷ Ein Zentralisierungsschub ergriff die Schweiz. Der Bun-

69 Eingefügt durch die Volksabstimmung vom 28.11.2004, AS 2007 5765.

70 Waldmann, Föderalismus (Anm. 68), S. 7.

71 Waldmann, Rahmen (Anm. 8), S. 1336; ebenso Bernhard Ehrenzeller, Kooperativer Föderalismus und Demokratie, in: 1. Nationale Föderalismuskonferenz, Fribourg 2005, S. 67 ff., 70, Fn. 13.

72 Hangartner/Kley, Demokratische Rechte, S. 723 ff.; Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 952 f., 1173 ff.

73 Dietrich Schindler, Entwicklungstendenzen des schweizerischen Föderalismus, Schweizer Monatshefte 1959–1960, S. 697 ff., 701.

74 Fleiner (Anm. 55), S. 202.

75 Vgl. N. 8.

76 Die Kantone fassten analog zum Bund ebenfalls Vollmachtenbeschlüsse, z.B. für den Kanton St. Gallen: Hans Gmür, Dringlichkeitsbeschlüsse des st. gallischen Grossen Rates, ZBl 1944, S. 145 ff.

77 Kley, Geschichte, S. 117 ff., 192 ff.; Bundesbeschluss betreffend Massnahmen zum Schutze des Landes

desrat war in der Folge nicht mehr an die verfassungsmässige Kompetenzordnung gebunden und konnte die Staatsaufgaben übernehmen, für die keine Bundeskompetenz bestand. Diese kommissarische Diktatur milderte die Tatsache, dass nicht ein Diktator, »sondern sieben ›Diktatoren‹ kollegial regierten, denen ein mächtiger und ebenfalls von der Bundesversammlung gewählter General gegenüberstand«.78

Die beiden Vollmachtenregime überlagerten die verfassungsmässige Rechtsordnung und verwandelten die Schweiz insofern in einen Zentralstaat, als dass der Bundesrat seine unbegrenzten Kompetenzen ausschöpfte. Das Regieren mit Vollmachten erwies sich als bequem: Weder ein Referendum noch ein parlamentarischer Widerstand konnten die Anhandnahme der Staatsaufgaben bremsen. Dem Bundesrat gefiel diese Regierungsform so gut, dass er sie nach 1945 nicht mehr aus der Hand geben wollte. Er schlug in seiner Botschaft zur Initiative gegen das Vollmachtenregime einen »stark landesväterlich polizeistaatlichen Ton« an und wollte nicht auf die Vollmächterlasse verzichten.79 Denn der Staat gerate, so der Bundesrat, ohne diese in eine schwere Notlage, deren gefährlichen Wirkungen er nur durch neue Notrechtserlasse begegnen könne.80 Der Bundesrat hatte sich so sehr an das Vollmachtenrecht gewöhnt, dass er dessen selbsttätiges Weiterwuchern gerade im Falle seiner Abschaffung annahm. Unter dem Druck der angenommenen Dringlichkeitsinitiative von 1949 beschloss die Bundesversammlung einen indirekten Gegenvorschlag zur zweiten Initiative, die das Komitee dann zurückzog. Der Gegenvorschlag beseitigte die Vollmachtenregime bis Ende 1952 vollständig.81

Nach den beiden Vollmachtenregimen ging es 1952 darum, die neuen Bundesaufgaben in das ordentliche Verfassungsrecht zu überführen. Namentlich musste die im Krieg 1940 geschaffene Bundeseinkommensteuer (»Wehrsteuer«)82 konstitutionalisiert werden.83 Das gelang aber nur unter der politischen Bedingung, dass die Bundeskompetenz befristet wurde. Dieser Zustand dauert bis heute an, letztmals hat der Verfassungsgeber am 4. März 2018 die Erhebung der Einkommensteuer verlängert, und zwar bis Ende 2035.84 Die 13. Übergangsbestimmung von Art. 196 BV zu Art. 130 BV (Befristung bis 2035) geht offenbar von der Annahme aus, dass sich die Schweiz nach wie vor in aussergewöhnlichen Umständen befindet und dass es eine Rückkehr zu einem Bundesstaat ohne Bundeseinkommen-

und zur Aufrechterhaltung der Neutralität vom 3. August 1914, AS 1914 347; Bundesbeschluss über Massnahmen zum Schutze des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität vom 30.8.1939, AS 1939 769.

78 Kley, Geschichte, S. 196 m.w.H.

79 Giacometti (Anm. 12), S. 789, Fn. 7.

80 Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das zweite Volksbegehren betreffend Rückkehr zur direkten Demokratie (Vom 29.7.1948), BBl 1948 II 980 ff., 991.

81 Bundesbeschluss vom 18.12.1950 betreffend die Aufhebung der Vollmachten von 1939, AS 1950 1493; Kley, Geschichte, S. 205; Kley, Verfassungsgeschichte, S. 282 f.

82 AS 1940 1947.

83 Kley, Verfassungsgeschichte, S. 383 m.w.H.

84 BBl 2018 2761 ff.

III.4 Föderalismus und Demokratie (Kley)

steuer geben wird.⁸⁵ Im Hintergrund steht die alte föderalistische Vorstellung, dass in einem echten Bundesstaat die Einkommensteuern allein den Gliedstaaten gehören: »Eine Bundes-einkommensteuer, die dem Oberstaat die Haupteinnahmequelle überantwortet, ist überall das Totengeläute für den echten Föderalismus.«⁸⁶ Die in der Bundesverfassung vorgesehene Befristung der Bundessteuer (sowie der Mehrwertsteuer) gemahnt an die vergangene föderalistische Zeit.

- 30 In der Sache bilden Föderalismus und Demokratie Gegensätze; jedenfalls hat im schweizerischen Modell die direkte Demokratie der Kantone den Zentralismus eher gefördert als behindert. Offensichtlich ist, dass die bundesrätliche Diktatur der Jahre 1914 bis 1952 einen eigentlichen Zentralisierungsschub ausgelöst hat. Insofern vertragen sich Diktatur und Föderalismus auch nicht (wie das Dritte Reich in Deutschland offenkundig gezeigt hat), und auch der Föderalismus verträgt sich aus Schweizer Sicht mit der Demokratie nur eingeschränkt. Das liegt wohl hauptsächlich daran, dass in der Schweiz keine positive Föderalismus-theorie besteht. Föderalismus bedeutet in der Schweiz nicht Theorie, sondern ein oft von Sonderinteressen angetriebener Kampf gegen die bundesstaatliche Zentralisierung.
- 31 Die politische Rhetorik hat auch nach dem Zweiten Weltkrieg unverdrossen an der engen Verbindung von Föderalismus und Demokratie festgehalten. Die geistige Landesverteidigung konnte gewiss die Tatsache benutzen, dass die kommunistischen Diktaturen der Nachkriegszeit keine föderalistische Ordnung ertrugen. Die schweizerische Politik möchte Demokratie und Föderalismus wenigstens ideologisch verschränken, was nach innen und nach aussen wirken soll. Die Politik kann damit die spezifische Staatsstruktur der Schweiz hervorheben und der Welt zum Vorbild geben, was im Ausland zum Teil tatsächlich so aufgenommen wird.⁸⁷ In den Botschaften des Bundesrates zu Gesetzesvorlagen zeigt sich dieser Versuch immer wieder. Der Bundesrat hielt beispielsweise in der Botschaft zur Güterverkehrs-vorlage vom 8. Juni 2007 unter der Überschrift »Föderalismus und Demokratie« fest: »Die Frage der staatlichen Macht- und Kompetenzverteilung liegt nicht nur vielen Gewaltkonflikten zugrunde. Modelle von horizontaler und vertikaler Machtteilung, Dezentralisierung, föderalistische Strukturen und Minderheitenrechte sind erfolgversprechende Lösungsansätze in vielen Friedensprozessen. Die Schweiz gilt aufgrund ihrer föderalisti-

85 Eine Eidgenössische Volksinitiative zur Abschaffung der direkten Bundessteuer (BBl 1990 I 252 ff., Vorprüfung vom 16.1.1990) konnte die nötigen Unterschriften nicht beibringen (BBl 1991 III 997 ff., Verfügung vom 31.7.1991). Offenbar war das Anliegen nicht einmal im Volk genügend populär. Die letzten beiden Befristungen der Bundessteuern hatten Volk und Kantone jeweils mit deutlichem Mehr gebilligt. Die NZZ vom 5.3.2018, S. 13 stellte eine zunehmende Akzeptanz der Bundessteuern fest: »1993 hatten knapp 67 Prozent der Bürger der Verlängerung der Finanzordnung zugestimmt, 2004 waren es knapp 74 Prozent, und nun sind es 84 Prozent.«

86 Karl Loewenstein, *Verfassungslehre*, 4. Aufl., Tübingen 2000, S. 304.

87 Arthur Benz, *Föderalismus und Demokratie, Eine Untersuchung zum Zusammenwirken zweier Verfassungsprinzipien*, polis 2003/57, S. 1 ff., 26. Der Autor möchte »kein Idealbild einer Demokratie« zeichnen, »jedoch ist festzustellen, dass die Konfiguration des schweizerischen Bundesstaats am weitestgehenden die Kriterien demokratischer Legitimation erfüllt«.

III. Teil Föderalismus

schen Struktur, ihrer direktdemokratischen Tradition, ihres ausgebauten Minderheitenschutzes und ihrer vier koexistierenden Kulturen vielen Konfliktparteien als Vorbild«.⁸⁸ Tatsächlich verdichtet dieses Zitat diffuse und gegensätzliche Vorstellungen von Föderalismus und Demokratie idealtypisch. Der Ausdruck dient als Kurzformel für die Besonderheiten der schweizerischen Staatsstruktur. Es handelt sich nicht um staatsrechtliche Aussagen, vielmehr dienen diese nach innen der Integration und nach aussen der Verbreitung eines positiven Images.

IV. Was bleibt von der Zwillingsformel?

Die Zwillingsformel macht nicht nur theoretisch wenig Sinn, sondern ist auch widersprüchlich. Föderalismus und Demokratie stehen als Gegensatz in einem Konkurrenzverhältnis. Seit 1848 hat sich die Demokratie auf der Ebene der Kantone und des Bundes negativ auf den Föderalismus ausgewirkt. Alle Bundesverfassungen haben bislang den Gliedstaaten nur wenige Mittel in die Hand gegeben, um sich gegen die Zentralisierung zu wehren. Die der Schweiz vorhergesagte Umwandlung in einen Zentralstaat hat zwar nicht stattgefunden, in der Sache ist die Zentralisierung aber weit vorangeschritten. Denn die Kantone sind dezentrale Verwaltungskörper mit einer grossen Organisations- und Rechtsanwendungsautonomie geworden. 32

Die Zwillingsformel hat indessen auch einen positiven, weil das Staatsvolk integrierenden Sinn. »Föderalismus und Demokratie« ist ein im 20. Jahrhundert eingebürgerter Begriff, dem zunächst die geistige Landesverteidigung Sinn verschafft hat. Er hat sich nach deren Auflösung mit dem Fall des Eisernen Vorhangs 1989 verselbständigt und bezeichnet den schweizerischen Staatsaufbau. Die Struktur des Föderalismus verbindet er mit einer allgemein geteilten Ideologie, die dem Zusammenhalt des Staates dient. Danach sind die Kantone die eigentlichen Staaten, die die Eidgenossenschaft bilden. Sie machen den Föderalismus aus und sind Werkstatt sowie Ursprung der direkten Demokratie. 33

88 BBI 2007 4495 ff., 4535.