

Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit

Johannes Reich

I. Wesensmässig umstrittene Begriffe	333
II. Politik, positives Recht und Verfassungsdogmatik	335
1. Politik: Rechtsstaatlichkeit und Demokratie als persuasive Deutungsrahmen	335
2. Komplexes positives Recht, inhaltsarme Verfassungsdogmatik	337
3. Folgerung: Vielschichtigkeit und funktionelle Vielfalt	339
III. Rechtsstaatlichkeit als Paradoxie: Fesselung und Potenzierung demokratischer Herrschaft ...	339
1. Art. 5 Abs. 1 BV: komplexe Verschränkung von Recht und Politik	339
2. Recht als »Schranke«: Bewältigung der Positivität des Rechts unter der Bedingung der Demokratie	340
3. Recht als »Grundlage«: Potenzierung demokratischer Herrschaft	342
4. Grundpositionen: Symbiose, Antagonismus, Komplementarität	343
IV. »Tyrannei der Mehrheit« und legitimer Dissens über Bestand und Reichweite von Grund- rechten	344
1. Idealtypus der »Demokratie als Hüterin der Menschenrechte«	344
2. Gesellschaftlicher Interessenpluralismus und rechtlich disziplinierte Demokratie	346
3. Wirtschaftliche Interessengruppen: »Tyrannei der Minderheiten«?	347
4. Unterschiedliche Schutzbedürftigkeit von Minderheiten in der Demokratie	348
V. Überformung des statischen Bundesverfassungsrechts durch heteronome rechtsstaatliche Garantien	349
1. Politische Rationalitäten der Verfassungsgerichtsbarkeit: glaubwürdige Verpflichtung und politische Versicherung	349
2. Beschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit – »hässlicher Flecken« oder Phantomschmerz?	350
3. Art. 190 BV: Allokation politischer Macht durch Verfassungsrecht	352
4. Heteronomie rechtsstaatlicher Schranken und die Verbreitung der rechtlich diszipli- nierten Demokratie	354
VI. Epilog: Furchtlosigkeit angesichts institutionalisierter Ungewissheit	355

I. Wesensmässig umstrittene Begriffe

Der »Absolutismus« existiere nicht nur in der »unumschränkten Monarchie«, sondern auch in der »reinen Demokratie«, gaben Mitglieder der mit der Ausarbeitung der ersten Bundesverfassung betrauten Bundesrevisionskommission am 22. Februar 1848 zu Protokoll.¹ Der Unterschied liege einzig darin, dass »der absolute Wille, das Recht [...] so oder anders zu

¹ [Bundeskanzler] *Johann Ulrich Schiess*, Protokoll über die Verhandlungen der am 16. August 1847 durch die hohe eidgenössische Tagsatzung mit der Revision des Bundesvertrags vom 7. August 1815 beauftragten Kommission, Bern 1848, S. 22.

verfügen,« in der Monarchie »einem einzelnen Individuum« zukomme, während die identische Befugnis in der Demokratie »Gemeingut der Gesamtheit des ganzen Volkes« bilde.² Fritz Fleiner beschrieb die direkte Demokratie gleichsinnig als »autoritäre Staatsform«, da sich gegen »die Wucht, die in einem Volksentscheid« liege, keine Gegenkräfte mobilisieren könnten.³ »Demokratie« und rechtsstaatlich verbürgte »individuelle Freiheit« bildeten folglich »Gegensätze«.⁴ Zaccaria Giacometti setzte die Akzente knapp zwei Jahrzehnte später anders und entwarf die stimmungsvolle Metapher einer *Symbiose*: Die Freiheitsrechte als Elemente des »Rechtsstaats im materiellen Sinn« folgten der Demokratie »wie der Schatten dem Licht«.⁵

- 2 Diese gegensätzlichen Bestimmungen des identischen, zuweilen übersteigernd zur »Schicksalsfrage des Abendlandes«⁶ erklärten Verhältnisses weisen darauf hin, dass sich »Rechtsstaatlichkeit« und »Demokratie« epistemologisch in die *analytische Kategorie* der »essentially contested concepts«⁷ (frz.: »concepts essentiellement controversés«) einreihen. Zu diesen »wesensmässig umstrittenen Begriffen« zählen neben »Demokratie«⁸ und »Rechtsstaatlichkeit«⁹ auch etwa »Freiheit«, »(soziale) Gerechtigkeit«, »Logik«, »Kunst«, »Souveränität« oder »Politik« in ihrer prozeduralen Ausprägung (engl.: »politics«).¹⁰ Wesensmässig umstrittene Begriffe benennen, anerkennen oder bewerten in der Regel offene, auf lange Sicht wandelbare, an einem historischen Archetypus orientierte und positiv konnotierte normative Konzepte. Das Charakteristikum wesensmässig umstrittener Begriffe liegt in ihrer hochgradigen *internen Komplexität*. Diese manifestiert sich in der *Mehrzahl definitorischer Komponenten*, aus denen sie sich zusammenfügen. Dementsprechend wird »Rechtsstaatlichkeit« zuweilen eng als Zusammenfügung von Legalitätsprinzip, Gewaltenteilung und gerichtlichem Rechtsschutz verstanden (sog. Rechtsstaat im formellen Sinn), mitunter aber um einen als vor- und überstaatlich verstandenen Grundrechtsschutz¹¹ und weitere Prinzipien ergänzt (sog.

2 Schiess (Anm. 1), S. 22 (im Original »Gesamtheit«).

3 Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 315 f.

4 Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 25.

5 Zaccaria Giacometti, Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit, NZZ vom 17.1.1939 (Abendausgabe), S. 1; wortgleich ders., Staatsrecht der Kantone, S. 165.

6 Werner Kägi, Rechtsstaat und Demokratie, in: Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, Zürich 1953, S. 107 ff., 133 (im Original gesperrt).

7 Stilbildend Walter Bryce Gallie, Essentially Contested Concepts, Proceedings of the Aristotelian Society 1956, S. 167 ff., 171–180; differenziert adaptierend William E. Connolly, The Terms of Political Discourse, 3. Aufl., Oxford/Cambridge MA 1993, S. 11–41 und Samantha Besson, The Morality of Conflict, Oxford/Portland 2005, S. 69–89.

8 Gallie (Anm. 7), S. 183–187; David Collier/Fernando Daniel Hidalgo/Andra Olivia Maciuceanu, Essentially Contested Concepts, Journal of Political Ideologies 2006, S. 211 ff., 222–228 m.w.H.

9 Entsprechend zur »Rule of law« Jeremy Waldron, Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?, Law and Philosophy 2002, S. 137 ff., 153–159.

10 Gallie (Anm. 7), S. 181; ders., Art as an Essentially Contested Concept, Philosophical Quarterly 1956, S. 97 ff., 110–114; Connolly (Anm. 7), S. 12–22.

11 Werner Kägi, Zur Entwicklung des schweizerischen Rechtsstaates seit 1848, ZSR 1952 I, S. 173 ff., 175 (Kursivdruck weggelassen).

Rechtsstaat im materiellen Sinn).¹² Somit lässt sich »Rechtsstaatlichkeit«, abhängig von der Frage der Zurechnung dieser definitorischen Attribute zum Begriff und deren Gewichtung innerhalb einer weiten Bandbreite objektiv haltbarer Umschreibungen, erheblich *unterschiedlich* definieren. Umgekehrt kann jenseits einer eng gefassten Kernbedeutung regelmässig kein Konsens hinsichtlich sämtlicher definitorischer Komponenten »wesensmässig umstrittener Begriffe« erzielt werden. Dieser Zusammenhang legt die eigentümliche *Paradoxie* offen, die für wesensmässig umstrittene Begriffe kennzeichnend ist: Die *Existenz* der komplexen Konzepte, die sie bezeichnen, anerkennen und bewerten, steht ausser Zweifel; über ihren präzisen *Inhalt* – ihre notwendigen und hinreichenden definitorischen Komponenten und deren relative Bedeutung also – fehlt es demgegenüber an einem hinreichenden Konsens.

II. Politik, positives Recht und Verfassungsdogmatik

1. Politik: Rechtsstaatlichkeit und Demokratie als persuasive Deutungsrahmen

Als analytische Kategorie bildet die idealtypisch verstandene Verfassung die strukturelle Kopplung von Recht und Politik.¹³ Sie beschränkt die gegenseitige Beeinflussung von Recht und Politik auf die durch sie bestimmten Kanäle.¹⁴ Aus der Perspektive des Rechtssystems bildet die Verfassung das hierarchisch höchste Gesetz, während ihr aus der Sicht des politischen Systems eine instrumentelle Funktion zukommt, indem Recht für die Politikumsetzung verfügbar gemacht wird.¹⁵ Die Verfassung ermöglicht der Politik, Zustände durch Recht zu beeinflussen (instrumentelle Politik).¹⁶ Nicht auf tatsächliche Änderung zielende Kommunikation des politischen Systems lässt sich dank der Verfassung in Rechtstexten als symbolisches oder expressives Recht abbilden.¹⁷ Umgekehrt wird Politik für das Recht auf der Grundlage eigener, mithin *rechtlicher* Massstäbe als »verfassungswidrig« oder »verfassungskonform« beobachtbar.¹⁸ Rechtsstaatlichkeit und Demokratie kommen in diesem durch die Verfassung strukturierten Prozess der Rechtserzeugung, Rechtsanwendung und der Strukturierung der Rechtsschöpfung unterschiedliche Funktionen und Bedeutungen zu.

12 Stellvertretend Werner Kägi, Der Rechtsstaat als Fundament und Schranke der Demokratie und des Sozialstaats, Reformatio 1977, S. 270 ff., 272–276.

13 Niklas Luhmann, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, Rechtshistorisches Journal 1990, S. 176 ff., 193, 201.

14 Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1995, S. 470.

15 Luhmann (Anm. 14), S. 478.

16 Luhmann (Anm. 14), S. 478.

17 Luhmann (Anm. 14), S. 478; zum »expressiven Recht« Johannes Reich, »Schutz der Kinder und Jugendlichen« als rechtshormatives und expressives Verfassungsrecht, Rechtsnatur und Normgehalt von Art. 11 Abs. 1 der Bundesverfassung, ZSR 2012 I, S. 363 ff., 371–375 m.w.H.

18 Luhmann (Anm. 14), S. 475.

- 4 Als wesensmässig umstrittene Begriffe sind »Demokratie« und »Rechtsstaatlichkeit« Ausdrücke, die Konzepte nicht nur bezeichnen, sondern auch *bewerten*. Hinsichtlich des Konzepts der Demokratie ist diese Bewertung seit der Gründung des Bundesstaates von 1848 affirmativ ausgefallen.¹⁹ Demgegenüber wurde der Ausdruck »Rechtsstaat« in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in der Schweiz verbreitet mit der als »Manchesterliberalismus« bezeichneten Beschränkung staatlicher Verantwortung auf den Schutz von Eigentum und Freiheit (»Nachtwächterstaat«²⁰) gleichgesetzt und daher negativ beurteilt.²¹ In der Gegenwart sind beide Begriffe positiv besetzt.²² Diese für wesensmässig umstrittene Begriffe typische *Verbindung von positiver Konnotation mit definitorischer Unschärfe* (vgl. N. 2) macht Rechtsstaatlichkeit und Demokratie im politischen System für die als »Framing« bezeichnete zweckbestimmte, persuasive sprachliche Vermittlung attraktiv. Die sozialwissenschaftliche »Framing«-Theorie beruht auf dem empirisch robust nachweisbaren Phänomen, wonach der gleiche Sachverhalt abhängig von dessen sprachlichen Einordnung in einen bestimmten Deutungsrahmen (engl.: »frame«) unterschiedlich bewertet wird. Diese kognitiv wirksamen, intentional bestimmte Assoziationen auslösenden »Frames« heben einzelne Aspekte eines Sachverhalts sprachlich hervor, legen dadurch bestimmte kausale Interpretationen nahe, schaffen ein besonders geartetes Problembewusstsein, geben zu moralischer Kritik Anlass oder weisen auf bestimmte Problemlösungsstrategien hin.²³
- 5 Anhand der Titel von Volksinitiativen auf Teilrevision der Bundesverfassung lässt sich diese Strategie, komplexe Zusammenhänge sprachlich einem positiven oder negativen Deutungsraaster zuzuordnen, um eine möglichst breite befürwortende oder ablehnende Koalition verschiedener Interessengruppen zu formen, einsichtig beobachten. In Titeln von Volksabstimmungen werden oft plakative, positiv (»vernünftig«, »fair«, »sicher«, »stark«, »gerecht« etc.)²⁴ oder negativ (»uferlos«, »Abzockerei«, »Überbevölkerung«, »Verhinde-

19 Vgl. Kley, Geschichte, S. 39–46; Georg Kreis, Demokratie, 19. und 20. Jahrhundert, in: Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), Version vom 13.4.2016 (www.hls-dhs-dss.ch).

20 Zur Umdeutung des »Nachtwächterstaates« Johannes Reich, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Zürich/St. Gallen 2011, N. 162–166.

21 Reich (Anm. 20), N. 228–232, 242 m.w.H.

22 Vgl. Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1 ff., 14; Botschaft zur Volksinitiative »Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)«, BBl 2017 5355 ff., 5362 (Rechtsstaatlichkeit und Demokratie als »strukturbestimmende Grundentscheidungen«).

23 Robert M. Entman, Framing: Toward Clarification of a Fractured Paradigm, Journal of Communication 1993, S. 51 ff., 52.

24 Vgl. die Volksinitiativen »für eine vernünftige Asylpolitik« (BBl 1996 I 1355), »für eine vernünftige Drogenpolitik« (BBl 1999 1092) und »für eine vernünftige Hanf-Politik mit wirksamem Jugendschutz« (BBl 2009 605); »für [...] fair hergestellte Lebensmittel (Fair-Food-Initiative)« (BBl 2019 1311), »für eine faire Verkehrsfinanzierung« (BBl 2016 6779), »für den Schutz fairer Löhne« (BBl 2013 9679), »für faire Steuern [...]« (BBl 2011 2771) und »Ja zu fairen Mieten« (BBl 2003 5164); »für sicheres Wohnen im Alter« (BBl 2013 1135); »[...] für eine starke AHV« (BBl 2017 371); »1:12 – Für gerechte Löhne« (BBl 2014 1773) und »für eine gerechte Belastung des Schwerverkehrs« (BBl 1987 I 475).

runbspolitik« etc.)²⁵ konnotierte Begriffe verwendet. Während der Abstimmungskampagne wird der Volksinitiative zuweilen ein Deutungsrahmen gegenübergestellt, der darauf angelegt ist, gegenteilige Assoziationen zu wecken. Dementsprechend wurde die Volksinitiative »für die Beschleunigung der direkten Demokratie«²⁶ von der Gegenkampagne als »Maulkorbinitiative«, die »Selbstbestimmungsinitiative«²⁷ als »Vertragsbruchinitiative«²⁸ bezeichnet. Die Abstimmungskampagne zu der am 1. Juni 2008 von Volk und Ständen abgelehnten Volksinitiative »für demokratische Einbürgerungen«, mit der eine gerichtliche Überprüfung kommunaler Einbürgerungsentscheide hätte ausgeschlossen werden sollen, zeigt exemplarisch auf, dass sich auch »Demokratie« und »Rechtsstaat« im beschriebenen Sinn als *positiv besetzte Deutungsrahmen* nutzen lassen – und zwar sowohl für die Unterstützung als auch für die Bekämpfung des *identischen* politischen Vorstosses.²⁹

Einem Verständnis der im Englischen als »politics« bezeichneten prozeduralen Dimension von Politik als konfliktäres, primär an Machterwerb und Machterhalt orientiertes Verfahren folgend,³⁰ ist die beschriebene Verwendung von »Rechtsstaatlichkeit« und »Demokratie« als assoziative Deutungsrahmen (»frames«) im politischen Diskurs nur folgerichtig. Die »Werbung von Bundesgenossen und von freiwilliger Gefolgschaft«³¹ durch persuasive Kommunikation, welche die Komplexität legislativer Vorhaben auf einige wenige eingängige und abstrakte Zielsetzungen und Werte reduziert, gehört zur *Essenz demokratischer, auf Mehrheiten angewiesener Politik*. Prinzipielle politische Debatten drehen sich regelmässig um mittels wesensmässig umstrittener Begriffe bezeichnete Konzepte wie »Souveränität«, »Gerechtigkeit«, »Freiheit« oder eben »Rechtsstaatlichkeit« und »Demokratie«, die innerhalb des Meinungsspektrums der Politik auf einer abstrakten Ebene oft unbestritten sind, aber abhängig von der jeweiligen politischen Position ganz unterschiedlich gedeutet werden.³²

2. Komplexes positives Recht, inhaltsarme Verfassungsdogmatik

Im Unterschied zur notwendig vereinfachenden politischen Kommunikation korrespondieren Rechtsstaatlichkeit und Demokratie im positiven Recht jeweils mit *vielschichtigen Arrangements von Regeln und Prinzipien* materiellrechtlicher, organisations- und verfahrens-

25 Vgl. die Volksinitiativen »Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen« (BBl 2012 6623); »gegen die Abzockerei« (AS 2013 1303); »Stopp der Überbevölkerung [...]« (BBl 2015 1813); »Verbandsbeschwerderecht: Schluss mit der Verhinderungspolitik [...]« (BBl 2009 605).

26 Vgl. die Volksinitiative »für Beschleunigung der direkten Demokratie« (BBl 2000 2990).

27 Volksinitiative »Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)« (Anm. 22).

28 Vgl. NZZ vom 4.5.2000, S. 17 und NZZ vom 3.8.2018, S. 13.

29 Regula Hänggeli/Hanspeter Kriesi, Frame Construction and Frame Promotion (Strategic Framing Choices), American Behavioral Scientist 2012, S. 260–278.

30 Sinn gemäss Max Weber, Politik als Beruf (1919), in: Horst Baier et al. (Hrsg.), Max Weber Gesamtausgabe, Abt. I/Bd. 17, Tübingen 1992, S. 156 ff., 159.

31 Max Weber, Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland, 2. Aufl. (1918), in: Horst Baier et al. (Hrsg.), Max Weber Gesamtausgabe, Abt. I/Bd. 15, Tübingen 1984, S. 421 ff., 482.

32 Connolly (Anm. 7), S. 40.

rechtlicher Natur, die sich auf alle normhierarchischen Stufen (Verfassung, Gesetz, Verordnung), verschiedene Ebenen der Governance (Völkerrecht, Bund, Kantone, Gemeinden) sowie förmlich gesetztes und im Prozess der Rechtsanwendung entwickeltes Recht erstrecken. Demokratie und Rechtsstaatlichkeit lassen sich daher nicht durch formelhafte, selbstreferenzielle Bekenntnisse im Verfassungstext gewährleisten.³³ Auf derartige autologische Beschreibungen der Bundesverfassung wurde daher zu Recht verzichtet. Um gleichsam bis in die Kapillaren des Staatsorganismus vorzudringen, bedürfen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit vielmehr eingehender und detailreicher rechtlicher Normierung. Die Bedingungen der Möglichkeit der konkreten Ausgestaltung der als »Rechtsstaatlichkeit« und »Demokratie« bezeichneten Konzepte und ihres gegenseitigen Verhältnisses sind historisch, politisch, gesellschaftlich und rechtlich kontingent. Rechtsstaatlichkeit und Demokratie sind daher *heterogene* Konzepte. »Die« Demokratie oder »die« Rechtsstaatlichkeit gibt es aus der Perspektive des Rechtssystems nicht, nur nach historischem Zeitpunkt, Herrschaftsverband, föderaler Ebene, politischen Bedingungen und rechtlichen Voraussetzungen variiierende Ausformungen. Daher lassen sich die kantonalen Demokratien nach drei Mustern typisieren,³⁴ ohne dass dadurch die Eigenschaft einer Kantonsverfassung als »demokratische Verfassung« (Art. 51 Abs. 1 Satz 1 BV) infrage gestellt wäre.

- 8 Im Schrifttum und in der Staatspraxis werden Demokratie und Rechtsstaatlichkeit verfassungsdogmatisch als »verfassungsgestaltende Prinzipien«³⁵, »tragende Grundwerte«³⁶, »Strukturprinzipien«³⁷ oder »strukturbestimmende Grundentscheidungen«³⁸ der Bundesverfassung identifiziert. Solche unterschiedlich benannten Verfassungsgrundsätze sollen der Bundesverfassung laut Kurt Eichenberger »gleichsam das Gesicht und die identifizierende Gestalt« verleihen.³⁹ Zur Klärung des im Zeitablauf veränderlichen Inhalts der mit »Demokratie« und »Rechtsstaatlichkeit« bezeichneten Konzepte und ihres gegenseitigen Verhältnisses vermag die blosser Identifizierung als »Prinzip«, »Grundwert« oder »Strukturprinzip« trotz des hochtönenden Duktus freilich nicht beizutragen. Das verbreitet formulierte Resümee, wonach die Bundesverfassung »der« Demokratie Vorrang vor »dem« Rechtsstaat einräume,⁴⁰ erweist sich vor diesem Hintergrund als Leerformel, die das hohe Abstraktionsni-

33 Vgl. neben Art. 20 Abs. 1 GG Art. 1 KV ZH, Art. 1 Abs. 1 KV BE, § 1 Abs. 1 KV LU, Art. 1 Abs. 2 KV SG, Art. 1 Abs. 1 KV NE, Art. 1 Abs. 1 KV TI und Art. 1 Abs. 1 KV GE.

34 Vgl. Adrian Vatter, Kantonale Demokratien im Vergleich, Opladen 2002, S. 451 f.

35 Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, N. 193–208.

36 Häfelin et al., Bundesstaatsrecht, N. 170–178.

37 Auer/Mailinvernier/Hottelier, Droit constitutionnel I, N. 1445 f.; Biaggini, in: Biaggini/Gächter/Kiener, Staatsrecht, § 8, N. 36; Tschannen, Staatsrecht, § 6, N. 1, 7–31.

38 Botschaft neue BV (Anm. 22), S. 14; Botschaft Selbstbestimmungsiniziative (Anm. 22), S. 5362.

39 Eichenberger, Komm. BV 1874, Verfassungsrechtliche Einleitung, N. 89.

40 Philippe Mastrorandi, Verfassungslehre, Bern u.a. 2007, S. 292 (»In der Schweiz hat die Demokratie Vorrang vor dem Rechtsstaat.« – Hervorhebungen weggelassen); sinngemäss statt anderer Haller/Kölz/Gächter, Allgemeines Staatsrecht, N. 469; Helen Keller, Schweizerische Rechtsstaatlichkeit im internationalen Vergleich, in diesem Werk, Bd. 2, IV.2, N. 2; Arnold Marti, Verhältnis Föderalismus und Rechtsstaatlichkeit, in diesem Werk, Bd. 1, III.3, N. 1; Tschannen, Staatsrecht, § 6, N. 51 a.E.

veau der beiden zueinander in Beziehung gesetzten Begriffe weiter steigert statt sinnvoll klärt. Um bei der Metapher von Kurt Eichenberger zu bleiben, erweist sich die Bundesverfassung, die gemäss der Verfassungsdogmatik durch die beiden »strukturbestimmenden Grundentscheidungen« gezeichnet sein soll, bei näherem Hinsehen als auf eigenartige Weise gestalt- und gesichtslos.

3. Folgerung: Vielschichtigkeit und funktionelle Vielfalt

Während »Demokratie« und »Rechtsstaatlichkeit« in der *politischen Auseinandersetzung* als 9 abstrakte Chiffren eingesetzt werden, die zweckbestimmt positive Assoziationen wecken sollen (vgl. N. 4–6), korrespondieren die beiden Konzepte im *positiven Recht* mit komplexen und vielschichtigen Arrangements von Regeln und Prinzipien auf allen normhierarchischen Stufen der verschiedenen Ebenen der Governance. Demokratie und Rechtsstaatlichkeit sind im positiven Recht deshalb in einer grossen Bandbreite unterschiedlichen, kontingenten, heterogenen, im zeitlichen Ablauf variablen Ausgestaltungen zugänglich (vgl. N. 7). Das Verhältnis zwischen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit lässt sich daher bezogen auf die Bundesverfassung nicht abstrakt und hierarchisch (»Vorrang«, »Gleichordnung«, »Nachrangigkeit«) deuten (vgl. N. 8).

III. Rechtsstaatlichkeit als Paradoxie: Fesselung und Potenzierung demokratischer Herrschaft

1. Art. 5 Abs. 1 BV: komplexe Verschränkung von Recht und Politik

»Demokratie« beschreibt keinen herrschaftsfreien Zustand, sondern eine besonders gearte- 10 te Form einer »Herrschaft von Menschen über Menschen«. ⁴¹ »Herrschaft« bezeichnet eine spezifisch stabilisierte Form von Macht, ⁴² die mit der generalisierten Erwartung verknüpft ist, regelmässig Beachtung zu finden. ⁴³ Ausübung von Herrschaft bedarf angesichts der Anerkennung individueller Autonomie (vgl. Art. 7 BV) der Rechtfertigung (Legitimität), die durch spezifische Wirkungszusammenhänge und Verfahren hergestellt wird (Legitimation). »Demokratie« stellt in dieser Perspektive einen *Vermittlungs- und Zurechnungszusammenhang* dar, der Herrschaftsausübung (Legitimationsobjekt) auf das Legitimationssubjekt »Volk« zurückführt. Im schweizerischen Bundesstaat bilden zudem »die Kantone« in ihrer Gesamtheit aufgrund von Art. 1 BV ein im Verhältnis zum »Schweizervolk« eigenständiges und grundsätzlich gleichberechtigtes Legitimationssubjekt (vgl. Art. 1 BV). »Demokratie«

41 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl., Heidelberg 2004, § 24, N. 3.

42 Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft [unvollendet, 1919/20], in: Horst Baier et al. (Hrsg.), Max Weber Gesamtausgabe, Abt. I/Bd. 23, Tübingen 2013, S. 147 ff., 210.

43 Weber (Anm. 42), S. 210, 449.

ist mit dem Anspruch verbunden, öffentliche Herrschaft (staatliches Handeln) im kollektiven Nutzen auszuüben⁴⁴ – als »government of the people, by the people, for the people«. ⁴⁵ Das setzt komplexe gegenseitige Abhängigkeiten zwischen Recht und Politik voraus, die Art. 5 Abs. 1 BV mit einer im Verfassungstext seltenen *metaphorischen* Wendung zum Ausdruck bringt: »Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht«. Art. 5 Abs. 1 BV steht unter der Sachüberschrift »Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns« (frz.: »Principes de l'activité de l'État régi par le droit«; ital.: »Stato di diritto«)⁴⁶. Die Formel von »Grundlage und Schranke« (frz.: »la base et la limite«; ital.: »fondamento e limite«) lässt sich als Anerkennung beider Dimensionen demokratischer, rechtlich gebundener und gesteigerter Herrschaft – der »zwei Seiten des Rechtsstaates«⁴⁷ – deuten: der Potenzierung demokratischer Herrschaft durch Recht (»Grundlage«) einerseits und der rechtlichen Bändigung politischer Machtausübung (»Schranke«) andererseits.

2. Recht als »Schranke«: Bewältigung der Positivität des Rechts unter der Bedingung der Demokratie

- 11 Tradiert, verfassungshistorisch einsichtiger Auffassung folgend, ist das als »Rechtsstaat« bezeichnete Konzept eine reine »Defensivveranstaltung«⁴⁸. »Rechtsstaat« bezeichnet demnach einen *Modus zur Mässigung und Kontrolle politischer Herrschaft*, der sich aus einer gewaltengliedrigen Staatsorganisation, dem Erfordernis des genügend bestimmten Rechtssatzes, der Verhältnismässigkeit, dem Gebot von Treu und Glauben, dem Verbot willkürlicher Behandlung und der Gewährleistung unabhängigen gerichtlichen Rechtsschutzes zusammensetzt.⁴⁹ Diese *defensive Dimension* der Rechtsstaatlichkeit erscheint vor allem seit Mitte des 20. Jahrhunderts als Verfahren, demokratische Herrschaft mit Autonomie und Würde des Individuums zu versöhnen. Sie ist mit dem Versprechen verknüpft, wonach Rechtsstaatlichkeit nicht bloss eine Herrschaft *durch* Recht, sondern kraft seiner formalen Rationalität die berechenbare und gleichmässige Herrschaft *des* Rechts an die Stelle arbiträrer menschlicher Machtausübung setzt. Diese Zielsetzung kommt in Losungen, wonach die

44 Zur sog. »Output-Orientierung« Fritz W. Scharpf, *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, Konstanz 1970, S. 21–28; ders., *Governing in Europe*, Oxford/New York 1999, S. 7–9.

45 Abraham Lincoln, Address Delivered at the Dedication of the Cemetery at Gettysburg (November 19, 1863), in: Roy P. Basler (Hrsg.), *Collected Works of Abraham Lincoln*, New Brunswick 1953, S. 17 ff.

46 Kursivdruck jeweils hinzugefügt.

47 Niklas Luhmann, *Zwei Seiten des Rechtsstaates*, in: *Institute of Comparative Law in Japan* (Hrsg.), *Conflict and Integration*, Tokio 1989, S. 493 ff., 502.

48 Entsprechend die Charakterisierung der h.L. durch Richard Bäuml, *Rechtsstaat*, in: Roman Herzog et al. (Hrsg.), *Evangelisches Staatslexikon*, Bd. II, 3. Aufl., Stuttgart 1987, S. 2806 ff., 2811.

49 Vgl. etwa Botschaft neue BV (Anm. 22), S. 15, 131 (»Begrenzung der staatlichen Macht im Rechtsstaat«); in Reinform dargelegt bei Zaccaria Giacometti, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, Zürich 1960, S. 1–8; beispielhaft Peter Karlen, *Schweizerisches Verwaltungsrecht*, Zürich u.a. 2018, S. 41–51; ferner Tschannen, *Staatsrecht*, § 6, N. 21 f.

rechtsstaatliche Verfassung »a government of laws and not of men« etabliere,⁵⁰ mit inhaltlichen Anleihen bei Platons Ideal absoluter Gesetzesherrschaft⁵¹ zum Ausdruck. Der identische, spezifisch auf die öffentliche Verwaltung gemünzte Anspruch wird durch die von Max Weber popularisierte Metapher von der Verwaltung als »lebende Maschine«⁵² kommuniziert. Demokratisch legitimierte politische Herrschaft, die sich solchen Bindungen zu entziehen versucht, muss in dieser Perspektive als »totalitäre« und »dezisionistische« *Degeneration* erscheinen.⁵³

Diese notwendig vereinfachenden Formeln weisen darauf hin, dass sich Rechtsstaatlichkeit 12 in ihrer defensiven Ausprägung allgemeiner als *Modus der Bewältigung der Folgen der Positivierung des Rechts unter den Bedingungen der Demokratie* verstehen lässt. Solange Recht als heteronom, insbesondere göttlich gestiftet verstanden werden konnte, bildete es nicht Gegenstand der Entscheidung, sondern der Erkenntnis, und liess sich folglich als stabil und unveränderlich kommunizieren.⁵⁴ Die Positivierung des Rechts hat demgegenüber zur Konsequenz, dass Recht jederzeit inhaltlich geändert werden kann. Unter der Voraussetzung demokratisch legitimer Herrschaft werden diese Veränderungspotenziale zusätzlich gesteigert, da eine Vielzahl von Akteuren Zugriff auf die Rechtsetzung erhält. Demokratie ist somit »institutionalisierte Ungewissheit«.⁵⁵ *Regeln der Rechtserzeugung* wie das Legalitätsprinzip, das Gebot von Treu und Glauben, die Gewaltenteilung und weitere Elemente der defensiven Dimension der Rechtsstaatlichkeit gewährleisten unter den Vorzeichen prinzipieller Unberechenbarkeit des positiven, demokratisch geschaffenen Rechts ein *Mindestmass an Berechenbarkeit*.

Noch klarer tritt dieser Zusammenhang in Bezug auf das Konzept der *Rule of law* hervor. Die 13 *Rule of law* wurde im englischen Recht eng bezogen auf die rechtliche Souveränität des Par-

50 *Marbury v. Madison*, 5 U. S. (1 Cranch) 137, 163 (1803); einordnend Johannes Reich, »Originalismus« als methodologischer Scheinriese und verfassungspolitische Konterrevolution, JöR 2017, S. 713 ff., 716 f.; vgl. auch Botschaft neue BV (Anm. 22), S. 131: »Der Vorrang des Rechts vor den Machtmitteln des Staates erst setzt Rechtsstaatlichkeit ins Werk; [...]«.

51 Platon, *Gesetze* [Nomoi], Buch I–VI, in: Gunther Eigler (Hrsg.), *Platon, Werke in acht Bänden*, Bd. 8/I (Übersetzung: Klaus Schöpsdau), 6. Aufl., Darmstadt 2011, S. 255, N. 715d: »[E]inen Staat, [...] in welchem das Gesetz [...] Gebieter über die Herrschenden und die Herrschenden Sklaven des Gesetzes sind, dem Staat sehe ich Fortbestand und alle Güter zuteil werden, welche die Götter je Staaten verliehen haben.«

52 Weber (Anm. 31), S. 464; ähnlich Fritz Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 8. Aufl., Tübingen 1928, S. 64 (»Verwaltungsmaschine«); zurückgehen dürfte die Metapher auf Immanuel Kant, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* (1784), in: Kants Werke, Akademie-Textausgabe, Bd. 8, Berlin 1968, S. 37 ff., 39.

53 Die entsprechende Kritik an der »dezisionistisch-totalitären Auffassung der Demokratie« hat vor allem Kägi (Anm. 6), S. 108, 134–142 formuliert.

54 Vgl. Dieter Grimm, *Die Verfassung und die Politik*, München 2001, S. 13; Jürgen Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt a.M. 1996, S. 295 f.

55 Jan-Werner Müller, *Contesting Democracy, Political Ideas in Twentieth-Century Europe*, New Haven/London 2011, S. 242 (»institutionalized uncertainty«).

lamentes konzeptualisiert.⁵⁶ Aufgrund der metaphysisch anmutenden Doktrin seiner rechtlichen Souveränität (*sovereignty of Parliament*) soll das Parlament des Vereinigten Königreiches mit Ausnahme der Naturgesetze keinerlei materiellen Bindungen unterliegen.⁵⁷ Diese Absenz materieller Schranken illustrierte der für das moderne Verständnis der Doktrin stilbildende *Albert Venn Dicey* mit einem vom Genfer *Jean-Louis de Lolme* stammenden Zitat, wonach das Parlament des Vereinigten Königreiches »alles« tun dürfe, ausser »aus einer Frau einen Mann oder aus einem Mann eine Frau zu machen«.⁵⁸ Diese parlamentarische »Omnipotenz«⁵⁹ erfährt durch die *Rule of law* eine *symbiotische Ergänzung*.⁶⁰ Die *Rule of law* gebietet die rechtsgleiche Anwendung des Rechts, garantiert bei Rechtsstreitigkeiten den Zugang zu einem ordentlichen, allgemein zuständigen Gericht und verbietet die rückwirkende, arbiträre oder auf weiten Ermessensklauseln beruhende Rechtsanwendung.⁶¹ Entsprechend mildern die aus der *Rule of law* fliessenden Garantien die Unwägbarkeiten, die mit der Positivität des Rechts unter der Bedingung parlamentarischer Herrschaft unausweichlich verbunden sind.

3. Recht als »Grundlage«: Potenzierung demokratischer Herrschaft

- 14 Art. 5 Abs. 1 BV erklärt »das Recht« nicht nur zur »Schranke«, sondern auch zur »Grundlage« staatlichen Handelns. Auch dieses Erfordernis einer rechtlichen Grundlage (Vorbehalt des Gesetzes bzw. des Rechtssatzes) lässt sich der defensiven Dimension der Rechtsstaatlichkeit zuordnen.⁶² Durch diese enge Fokussierung auf die begrenzende Funktion der Rechtsstaatlichkeit gerät jedoch aus dem Blick, dass die Chiffre »Rechtsstaat« *gegenläufige* Perspektiven als *Einheit* kommuniziert – »die juristische Fesselung politischer Gewalt und die politische Instrumentierung des Rechts«.⁶³ Der Politik eröffnet sich dadurch die Möglichkeit, eigene Ziele durch Recht als Herrschaftsinstrument zu verwirklichen (vgl. N. 3, 10). Damit geht nicht eine Mässigung, sondern im Gegenteil eine erhebliche *Erweiterung* und

56 Stilbildend *Albert Venn Dicey*, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8. Aufl., London u.a. 1915, S. 37 f., 41, 184, 198, 424–428.

57 Vgl. *Dicey* (Anm. 56), S. 37 f.; *William Blackstone*, *Commentaries of the Laws of England*, Vol. I, 3. Aufl. (1765), Clark NJ 2003, S. 102, N. 161; die Bezeichnung der Doktrin als »metaphysisch« stammt von *Vernon Bogdanor*, *Imprisoned by a Doctrine: The Modern Defence of Parliamentary Sovereignty*, *Oxford Journal of Legal Studies* 2012, S. 179 ff., 193.

58 *Jean-Louis de Lolme*, *The Constitution of England* (1796), London 1853, S. 102, Fussnote †; daran anschliessend *Dicey* (Anm. 56), S. 41. – Das Beispiel lädt offenbar gerade dazu ein, noch grellere zu entwickeln, vgl. *Jeffrey Goldsworthy*, *The Sovereignty of Parliament*, Oxford 1999, S. 259 f.

59 Vgl. *Blackstone* (Anm. 57), S. 102 f., N. 161.

60 Sinngemäss *Tom Bingham*, *The Rule of Law and the Sovereignty of Parliament*, *King's Law Journal* 2008, S. 223 ff., 231–233; *Dicey* (Anm. 56), S. 402, 406.

61 *Tom Bingham*, *The Rule of Law*, London u.a. 2010, S. 37–109; *Dicey* (Anm. 56), S. 37 f., 115 f., 120 f.; *Joseph Raz*, *The Authority of Law*, 2. Aufl., Oxford 2009, S. 214–218.

62 Vgl. statt aller *Karlen* (Anm. 49), S. 43–51.

63 *Luhmann* (Anm. 14), S. 422.

Intensivierung demokratisch legitimer Herrschaft einher.⁶⁴ Muss sich politische Herrschaft stets der Wirksamkeit unmittelbarer Gewaltandrohung durch loyale Helfer versichern, bleiben ihre Durchsetzungschancen fragil. Herrschaftsausübung auf der Grundlage des Rechts *formalisiert* dagegen die Rechtsverwirklichung. Rechtlich fehlerhafte (Rechtsverletzungen) oder unterlassene Durchsetzung von Recht (Vollzugsdefizite) lassen sich auf objektiver Grundlage feststellen und können, abhängig von der konkreten Verfahrensordnung, von Behörden, betroffenen Privaten oder Dritten als rechtswidrig gerügt werden. Diese mit der Rückbindung der Politik an rechtliche Grundlagen verbundene *Potenzierung demokratischer Herrschaft* ist in jenen Bereichen besonders augenfällig, in denen auch Private die Verwirklichung auch jener durch die Politik festgelegten Zielsetzungen einfordern können, die nicht im Zusammenhang mit privaten Ansprüchen stehen (»öffentliche Interessen«). Das gilt insbesondere für jene umweltrechtlichen Verfahren, in denen privaten Organisationen ein besonderes Beschwerderecht zukommt (vgl. Art. 89 Abs. 2 Bst. d BGG; sog. ideelle Verbandsbeschwerde).

4. Grundpositionen: Symbiose, Antagonismus, Komplementarität

Vor dem Hintergrund der zwei Dimensionen der Rechtsstaatlichkeit als Grundlage und Schranke demokratisch legitimer politischer Herrschaft werden die *verfassungstheoretischen Grundpositionen* zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie einsichtig. Als *Symbiose* lässt sich das Verhältnis deuten, wenn »Recht« ein vorwiegend instrumenteller Charakter zugeschrieben wird, der demokratisch legitimierte Herrschaft erst ermöglicht (vgl. N. 10, 14). Der Rechtsstaat ist in dieser Perspektive »Gesetzesstaat«.⁶⁵ Rechtsstaatlichkeit und Demokratie bilden demgegenüber einen *Antagonismus*, wenn Demokratie als ein latent zur Irrationalität neigendes, mit totalitärem Anspruch auftretendes Entscheidungsverfahren verstanden wird, das stets dazu tendiert, rechtliche Bindungen zu negieren (vgl. N. 11 a.E.). Ein teleologisches Verständnis von Rechtsstaat und Demokratie bildet den Schlüssel der These von der Komplementarität (»Gleichursprünglichkeit«) beider Konzepte.⁶⁶ Demnach sind sowohl Rechtsstaatlichkeit wie auch Demokratie darauf angelegt, Autonomie und Würde des Individuums zu schützen, beziehen sich aber auf unterschiedliche Sphären. Während Demokratie die *öffentliche* Autonomie (Politik) im Blick hat, schützt die Rechtsstaatlichkeit die *private* Autonomie (Grundrechte).⁶⁷ Rechtsstaatlichkeit

64 *Luhmann* (Anm. 47), S. 499 f.

65 *Bäumlin* (Anm. 48), S. 2816.

66 Eingehend *Jürgen Habermas*, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a.M. 1992, S. 109–135; *Jörg Paul Müller*, *Der politische Mensch – menschliche Politik*, Basel 2009, S. 71–86.

67 *Jürgen Habermas*, *Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie*, in: ders., *Politische Theorie*, Frankfurt a.M. 2009, S. 140–153, 148–151.

und Demokratie setzen sich aus diesem Blickwinkel betrachtet gegenseitig notwendig voraus.⁶⁸ Sie sind in diesem Sinn komplementär.⁶⁹

IV. »Tyrannei der Mehrheit« und legitimer Dissens über Bestand und Reichweite von Grundrechten

1. Idealtypus der »Demokratie als Hüterin der Menschenrechte«

- 16 Angesichts mittelalterlicher und frühneuzeitlicher Ausprägungen genossenschaftlicher Demokratie in den agrarisch geprägten Landsgemeindeorten Uri, Schwyz, Obwalden, Nidwalden, Glarus, Zug, den beiden Appenzell sowie in Graubünden und den Walliser Zenden⁷⁰ wird der schweizerischen Demokratie zuweilen generell ein bis in die Gegenwart fort-dauernder *genossenschaftlicher Charakter* zugeschrieben.⁷¹ Für die Genossenschaft ist die Selbstverwaltung im Dienst der gemeinsamen Wohlfahrt der Mitglieder prägend (vgl. Art. 828 Abs. 1 OR). Auf die politische Herrschaft gemünzt, scheint in der genossenschaftlichen Demokratie die *Differenz zwischen Herrschenden und Beherrschten durch Selbstregierung und Selbstverwaltung aufgehoben*.⁷² Fritz Fleiner hielt daher das »allgemeine Bürgertum« – eine Wortschöpfung, in der das Postulat der kirchlichen Reformation des Priestertums aller Getauften, das die Existenz eines besonderen Weihestandes (Klerus) ausschliesst,⁷³ unüberhörbar anklingt – im schweizerischen »Volksstaat« für verwirklicht.⁷⁴ Durch die Ausübung der politischen Rechte (Selbstregierung) und den allgemeinen Zugang zu staatlichen Ämtern (Selbstverwaltung) diene »jeder sein Leben lang dem Staate berufsmässig«. ⁷⁵ Diese sinngemäss behauptete *Kongruenz von Regierenden und Regierten* bildete 1954 die Prämisse von Zaccaria Giacometti als empirisch deklarierte These von der »Demokratie als Hüterin der Men-

68 Jörg Paul Müller, Diskurstheoretische Begründung des Rechtsstaates?, in: Rainer J. Schweizer/Florian Windisch (Hrsg.), Integratives Rechtsdenken, Im Diskurs mit Philippe Mastronardi, Zürich/St. Gallen 2011, S. 65 ff., 69 f.; im Resultat ebenso etwa Richard Bäuml, Die rechtsstaatliche Demokratie, Zürich 1954, S. 90–96; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, N. 203; Benjamin Schindler, St. Galler BV-Komm., Art. 5, N. 12; Pierre Tschannen, Stimmrecht und politische Verständigung, Basel/Frankfurt a.M. 1995, S. 218–221.

69 Jürgen Habermas, Der demokratische Rechtsstaat – eine paradoxe Verbindung widersprüchlicher Prinzipien?, Divinatio 2000, S. 13 ff., 14.

70 Vgl. Andreas Suter, Demokratie: Demokratien in Spätmittelalter und früher Neuzeit, in: Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), Version vom 13.4.2016.

71 Max Imboden, Politische Systeme – Staatsformen, 2. Aufl., Basel 1974, S. 27–35; Tschannen (Anm. 68), S. 314.

72 Kritisch Johannes Reich, Switzerland: The State of Liberal Democracy, in: Richard Albert et al. (Hrsg.), 2017 Global Review of Constitutional Law, Boston 2018, S. 280 ff., 283.

73 Vgl. besonders Heinrich Bullinger, Das Zweite Helvetische Bekenntnis (Übersetzung: Walter Hildebrandt/Rudolf Zimmermann) [Confessio Helvetica posterior] (1566), 6. Aufl., Zürich 2017, S. 93 f.

74 Vgl. Fleiner (Anm. 52), S. 41.

75 Fleiner (Anm. 52), S. 41.

schenrechte«⁷⁶. Weil nämlich »Volk und Volksvertretung als Verfassungsgesetzgeber und einfacher Gesetzgeber« nicht nur an der Rechtssetzung unmittelbar beteiligt seien, sondern als Rechtsunterworfenen gleichzeitig auch als »Nutzniesser der Freiheitsrechte« in Erscheinung träten,⁷⁷ sei das Staatsvolk »wesensgemäss« dazu berufen, »das Amt eines Wächters der Menschenrechte« auszuüben, sofern die Freiheitsidee als »ethische Kraft wirksam« sei und sich im Sinne »einer echten Demokratie« bewährt habe.⁷⁸

Als *Idealtypus* verstanden, weist das Modell der genossenschaftlichen Demokratie darauf hin, dass die Beteiligung der Bürgerschaft an der Erfüllung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung zur Kontrolle und Begrenzung politischer Herrschaft beitragen kann. Die weitgehende Kongruenz von Regierenden und Regierten korrespondiert jedoch weder in der Vergangenheit noch in der Gegenwart mit der Realität. Bis zum 15. März 1971 blieben Schweizer Bürgerinnen die politischen Rechte im Bund verwehrt⁷⁹; in der Schweiz ständig wohnhafte Ausländerinnen und Ausländer unterstehen demokratisch legitimer Herrschaft, ohne auf Bundesebene daran berechtigt zu sein.⁸⁰ Auch analytisch vermag die Doktrin von der »Demokratie als Hüterin der Menschenrechte« nicht zu überzeugen. Als Prämisse setzt sie die Übereinstimmung individueller und kollektiver Präferenzen voraus, wie sie bereits Jean-Jacques Rousseau zu begründen versuchte.⁸¹ Mindestens in komplexen, arbeitsteiligen Gesellschaften der Moderne lässt sich eine solche *Homogenität gesellschaftlicher Interessen* nicht überzeugend behaupten. Die Durchsetzungsfähigkeit von Interessen ist zudem auch unter den Bedingungen der Demokratie gemäss der Theorie des kollektiven Handelns höchstens indirekt von der Anzahl derjenigen Personen abhängig, welche die entsprechenden Interessen teilen. Vielmehr erweisen sich Gruppen, die klare und eng definierte Interessen verfolgen, im demokratischen Prozess als regelmässig durchsetzungsfähiger als grosse Gruppen mit diffusen Interessen.⁸² Diese *unterschiedliche Organisations- und Konfliktfähigkeit* politischer Interessen vermag auch die direkte, als »genossenschaftlich« idealisierte Demokratie nicht einzuebnen.

76 Zaccaria Giacometti, Die Demokratie als Hüterin der Menschenrechte, in: Universität Zürich (Hrsg.), Jahresbericht 1953/54, Zürich 1954, S. 3 ff., 3, 8 f., 13 f.; allgemein für die Demokratie Carl Schmitt, Verfassungslehre (1928), 5. Aufl., Berlin 1970, S. 234 a.E. (»Identität von Herrscher und Beherrschten, Regierenden und Regierten, Befehlenden und Gehorchenden.«)

77 Giacometti (Anm. 76), S. 13 f.

78 Giacometti (Anm. 76), S. 14; kritisch Johannes Reich, Direkte Demokratie und völkerrechtliche Verpflichtungen im Konflikt, ZaöRV 2008, S. 979 ff., 1000–1002.

79 Bundesbeschluss über die Einführung des Frauenstimm- und Wahlrechts in eidgenössischen Angelegenheiten, BBl 1971 I 485, in Kraft getreten am 16.3.1971 (AS 1971 325).

80 Reich (Anm. 72), S. 283; vgl. die auf empirischer Ebene ansetzende Kritik bei Richard Bäuml, Lebendige oder gebändigte Demokratie, Basel 1978, S. 15–18 und Kley (Anm. 19), S. 128 f.

81 Zur Übereinstimmung individueller und kollektiver Präferenzen Jean-Jacques Rousseau, Du contrat social ou Principes du droit politique (1762), Paris 1776, S. 252 f. (2. Buch/3. Kapitel).

82 Stilbildend Mancur Olson, The Logic of Collective Action, Cambridge MA 1971, S. 53–65; im Anschluss daran Wolf Linder/Sean Mueller, Schweizerische Demokratie, 4. Aufl., Bern 2017, S. 150 f.

2. Gesellschaftlicher Interessenpluralismus und rechtlich disziplinierte Demokratie

18 Im Unterschied zur Konzeption eines *monolithischen* Volkswillens, auf die das Ideal der genossenschaftlichen Demokratie rekurriert (vgl. N. 17), betonten verschiedene zeitgenössische Autoren Mitte des 19. Jahrhunderts den *pluralistischen Charakter* und die *moralisch-naturrechtlichen Grenzen* der Demokratie.⁸³ Die Versammlungsdemokratie wurde demgegenüber als Forum eines von Affekten getriebenen Abstimmungsverhaltens gebrandmarkt.⁸⁴ Aufgrund solcher Befürchtungen hatte *James Madison*, einer der Gründerväter der Vereinigten Staaten von Amerika, in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts in den »*Federalist Papers*« seine *Theorie einer restriktiven, pluralistischen Demokratie* skizziert. Demnach muss der breit gefächerte gesellschaftliche Interessenpluralismus als gegeben hingenommen werden, gegen die einseitige Durchsetzung von Partikularinteressen sind aber verfassungsrechtliche Vorkehrungen zu treffen.⁸⁵ Diese bestehen bei *Madison* in einer rein repräsentativ und gewaltengliedrig ausgestalteten, auf wechselseitiger Kontrolle und Abhängigkeit der drei Staatsgewalten beruhenden Demokratie, einer föderalen Machtteilung und der kompetitiven Auswahl tugendhafter Repräsentanten in einer ausgedehnten Republik.⁸⁶ Die pluralistische, strikt repräsentative und rechtlich *disziplinierte* »*Madison'sche Demokratie*« präsentiert sich daher als *Gegenmodell* zur genossenschaftlich-kleinräumigen, auf einer vorausgesetzten Interessenkongruenz der Beteiligten beruhenden und daher ungebunden-»radikalen« Demokratie.⁸⁷

19 *Madisons* Begründung einer restriktiven, gemässigten Demokratie weist darauf hin, dass sich an die in modernen, liberalen Gesellschaften selbstverständliche Existenz eines gesellschaftlichen Interessenpluralismus die Frage nach dem Verhältnis zwischen den Präferenzen der Mehrheit und schutzbedürftiger Interessen von Minderheiten anschliesst. Den für

83 Vgl. vorne in N. 1; einflussreich für die Gebundenheit der Demokratie *Benjamin Constant*, *Principes de politique*, Paris 1815, S. 28 (»La souveraineté du peuple n'est pas illimitée; elle est circonscrite dans les bornes que lui tracent la justice et les droits des individus.«).

84 Vgl. *Johann Caspar Bluntschli*, *Das Volk und der Souverän im Allgemeinen betrachtet und mit besonderer Rücksicht auf die schweizerischen Verhältnisse*, Zürich 1831, S. 55 (»Die Schwächeren werden unterdrückt, die Launen und Leidenschaften befriedigt; Selbstsucht regiert, die Landsgemeinde wird zum Despoten.«); *Johannes Meyer*, *Geschichte des Schweizerischen Bundesrechtes*, Bd. 2, Winterthur 1875, S. 334 f. (»Die Gefahr der Unterdrückung und der Vernichtung des Individuums droht [...] in Republiken [...] noch mehr von der Rücksichtslosigkeit der Majorität des Volkes, die von Demagogen bis zum Fanatismus, bis zum Wahnsinn entflammt zu werden pflegt.«).

85 Vgl. *James Madison*, *The Federalist Papers* No. 10: The Same Subject Continued (The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection), 23 November 1787, verfügbar unter Yale Law School, Avalon Project (http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed10.asp [25.8.2019]).

86 Zur Mässigung von Herrschaft *James Madison*, *The Federalist Papers* No. 51: The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments, 8 February 1788, verfügbar unter Yale Law School, Avalon Project (http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed51.asp [25.8.2019]).

87 *Reich* (Anm. 72), S. 280 f.

diese Problemstellung bis heute zumeist verwendeten Deutungsrahmen lieferte ein Aristokrat aus Frankreich, der zwar die Vereinigten Staaten als Beobachter bereiste, publizistisch aber die französische Politik im Blick behielt: *Alexis de Tocqueville*. Laut *Tocqueville* soll allein mit der Konzentration der Gesetzgebungskompetenz bei einem demokratisch gewählten Parlament die latente Gefahr einer »Despotie der Mehrheit« (frz.: »le despotisme de la majorité«) einhergehen.⁸⁸ Die von ihm als unvermeidliche Konsequenz der Demokratie dargestellte »*Tyrannie der Mehrheit*« (frz.: »tyrannie de la majorité«)⁸⁹ hat sich seit der Publikation seines Werks in den Jahren 1839 und 1840 zu einer eingängigen, zuweilen etwas arglos verwendeten Formel entwickelt, um vor der illegitimen Beschneidung individueller Rechte durch die demokratische Mehrheit zu warnen.

3. Wirtschaftliche Interessengruppen: »Tyrannie der Minderheiten«?

Demokratie beruht auf der Anerkennung gleicher Autonomie und Würde derjenigen Individuen, die der Bürgerschaft zugehörig sind. All diesen Menschen wird unbesehen ihrer tatsächlichen Fähigkeiten die *gleiche politische Urteilskraft* zugebilligt. Damit geht notwendig die Relativierung des eigenen Standpunkts einher. Das kann subjektiv als Kränkung erlebt werden, macht uns demokratische Politik doch alle »zu Gleichen – gleich mit Dummen und gleich mit Armen«.⁹⁰ Mit einer »Tyrannie« sind derartige subjektive Zumutungen gleichwohl nicht zu verwechseln. *Madisons* Darlegungen in den »*Federalist Papers*« deuten zudem an, dass Demokratien in pluralistischen Gesellschaften aus entscheidungstheoretischen Gründen regelmässig mit einem Phänomen konfrontiert sind, das sich überspitzt als »*Tyrannie der Minderheiten*« bezeichnen liesse. Eng definierte Eigeninteressen wirtschaftlicher Interessengruppen weisen im demokratischen Entscheidungsprozess eine hohe Organisations-, Konflikt- und Durchsetzungsfähigkeit auf (vgl. N. 17 a.E.). Angehörigen zahlenmässig relativ kleiner Berufsgruppen (Rechtsanwälte, Landwirte etc.) gelingt es daher regelmässig, ihre Partikularinteressen im politischen Prozess als »öffentliche Interessen« darzustellen und wirkungsvoll durchzusetzen. Die durch Berufsausübungsbewilligungen oder Grenzschutz erzielte Abschirmung vor wirtschaftlicher Konkurrenz verhilft solchen Gruppen zu höheren Einnahmen, weshalb entsprechende Aktivitäten in der ökonomischen Theorie als »*Rent-seeking*« bezeichnet werden.⁹¹

88 *Alexis de Tocqueville*, *De la Démocratie en Amérique*, Tome 1 (1839), Paris 1992, S. 157; zutreffend dazu *John Stuart Mill*, *Dissertations and Discussions*, Vol. II, London 1859, S. 16 (wonach *Tocqueville* im Spekulativen verharre und konkrete Beispiele für seine These schuldig bleibe).

89 *Tocqueville* (Anm. 88), S. 261–272; *John Stuart Mill*, *On Liberty*, 3. Aufl., London 1864, S. 13.

90 *Christoph Möllers*, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, 2. Aufl., Berlin 2009, S. 117.

91 Grundlegend *Anne O. Krueger*, *The Political Economy of the Rent-seeking Society*, *American Economic Review* 1974, S. 291 ff.; vgl. *Reich* (Anm. 20), N. 357–364 und *Maya Hertig Randall*, *L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle*, *ZSR* 2010 II, S. 221 ff., 322.

4. Unterschiedliche Schutzbedürftigkeit von Minderheiten in der Demokratie

21 Die Wendung von der »Tyrannei der Mehrheit« verdeckt, dass demokratische Entscheidungen, die Individualrechte beschränken, nicht notwendig arbiträr oder willkürlich (»tyrannisch«) ausfallen müssen. *Meinungsverschiedenheiten* und *Minderheitspositionen* bilden Elemente des demokratischen Entscheidungsprozesses. Ein politisch umkämpfter und durch die Mehrheit getroffener Beschluss, einen Rechtssatz bestimmten Inhalts zu erlassen, beseitigt diese Uneinigkeit nicht, sondern ändert entweder deren Qualität oder verschiebt ihre Relevanz in die Zukunft. Unter der Bedingung der Demokratie bestehen gesetzgebende Organe (Legislativen) stets aus einer Mehrzahl von Personen. Mehrheiten lassen sich regelmässig nur dann erzielen, wenn ein Grossteil der Mitglieder der Legislative von ihren anfänglichen politischen Präferenzen abrückt. Entscheidungstheoretisch betrachtet, dürften Situationen, in denen ein Rechtssatz den politischen Präferenzen eines relevanten Teils der Mitglieder der Legislative voll entspricht, Seltenheitswert geniessen. Aus dieser Warte betrachtet, erweist sich *Rechtssetzung* in paradoxer Weise als stets vorläufige *schriftliche Fixierung eines partialen Dissenses*.⁹²

22 Die Existenz sachlich und *thematisch* begründeter Minderheitspositionen (engl.: »*topical minorities*«) ist im demokratischen Prozess daher unausweichlich und keine generelle Folge einer Willkürherrschaft (»Tyrannei«).⁹³ Eine autoritative, rechtsnormativ verbindliche Entscheidung ist nicht allein deswegen »tyrannisch«, weil sie im Widerspruch zum erklärten Willen betroffener Personen steht oder deren Rechte beschneidet. Zumindest ihrem objektiven Anschein nach in die Nähe einer »Tyrannei der Mehrheit« rückt der demokratische Entscheidungsprozess jedoch vornehmlich in *zwei besonderen Konstellationen*. Kann die in einem demokratischen Entscheidungsverfahren ermittelte Mehrheitsgruppe, *erstens*, infolge der Einschränkung von Grundrechten der unterlegenen Minderheit in relevantem Umfang kausal einen Vorteil erwarten, setzt sie sich dem objektiv begründeten Anschein aus, *in eigener Sache* und daher zum eigenen Vorteil zu entscheiden.⁹⁴ Die Befürchtung, die Mehrheit der Besitzlosen könne die Minderheit der Eigentümer durch Mehrheitsentscheid enteignen, bildet denn auch einen in historischer Perspektive geradezu klassischen Einwand gegen die Expansion der Demokratie und für die Stärkung der Rechtsstaatlichkeit.⁹⁵ Vergleichbar stellt sich die Sachlage dar, wenn politische Parteien ihre temporäre Mehrheit dafür nutzen, den demokratischen Wettbewerb durch sachwidrige Einteilung der Wahlkreise (»*Gerrymandering*«)⁹⁶ oder auf andere Weise zulasten politischer Minderheiten zu verfä-

92 In Anlehnung an Philip Allott, The Concept of International Law, EJIL 1999, S. 31 ff., 43.

93 Vgl. Jeremy Waldron, The Core of the Case Against Judicial Review, Yale Law Journal 2005, S. 1346 ff., 1397 (»*topical minorities*« und »*decisional majorities*«).

94 Ähnlich Waldron (Anm. 93), S. 1397–1401 m.w.H.

95 Vgl. statt anderer Bäumlin (Anm. 48), S. 2807–2809; Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl., Heidelberg 2004, § 26, N. 20.

96 Für eine Analyse im schweizerischen Kontext vgl. Reich (Anm. 72), S. 281.

schen. Demokratische Entscheidungsverfahren sind, *zweitens*, dann potenziell der realen Gefahr der »Tyrannei der Mehrheit« ausgesetzt, wenn sie sich auf Rechte von Personen oder Gruppen beziehen, die nicht oder nur unzureichend in den politischen Entscheidungsprozess eingebunden sind, systematisch gesellschaftlich herabgesetzt oder ausgegrenzt werden. Für solche Personengruppen hat der United States Supreme Court in seiner Rechtsprechung die Bezeichnung der »*vereinzelt und isolierten Minderheiten*« (engl.: »*discrete and insular minorities*«) geprägt.⁹⁷ Im schweizerischen Kontext ist die Kategorie vor allem für jene Gruppen angemessen, die gleichsam im »blinden Fleck des Referendums« zu liegen kommen, weil sie im politischen Entscheidungsprozess kaum zureichend durchsetzungsfähig sind.⁹⁸ Diese Kriterien können auf Personen zutreffen, die nicht-traditionellen, geografisch wenig konzentrierten Minderheiten angehören oder denen mangels Schweizer Bürgerrecht zumindest im Bund keine politischen Rechte zukommen.⁹⁹

V. Überformung des statischen Bundesverfassungsrechts durch heteronome rechtsstaatliche Garantien

1. Politische Rationalitäten der Verfassungsgerichtsbarkeit: glaubwürdige Verpflichtung und politische Versicherung

Ein Gericht zeichnet sich idealiter dadurch aus, dass es im Verhältnis zu den an einer Rechtsstreitigkeit beteiligten Parteien als »rechter Mittler«¹⁰⁰ auftritt, der hinsichtlich des materiellen Ausgangs des Verfahrens keine eigenen Interessen verfolgt.¹⁰¹ Unterstrichen wird diese sachlich-distanzierte Stellung durch die fehlende Befugnis von Gerichten, aus eigenem Antrieb aktiv zu werden. Gerichte dürfen sich nur dann mit einer Streitsache befassen, wenn sie von einer Verfahrenspartei angerufen werden, entscheiden die Rechtsstreitigkeit auf der Grundlage eines von Dritten erlassenen Rechtssatzes als einem Datum (Gegebenen) und sind für die Vollstreckung ihrer Urteile auf die Unterstützung der Exekutive angewiesen.¹⁰² Solche Überlegungen haben Alexander Hamilton 1788 dazu veranlasst, seine These der Machtlosigkeit der Justiz zu formulieren.¹⁰³

97 *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U. S. 144, 152, N. 4 (1938); für eine Adaption vgl. Johannes Reich, An Interactional Model of Direct Democracy, Lessons from the Swiss Experience, SSRN Working Paper (23.6.2008), S. 26–30 (verfügbar unter <http://ssrn.com/author=568933>).

98 Reich (Anm. 78), S. 997 m.w.H.

99 Vgl. Reich (Anm. 78), S. 986–988, 997.

100 BGE 126 I 228 E. 2c/aa S. 232; 123 I 87 E. 4e S. 94; 33 I 146 E. 2 S. 146.

101 Reich, Basler BV-Komm., Art. 191c, N. 1–4.

102 Reich, Basler BV-Komm., Art. 191c, N. 1.

103 Vgl. Alexander Hamilton, The Federalist Papers No. 78: The Judiciary Department, 28 May 1788, verfügbar unter Yale Law School, Avalon Project (http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp [25.8.2019]).

- 24 Diese Konzeption der dritten Gewalt als neutrale, passive und allein dem Recht verpflichtete Institution vermag theoretisch-analytische Erklärungsansätze für den tatsächlichen oder nur vermeintlichen Machtverzicht zu liefern, der die Politik mit der Errichtung der Verfassungsgerichtsbarkeit aus freien Stücken in Kauf zu nehmen scheint. Rechtliche Schranken können jedoch unter bestimmten Bedingungen den politischen Handlungsspielraum in paradoxer Weise *erweitern*. Wäre die Politik selbst mit der Anwendung und Kontrolle des von ihr gesetzten Rechts befasst, besäße die Verpflichtung, sich an das Recht zu halten, keine Glaubwürdigkeit. Diese *glaubwürdige Verpflichtung* wird erst durch die Delegation der Kontrolle der Rechtsanwendung an eine vor direkter Einflussnahme abgeschirmte Instanz hergestellt.¹⁰⁴ Einsichtig wird dieser Mechanismus am Beispiel des Grundrechtsschutzes. Grundrechte beschränken die Gestaltungsmacht der Politik. Entsprechend lässt sich die Bindung an eben diese Grundrechte durch die Politik nur durch die Delegation der Durchsetzung dieser Rechtsansprüche an eine unabhängige Institution glaubwürdig kommunizieren. Die Überantwortung der Verfassungsrechtsprechung an eine unabhängige Institution kann zudem als »politische Versicherung« dienen.¹⁰⁵ Sie bietet politischen Akteuren, die in einem bestimmten Zeitpunkt über eine für Verfassungsänderungen erforderliche Mehrheit verfügen, auch im Fall einer künftigen Wahlniederlage eine erhöhte Gewähr für die Weitergeltung der von ihr in der Verfassung niedergelegten Politikprogramme. Die Theorie der »politischen Versicherung« vermag theoretisch belastbar zu erklären, weshalb Verfassungsgerichte verbreitet nach Phasen politischer Umbrüche geschaffen werden. Weil diejenigen politischen Kräfte, welche die Neuordnung herbeigeführt haben, mit politischen Rückschlägen rechnen müssen, bestehen erhebliche Anreize, die neu geschaffene Verfassungsordnung durch eine unabhängige Instanz langfristig über die Wahlzyklen hinaus abzusichern.

2. Beschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit – »hässlicher Flecken« oder Phantom-schmerz?

- 25 Art. 190 BV erklärt »Bundesgesetze und Völkerrecht [...] für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden« für »massgebend«. Wie der französische Wortlaut der Bestimmung (»sont tenus d'appliquer«) unterstreicht, sind Gerichte und Verwaltungsbehörden, welche die Verfassungswidrigkeit einer bundesgesetzlichen oder völkerrechtlichen Norm feststellen, im Sinn eines Anwendungsgebots im Unterschied zu einem Prüfungsverbot gehalten, die als verfassungswidrig taxierte Bestimmung gleichwohl anzuwenden.¹⁰⁶

104 Zur Theorie des »credible commitment« statt anderer *Jon Elster*, *Ulysses and the Sirens*, Paris/Cambridge 1984, S. 36–110; *Mark Thatcher/Alec Stone Sweet*, *Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions*, *West European Politics* 2002, S. 1 ff., 10, 14 f.

105 *Tom Ginsburg*, *Judicial Review in New Democracies*, Cambridge UK 2003, S. 22–33 (»insurance model of judicial review«); ferner *ders./Mila Versteeg*, *Why Do Countries Adopt Constitutional Review?*, *Journal of Law, Economics, and Organization* 2014, S. 587 ff., 588 f., 594 f., 615–617.

106 BGE 144 I 126 E. 3 S. 129 f. m.w.H. (ständige Rechtsprechung); umfassend *Martin E. Looser*, *Verfas-*

Art. 190 BV bildet eine inhaltlich unveränderte »Nachführung« von Art. 113 Abs. 3 und des sinngleichen, 1914 eingefügten Art. 114^{bis} Abs. 3 der bis am 31. Dezember 1999 geltenden Bundesverfassung vom 29. Mai 1874.¹⁰⁷ Der erwähnte Art. 113 Abs. 3 geht seinerseits auf den in der Abstimmung von Volk und Ständen vom 12. Mai 1872 gescheiterten Entwurf für eine revidierte Bundesverfassung¹⁰⁸ zurück, der unverändert in die Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 übernommen wurde.¹⁰⁹

Den Verfassungszusatz, wonach von der Bundesversammlung erlassene oder genehmigte 26 Rechtssätze für die rechtsanwendenden Behörden »massgebend« sind, hatte der damalige Bundesrat *Jakob Dubs* in der Debatte des Nationalrats vom 8. Februar 1872 beantragt.¹¹⁰ *Dubs* begründete seinen Antrag mit der »Trennung der gesetzgebenden [sic!] und der richterlichen Gewalt«.¹¹¹ Eben diese *Gewaltentrennung* verlange, dass »die richterliche Gewalt nicht über die gesetzgebende [sic!] sich erhebe«, was dadurch sichergestellt werden könne, dass »der Richter die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze [sic!] und die von ihr gutgeheissenen Staatsverträge als massgebend zu betrachten habe.«¹¹² Eine Überprüfung der »Konstitutionalität« von Bundesgesetzen nach dem Vorbild des United States Supreme Court¹¹³ »erscheine aber (...) als unzulässig«.¹¹⁴ Für die Beurteilung von Rechtsstreitigkeiten sollte nunmehr das Bundesgericht zuständig sein, wobei sich das Gericht nicht »über den Gesetzgeber« stellen, sondern allein »innerhalb des gesetzlichen Rahmens« entscheiden sollte.¹¹⁵

Diese »Immunisierung«¹¹⁶ bundesgesetzlicher und völkerrechtlicher Rechtssätze gegenüber 27 wirkungsvoller gerichtlicher Kontrolle wird einerseits als Schutzwall gegen eine Gefährdung des Legalitätsprinzips, eine politische Vereinnahmung der Justiz und eine ideologische Unterwanderung des Verfassungsrechts gepriesen.¹¹⁷ Die schweizerische Staatsrechtswissenschaft, die sich traditionell durch ein »Engagement für Vernachlässigtes«¹¹⁸ auszeichnet, litte demnach in ihrer Mehrheit an einem *Phantom-schmerz*, da Art. 190 BV kein rechtsstaat-

sungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Zürich/St. Gallen 2011, § 8, N. 267–306.

107 Botschaft neue BV (Anm. 22), S. 428 f.

108 BBl 1872 II 358 ff., 364 f., 367, 369 f.

109 Vgl. *Looser* (Anm. 106), § 7, N. 43 f., 46–51.

110 Vgl. Protokoll über die Verhandlungen des Schweiz[erischen] Nationalrates [sic!] betreffend Revision der Bundesverfassung, 1871/1872, Bern 1873, S. 500–502.

111 Protokoll Nationalrat (Anm. 110), S. 501.

112 Protokoll Nationalrat (Anm. 110), S. 501.

113 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

114 Protokoll Nationalrat (Anm. 110), S. 501.

115 *Jakob Dubs*, Zur Verständigung über die Bundesrevision, 2. Aufl., Zürich 1871, S. 108 (Kursivdruck hinzugefügt).

116 *Biaggini*, Komm. BV, Art. 190, N. 7.

117 *Hansjörg Seiler*, Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Verfassungsrecht, Richterrecht und Politik, ZSR 2010 II, S. 381–546, 512–515.

118 *Giovanni Biaggini*, Die Staatsrechtswissenschaft und ihr Gegenstand: Wechselseitige Bedingtheiten

liches Defizit darstellen würde. Andererseits wird die gleiche Verfassungsbestimmung von anderer Seite als Gefährdung von Minderheitenrechten¹¹⁹ und »Relativierung« des »Rechtsstaatsprinzips« gebrandmarkt.¹²⁰ *Gustav Vogt* monierte bereits 1890, die beschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit sei »ein hässlicher Flecken auf dem sauberen Schild unseres Rechtsstaates«.¹²¹ Die Botschaft über eine neue Bundesverfassung machte sich 1996 aber die Parole *Dubs'* zu eigen, wonach sicherzustellen sei, dass »sich die richterliche nicht über die gesetzgebende Gewalt erhebe«.¹²² Politische Vorstösse, die Verfassungsgerichtsbarkeit extensiver auszugestalten, sind bisher ausnahmslos gescheitert.¹²³

- 28 Die verfassungstheoretische Diskussion von Art. 190 BV unter den Blickwinkeln von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie ist wenig ergiebig. Sie zeigt einzig auf, dass der Antrag *Dubs'* aus heutiger, in diesem Sinn *ahistorischer* Sicht von einem spezifischen Verständnis von Rechtsstaatlichkeit angeleitet war, das *Gewaltentrennung* und »Gesetzesstaat« (N. 15) betonte (vgl. N. 26). Im Übrigen lassen sich beide Konzepte – Demokratie und Rechtsstaatlichkeit – sowohl für die *Rechtfertigung* als auch für die *Kritik* an Art. 190 BV ins Feld führen, was deren Eigenschaft als wesensmässig umstrittene Begriffe illustriert (N. 2). Zur Verteidigung von Art. 190 BV unter dem Blickwinkel der Demokratie kann auf die mittels Volkswahl abgesicherte Stellung des Parlaments, für das Gegenteil auf die Legitimation der Bundesverfassung durch das obligatorische Referendum verwiesen werden. Die Gleichsetzung von »Rechtsstaat« mit »Gesetzesstaat« (vgl. N. 15) wird ebenso zur Rechtfertigung von Art. 190 BV führen wie die Betonung der Gewaltenteilung als Element der Rechtsstaatlichkeit (vgl. N. 2, 11 f.). Die gegenteilige Auffassung lässt sich dann unter Hinweis auf die Rechtsstaatlichkeit begründen, wenn der gerichtliche Rechtsschutz hervorgehoben wird (vgl. N. 2, 11).

3. Art. 190 BV: Allokation politischer Macht durch Verfassungsrecht

- 29 Die rechtswissenschaftliche Forschung erklärt die beschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit verbreitet mit verfassungstheoretischen oder staatsphilosophischen Leitbildern.¹²⁴ Der Erklärungswert solcher Zugänge ist insoweit beschränkt, als dass sie auf der wenig überzeugenden Prämisse beruhen, dass politische Akteure allein intrinsisch motiviert sind und sich

am Beispiel der Schweiz, in: Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung, Beiheft 7, Berlin 2007, S. 267 ff., 288 (Kursivdruck im Original weggelassen).

119 *Hertig Randall* (Anm. 91), S. 318–321.

120 Vgl. *Epiney*, Basler BV-Komm., Art. 190, N. 20; *Hangartner/Looser*, St. Galler BV-Komm., Art. 190, N. 1, 48; ähnlich *Alain Griffel*, Rechtsschutz, in diesem Werk, Bd. 2, IV.8, N. 33.

121 *Gustav Vogt*, Die Organisation der Bundesrechtspflege in den Vereinigten Staaten von Amerika, ZSR 1890, S. 566 ff., 586 (Kursivdruck hinzugefügt).

122 Botschaft neue BV (Anm. 22), S. 428 (gleichsam plagierend ohne Nennung von *Jakob Dubs*).

123 Vgl. *Looser* (Anm. 106), § 7, N. 85–151, 163–211.

124 Vgl. *Kölz*, Verfassungsgeschichte II, S. 576, 578–580; *Looser* (Anm. 106), § 5, N. 12, 56, § 17, N. 37, 45, 53, 98, § 18, N. 11, § 19, N. 5, 9; *Hangartner/Looser*, St. Galler BV-Komm., Art. 190, N. 1 m.w.H.

ohne Rücksicht auf ihren eigenen Nutzen an höheren Werten und inneren Überzeugungen orientieren.¹²⁵ Dadurch gerät aus dem Blick, dass Art. 190 BV der *Allokation politischer Macht* zwischen der Bundesversammlung und dem Bundesgericht dient. Die Warnung *Dubs'* vor richterlicher Selbstermächtigung (N. 26) und der Wortlaut der Vorgängerbestimmung von Art. 190 BV¹²⁶ unterstreichen diesen Befund. Die analytisch-theoretische *Orientierung an politischem Nutzenkalkül* vermag auch aufzuzeigen, weshalb sich keine politischen Mehrheiten für eine Änderung von Art. 190 BV haben gewinnen lassen, obwohl sich die Problematik der »Tyrannei der Mehrheit« in zwei spezifischen Konstellationen potenziell stellen kann (vgl. N. 22).

Der Entscheid für die beschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit fiel im Kontext der durch den Freisinn hegemonial dominierten Mehrheitsdemokratie im jungen Bundesstaat.¹²⁷ Einer »politischen Versicherung«, die politische Anreize für die Ausweitung der Verfassungsgerichtsbarkeit gesetzt hätte (vgl. N. 24), bedurfte der hegemoniale Freisinn in den 1870er-Jahren nicht, da seine dominante Stellung nicht prinzipiell infrage stand. Auch mit dem allmählichen Übergang zur Konkordanzdemokratie hat sich diese Anreizstruktur nicht grundlegend verändert. Eine »politische Versicherung« ist nur für jene politischen Kräfte notwendig, welche die Durchsetzungsfähigkeit besitzen, ihre Programmatik in der Verfassung zu verankern, diese Gestaltungskraft aber mittelfristig wieder einzubüssen drohen. Diese Konstellation ist im Vielparteiensystem auf Bundesebene nicht gegeben. Voraussetzung einer durch die Verfassungsgerichtsbarkeit eingegangenen »glaubwürdigen Verpflichtung« ist vor allem mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Grundrechtskatalog (vgl. N. 24), dass der *Gegenstand*, auf den sich die Verpflichtung beziehen soll, präzise bestimmbar ist. Bundesrat und Bundesversammlung hielten den sachlichen Schutzbereich zahlreicher Grundrechtsgarantien jedoch während mehreren Jahrzehnten für »schwankend« oder für »vorwiegend politischer und administrativer Natur«, weshalb entsprechende Entscheide dem politischen System vorbehalten blieben.¹²⁸

125 Vgl. dazu auch *Reich* (Anm. 20), N. 73.

126 Art. 113 Abs. 1 Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (in Kraft bis zum 31.12.1999): »In allen diesen Fällen sind jedoch die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemeinverbindlichen Beschlüsse sowie die von ihr genehmigten Staatsverträge [...] massgebend.« – Kursivdruck hinzugefügt.

127 Vgl. Historische Statistik der Schweiz HSSO, 2012, Tab. X.6. (hssso.ch/2012/x/6 [25.8.2019]).

128 Botschaft betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege, BBl 1874 I 1059 ff., 1077; eingehend *Giovanni Biaggini*, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Armin von Bogdandy et al. (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. VI, Heidelberg 2016, § 105, N. 26–29; *Reich* (Anm. 20), N. 470–479 m.w.H.

4. Heteronomie rechtsstaatlicher Schranken und die Verbreitung der rechtlich disziplinierten Demokratie

31 Der Siegeszug, den die Demokratie auf dem europäischen Kontinent in zwei Wellen nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs und infolge des Falls des Eisernen Vorhangs angetreten hatte, verhalf einer besonderen Form der Demokratie zum Durchbruch – der *rechtlich disziplinierten Demokratie*, die sich an dem von James Madison im 18. Jahrhundert ausgearbeiteten Modell orientierte (vgl. N. 18 f.) und durch ein tiefes Misstrauen gegenüber unbeschränkter Volkssouveränität geprägt blieb.¹²⁹ Diese rechtlich disziplinierte Konzeption überschneidet sich inhaltlich nur geringfügig mit dem Idealtypus der genossenschaftlichen, ungebunden-»radikalen« Demokratie (vgl. N. 16–19), auch wenn beide Modelle mit »Demokratie« die identische Bezeichnung tragen. Tiefgreifende Umbrüche werden zuweilen dadurch verdeckt, dass eingeübte ideengeschichtliche Bezeichnungen weiterverwendet werden.¹³⁰ Die Diskontinuität hinsichtlich der bestimmenden Vorstellung von »Demokratie« in Europa war auch deshalb wenig augenfällig, weil die innovativen Institutionen der rechtlich disziplinierten Demokratie (institutionell verselbständigte Verfassungsgerichtsbarkeit, Repräsentation etc.) mit dem tradierten staatsphilosophischen Vokabular gerechtfertigt werden konnten.¹³¹ Soweit diese Veränderungen in ihrer grundlegenden Bedeutung zeitgenössisch überhaupt wahrgenommen worden sein sollten, dürfte es für die politischen Akteure im schweizerischen Bundesstaat an Anreizen gefehlt haben, die verfassungsrechtlich festgelegte Allokation politischer Macht neu zu justieren (vgl. N. 29 f.). Diese *Statik des Bundesverfassungsrechts* dürfte eine zentrale Bedingung der Möglichkeit sowohl für die zunehmende Disziplinierung der schweizerischen Demokratie durch *heteronome Schranken* als auch für ein stärker an der *Rule of law* ausgerichtetes Verständnis von Rechtsstaatlichkeit gebildet haben.

32 Als Folge der Ratifikation der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) am 28. November 1974 wurde die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht formell, sondern gleichsam auf kaltem Weg eingeführt.¹³² Art. 6 Ziff. 1 EMRK beförderte zudem ein evolutiv um verfahrensrechtliche Garantien erweitertes Verständnis der traditionell institutionell gedeuteten, an der Gewaltenteilung orientierten Rechtsstaatlichkeit. Diese Angleichung an die *Rule of law* hat mit Art. 29a und Art. 30 BV Eingang in die Bundesverfassung gefunden.¹³³ Selbst die nur im spezifischen Kontext des schweizerischen Bundes-

129 J.-W. Müller (Anm. 55), S. 128 a.E.

130 Niklas Luhmann, *Metamorphosen des Staates*, in: ders., *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd. 4, Frankfurt a.M. 1995, S. 101 ff., 103: »Die Ideenevolution [...] lässt »alte Namen« fortleben, auch wenn das, was damit bezeichnet wird, sich ändert. Das hat den Vorteil, dass Diskontinuitäten nicht als Diskontinuitäten markiert werden müssen [...]«.

131 J.-W. Müller (Anm. 55), S. 128 f.

132 Vgl. etwa BGE 117 Ib 367 E. 2 S. 369–374, 125 II 417 E. 4 S. 420–427; Jörg Paul Müller, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen*, VVDStRL 1980, S. 53 ff., 66.

133 Weitsichtig der Bericht des Bundesrates über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und

verfassungsrechts verständliche, lang andauernde Auseinandersetzung um »materielle Schranken der Verfassungsrevision« hat mit dem Verweis auf die »zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts« (Art. 193 Abs. 4, Art. 194 Abs. 3 BV) einen Abschluss gefunden, der auf eine *heteronome* rechtliche Ordnung verweist.¹³⁴ Die politische Rationalität dieser Verlagerung genuin landesrechtlich-verfassungsrechtlicher Fragen in die völkerrechtliche Sphäre ist einsichtig: Erstens lassen sich entsprechende Begrenzungen als ohnehin bestehend kommunizieren; zweitens ist die Verweisung auf die »zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts« mit den politischen Vorteilen *strategischer Unbestimmtheit* verknüpft. Welchen Inhalts die »zwingenden Bestimmungen« sind, lässt sich nicht objektiv und verlässlich eruieren. Daher gilt die hinsichtlich der Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit gezogene Feststellung (vgl. N. 24) analog auch für die Verpflichtung von Revisionen der Bundesverfassung auf die »zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts«: was sich rechtlich als *Beschränkung* ausnimmt, kann sich *politisch* als *Erweiterung* von Handlungsmöglichkeiten entpuppen.

VI. Epilog: Furchtlosigkeit angesichts institutionalisierter Ungewissheit

Rechtsstaatlichkeit lässt sich als den Versuch verstehen, die Folgen der Positivierung des Rechts unter den Bedingungen der Demokratie durch Regeln der Rechtserzeugung und der Rechtsanwendung zu bewältigen (N. 12 f.). Mit Blick auf den Charakter der Demokratie als »institutionalisierte Ungewissheit«¹³⁵ muss dieser Versuch notwendig Stückwerk bleiben. Für die Schweiz gilt diese Einsicht trotz einer gewissen rechtlichen Disziplinierung der Verfahren der Demokratie durch heteronome Schranken (N. 31 f.) in gesteigertem Mass. Grundlegende Fragen über den Bestand und die Reichweite von Grundrechten, die in anderen Staaten in verschlossenen Sälen von Verfassungsgerichten fernab von jeder Öffentlichkeit beraten und entschieden werden, sind hier Gegenstand intensiv geführter öffentlicher Debatten. Demokrat bzw. Demokratin zu sein, heisst angesichts dieser *gesteigerten institutionalisierten Ungewissheit* vor allem, furchtlos zu bleiben und »keine Angst zu haben: keine Angst zu haben vor der Meinung der anderen, [...] vor der feindseligen Propaganda, der Geringschätzung [...]«.¹³⁶

Grundfreiheiten, BBl 1968 II 1057–1181, 1075 (wonach der Beitritt zur EMRK die »Tendenz zur deutlicheren Entwicklung des Rechtsstaates« verstärken werde).

134 Vgl. Reich (Anm. 78), S. 1000–1003 m.w.H.; ders., *Verletzt die »Ausschaffungsinitiative« zwingende Bestimmungen des Völkerrechts?* ZSR 2008 I, S. 499 ff., 506–509.

135 J.-W. Müller (Anm. 55), S. 242 (»institutionalized uncertainty«).

136 István Bibó, *Der antidemokratische Nationalismus*, in: ders., *Die Misere der osteuropäischen Kleinstaatserei* (Übersetzung: Béla Rásky) (1946), Frankfurt am Main 1992, S. 50 ff., 51.

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

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 Schneider« 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 Schneider» 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