

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	140 (2021)
Artikel:	Vom Umgang mit Gleichheit und Vielfalt im Föderalismus, im Rechtsstaat und in der Demokratie
Autor:	Belser, Eva Maria
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-1052960

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 24.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Vom Umgang mit Gleichheit und Vielfalt im Föderalismus, im Rechtsstaat und in der Demokratie

EVA MARIA BELSER*

* Prof. Dr. iur., Universität Fribourg. Ich danke BLaw Yannick Zuber, MLaw Sandra Egli, MLaw Simon Mazidi, BLaw Liliya Tseytlina sowie Antilia Wyss ganz herzlich für ihre grosse Unterstützung bei der Vorbereitung und redaktionellen Überarbeitung dieses Beitrags.

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	8
B. Von der Gleichheit und der Vielfalt im Föderalismus	13
I. Autonomie und Mitwirkung zum Ersten	16
1. Subsidiarität	17
2. Kompromiss	18
II. Umgang mit territorialer Vielfalt	21
1. Achtung und Förderung der religiösen Vielfalt	22
2. Achtung und Förderung der sprachlichen Vielfalt	25
III. Umgang mit nicht-territorialen Minderheiten	29
1. Minderheiten	30
2. Nationale Minderheiten	32
3. Verbesserungsbedarf	37
a. Die Zurückhaltung bei der Anerkennung nationaler Minderheiten	38
b. Der unzureichende Schutz der Fahrenden	40
c. Der unzureichende Schutz der sprachlichen Minderheiten	42
C. Von der Gleichheit und der Vielfalt im Rechtsstaat	44
I. Autonomie und Mitwirkung zum Zweiten	45
1. Schutz vor der Tyrannei der Mehrheit	45
2. Rechtsstaat als Schranke der Demokratie	47
3. Menschenwürde als Kern des Rechtsstaats und der Demokratie	49
II. Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot	52
1. Verbot der Diskriminierung	53
2. Pflicht zur Egalisierung	56
3. Notwendigkeit eines allgemeinen Diskriminierungsgesetzes	60
III. Rechtsschutz	64
1. Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit	65
2. Erweiterung der materiellen Ungültigkeitsgründe bei eidgenössischen Volksinitiativen	68
D. Von der Gleichheit und der Vielfalt in der Demokratie	71
I. Autonomie und Mitwirkung zum Dritten	72
1. Übereinstimmung von Herrschenden und Beherrschten	72
2. Politische und andere Minderheiten	74
II. Erweiterung der politischen Rechte	75
1. Einführung des Frauenstimmrechts	78
2. Mitwirkung junger Menschen	80
3. Mitwirkung von Menschen mit Behinderungen	81
4. Einführung des Ausländerstimmrechts	81
a. «Die Ausländer sind die Frauen von heute»	82
b. Ausländerstimmrecht auf kantonaler und kommunaler Ebene	83
c. Notwendigkeit eines allgemeinen Ausländerstimmrechts	85
III. Verbesserung der demokratischen Mitwirkung	89
1. Verstärkung der Repräsentativität	92
2. Verbesserung der Mitwirkung der Frauen	93
3. Verbesserung der Mitwirkung von Minderheiten und anderen Gruppen	95
4. Einführung eines Dreikammerparlaments	96
E. Schlussbemerkung	100
Literatur	107
Materialien	115
Urteilsverzeichnis	116

A. Einleitung

Die Gleichheit aller Menschen ist, wenn auch nicht das einzige Ziel der Gerechtigkeit, so doch das fundamentalste. Alle Menschen sollen gleich sein, so fordert die Gerechtigkeit, ihre Würde soll gleichermaßen geachtet und geschützt werden, sie sollen die gleichen Rechte und Freiheiten geniessen und die gleichen Chancen haben, ihr Leben – allein und mit andern – zu gestalten, ihre Werte zu wählen und zu verwirklichen und ihr Glück zu suchen. Allen Menschen, unabhängig von Geschlecht, Gesundheit, Gesinnung und anderen Merkmalen, soll das gleiche Recht auf Selbstbestimmung und Selbstverwirklichung zukommen und nur jenen Schranken unterstehen, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind, um öffentliche Interessen oder die Rechte und Freiheiten anderer zu schützen.

Auch die Festlegung der Grenzen individueller Rechte und Freiheiten soll unter Berücksichtigung der Gleichheit erfolgen. Wo die Grundrechte keine *Autonomie* sichern, garantieren sie deshalb jedem Menschen das gleiche Recht auf *Mitbestimmung*. Geht es um die Gleichheit aller Menschen, so gehen Rechtsstaat und Demokratie denn auch zunächst Hand in Hand: Während der Rechtsstaat jedem Menschen die gleichen Grundrechte garantiert, sichert die Demokratie jedem Menschen das gleiche Recht, das Wohl des Gemeinwesens mitzubestimmen, Grenzen der Rechte und Freiheiten Einzelner zu definieren und Massnahmen zum Schutz und zur Verwirklichung der Grundrechte festzulegen – oder davon abzusehen. Diese Kongruenz der Ziele bringt auch die Präambel der Bundesverfassung zum Ausdruck, die «Freiheit und Demokratie» stärken will, sowie die Zweckbestimmung, die die (rechtsstaatliche) Freiheit und die (demokratischen) Rechte des Volks ebenfalls in einem Atemzug nennt (Art. 1 BV). Freiheit und Mitwirkung sind gleichermaßen konstitutiv und aufeinander angewiesen. Verbunden aber sind sie durch die Gleichheit. Die Freiheit ist nur dann mit der Demokratie vereinbar, wenn sie für alle die gleiche ist und die Demokratie dient nur dann der Freiheit aller, wenn sie auf Gleichheit beruht.¹

Die Demokratie kann sich aber auch gegen den Rechtsstaat richten und Grundrechte Einzelner übermäßig einschränken. Einzelne können sich in diesem Fall an unabhängige Gerichte wenden, die überprüfen, ob die Mehrheit zu Recht oder zu Unrecht die Rechte Einzelner – überstimmter Personen oder solchen, die am Entscheid nicht mitwirken konnten – beschränkt haben. Besonders Angehörige von Minderheiten und anderen kleinen, isolierten, marginalisierten oder gesellschaftlich missachteten Gruppen, denen es schwerfällt, sich in demokratische Prozesse einzubringen oder die – wegen fehlender Staatsbürgerschaft oder aus anderen Gründen – zum vornherein von diesen ausgeschlossen sind, laufen Gefahr, ihre Grundrechte durch Entscheide der Mehrheit ver-

1 KELSEN, S. 149.

kürzt zu sehen. Sie sind deshalb zu ihrem Schutz ganz besonders auf einen Rechtsstaat angewiesen, der dem Willen der Mehrheit der Stimmberechtigten Schranken setzt und sicherstellt, dass staatliche Entscheide allen zumutbar sind. Geht es nicht um die Abwehr übermässiger Einschränkungen von Rechten und Freiheiten, sondern um die Durchsetzung staatlicher Schutz- und Verwirklichungspflichten, stossen die gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten allerdings an ihre funktionellen Grenzen. Gerichten fällt es schwer, gegen die Untätigkeit des Gesetzgebers vorzugehen. Umso wichtiger ist es deshalb, die gleiche Mitwirkung aller an den politischen Entscheiden des Gemeinwesens sicherzustellen. Je mehr sich das Grundrechtsverständnis erweitert und Rechte und Freiheiten nicht nur Ansprüche auf Abwehr des Staats, sondern auch auf Schutzmassnahmen und auf Leistungen begründen, umso bedeutender wird die Mitwirkung, damit Rechtsstaat und Demokratie sich gegenseitig ergänzen und verstärken und nicht im Widerspruch zueinander stehen.

Die Gleichheit gilt auch dort als Ziel und als Massstab der Gerechtigkeit, wo es um Gruppen von Menschen geht. Die Rechtsordnung lässt zwar grundsätzlich zu, dass Gleicher nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleicher nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird – und dass Mehrheiten darüber entscheiden, welche Unterschiede relevant sind und welche nicht. Sie untersagt aber, dass Menschen aufgrund bestimmter Merkmale, die sie mit bestimmten Menschen verbinden, aber von anderen unterscheiden, unterschiedlich behandelt oder ungerechtfertigterweise gleichbehandelt werden. Das Diskriminierungsverbot verbietet es, «eine Person allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, welche historisch und in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder als minderwertig behandelt wird»², rechtsungleich zu behandeln. Niemand darf – wegen seiner Gruppenzugehörigkeit – diskriminiert werden, namentlich nicht, wenn diese Gruppe aufgrund der Herkunft definiert wird, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder aufgrund einer physischen, kognitiven oder psychischen Beeinträchtigung. Das Diskriminierungsverbot gebietet dem Staat die Gleichbehandlung aller Gruppenangehörigen trotz oder gerade wegen der tatsächlichen Unterschiede zwischen Menschen. Umgekehrt verbietet es Gleichbehandlung, wenn die tatsächlichen Unterschiede zwischen den verschiedenen Personengruppen so wesentlich sind, dass eine Gleichbehandlung den Anspruch auf gleiche Anerkennung der Rechte und Bedürfnisse einer Personengruppe missachten würde.

Damit wird deutlich, dass die *Gleichheit* aller Menschen, die den Dreh- und Angelpunkt der Rechtsordnung bildet, einem anderen, ebenso fundamentalen Prinzip gegenübersteht: der *Vielfalt*. Menschen geniessen das Recht auf Gleichheit, um trotz ihrer vielfältigen Unterschiede gleichbehandelt zu werden und

2 BGE 132 I 49 E. 8.1.

gleichermassen frei zu sein, nach ihren eigenen Wertvorstellungen zu leben und in ihren Bedürfnissen ernst genommen zu werden. Dass alle Menschen rechtlich gleich sein sollen, bedeutet deshalb gerade nicht, dass aus ungleichen Menschen gleiche zu machen sind. Vielmehr sind allen Menschen – gerade wegen ihrer Besonderheiten – gleiche Rechte und Freiheiten und gleiche Mitwirkungsmöglichkeiten zu sichern. Die Gleichheit dient damit auch dazu, jedem Menschen zu ermöglichen, anders zu sein. Die Menschenwürde als Prinzip, das der Gleichheit und der Vielfalt der Menschen zugrunde liegt, beruht auf der Idee, jeden Menschen – gerade aufgrund seiner Einzigartigkeit und seiner allfälligen Andersartigkeit – gleichermassen wertzuschätzen, seine Gleichheit und seine Andersartigkeit gleichermassen zu achten, zu schützen und in der Rechtsordnung zu verwirklichen.

Wie aber sind die Gleichheit der Menschen und ihre Vielfalt miteinander zu vereinen? Wie verhält sich der Anspruch auf Gleichheit, Gleichbehandlung und Gleichstellung zur tatsächlichen Vielfalt? Können Menschen gleichbehandelt oder gleichgestellt werden, wenn sie ganz unterschiedlich leben, denken, fühlen und handeln, wenn sie als Frauen, Männer, als trans, queer und nicht-binäre Personen, als Alte und Junge, vorzeitig Gealterte und Junggebliebene ganz anders sind, unterschiedliche Geschichten, Werte und Lebensentwürfe haben, unterschiedliche Sprachen sprechen, unterschiedliche Götter verehren oder mit der Götterverehrung nichts zu tun haben wollen? Wollen Menschen überhaupt trotz ihrer Unterschiede gleichbehandelt und gleichgestellt werden? Oder verlangt nicht gerade die Vielfalt der Menschen nach unterschiedlichen Regeln?

Das Verhältnis von Gleichheit und Vielfalt wirft die Frage nach dem Verhältnis von Mehrheiten, Minderheiten und Einzelnen auf. Den Rechten der *Mehrheit* dient in erster Linie die Demokratie, die sicherstellt, dass sich die Wünsche der meisten bei Wahlen und Abstimmungen durchsetzen. Die Mehrheit bestimmt über die Besetzung der politischen Organe, die Gesetzgebung, die Finanzen und die Beziehungen des Staats zu Einzelnen, Gliedstaaten, Gruppen und anderen Nationen. Den Rechten und Freiheiten der Einzelnen dienen vor allem die Grund- und Menschenrechte. Sie schützen Rechte und Freiheiten auch dann, wenn die Mehrheit diese auf unrechtmässige Weise beschneiden will und garantieren allen, die von einem solchen Entscheid betroffen sind, ein Recht auf eine wirksame Beschwerde. Der Achtung und dem Schutz der *Minderheiten* dient oft der Föderalismus, der nationale Minderheiten in subnationale Mehrheiten verwandelt.

Ähnlich wie Einzelne geniessen im schweizerischen Bundesstaat alle Kantone ein gleiches Recht auf *Selbstbestimmung*, wo dieses nicht durch übergeordnetes Recht beschränkt wird, und ein gleiches Recht auf *Mitbestimmung*, wenn es um die Festlegung dieser Schranken geht. Wie die Gleichheit steht damit auch der Föderalismus sowohl im Dienst der Gleichheit als auch im Dienst der Vielfalt. Die Autonomie der Kantone sichert diesen das Recht, ihre Aufgaben,

Wünsche und Pläne selbst festzulegen, an ihrer Identität und Eigenart festzuhalten und andere Wege einzuschlagen als andere Kantone. Der Föderalismus gilt deshalb als Garant der Vielfalt. Dabei stellt sich allerdings die Frage, ob es sich bei den Bevölkerungen der Kantone tatsächlich um Minderheiten handelt, die einen Anspruch auf Wahrung und Förderung ihrer kulturellen, religiösen und sprachlichen Eigenheiten haben. Lassen sich die Bewohnerinnen und Bewohner der Kantone Aargau, Genf, Wallis/Valais oder Tessin tatsächlich als Minderheiten qualifizieren, die Achtung und Schutz verdienen oder klaffen die Konzepte Bundesstaatlichkeit und Minderheitenschutz auseinander? Zweifellos ist die Vielfalt des Landes vielfältiger, als es die föderale Struktur nahelegt. Wer sprachlich einer nationalen Minderheit angehört, die im Kanton die Mehrheit bildet, kann gleichzeitig im religiösen oder kulturellen Bereich Teil einer Mehrheit bilden oder sich in Bezug auf Religion, Kultur oder andere Merkmale von seiner Sprachgruppe unterscheiden und eine Minderheit innerhalb der Minderheit bilden. Hinzukommt, dass der Föderalismus den Angehörigen jener kulturellen, sprachlichen, religiösen oder anderen Minderheiten keinen Schutz bietet, die in keinem Kanton und in keiner Gemeinde eine Mehrheit bilden, weil sie ihr angestammtes Territorium verlassen oder nie über ein solches verfügt haben. Welchen Schutz garantiert der schweizerische Bundesstaat nationalen und anderen Minderheiten, die in verschiedenen Kantonen beheimatet sind – oder diese als Fahrende durchreisen – und die Vielfalt der Regelungen nicht als Hilfe, sondern als Hindernis wahrnehmen? Welche Mechanismen bieten Rechtsstaat, Demokratie und Föderalismus, um allen Minderheiten einen Anspruch auf Achtung, Schutz und Verwirklichung ihrer Freiheiten und auf Mitwirkung zu sichern?

Die Rechtsordnung sieht sich mit anderen Worten mit vielfältigen Überlappungen und Widersprüchen der Rechtsgleichheit und des Gleichstellungsrechts konfrontiert. Kann sie allen Einzelnen gerecht werden – wie sie es allen Einzelnen schuldet – und gleichzeitig die Rechte von Minderheiten und von Gruppen, die aufgrund eines Merkmals historisch und aktuell benachteiligt werden, verwirklichen? Bleibt überhaupt noch etwas übrig von der Gleichheit – oder von der Demokratie und vom Föderalismus – wenn der Staat sich vornimmt, allen Menschen in ihrer Einzig- und Andersartigkeit gerecht zu werden? Ist die Rechtsordnung den vielfältigen Identitäten, den historischen, aktuellen, neuen und sich überlappenden Benachteiligungen überhaupt gewachsen? Kann sie beispielsweise eine Frau oder eine nicht-binäre Person, die einer sprachlichen Mehrheit angehört, gleichbehandeln wie eine, die in Bezug auf die Sprache einer Minderheit angehört? Kann ein wohlhabender heterosexueller Mann, der eine Minderheitensprache spricht, gleichbehandelt werden wie eine homosexuelle Person der gleichen Sprachgemeinschaft, die eine nomadisierende Lebensform führt? Kann die eine oder andere Person Nachteilen ausgesetzt werden, um die Gleichstellung der Geschlechter oder die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen zu erreichen?

Der Umgang mit Vielfalt in der Einheit wirft zahlreiche Fragen auf, die zu beantworten der Rechtsordnung schwerfällt. Was bedeutet es für den Anspruch auf Gleichheit, dass wir in einer Welt leben, in der das nationale Paradigma (selbst das multinationale) durch ein plurales ersetzt worden ist und in der immer mehr Benachteiligungen, Marginalisierungen und Herabsetzungen wahrgenommen und thematisiert werden? Führt Identitäts- und Diversitätspolitik notwendigerweise in einen unübersichtlichen Dschungel, in dem alle gleich sein wollen, aber niemand es mehr ist? «Diskriminiert fühlen sich in der verwöhnten Wohlstandswelt» nach einer journalistischen Überzeichnung bekanntlich «weiterhin die Frauen – und längst auch die Männer. Die Homosexuellen, die Bisexuellen, die Asexuellen, die Transsexuellen – und auch die Heterosexuellen. Die Ausländer – und die Inländer. Die Muslime, die Christen, die Agnostiker – und die Atheisten. Die Alten – und die Jungen. Die arbeitenden Mütter, die arbeitenden Hausfrauen, die arbeitenden Väter, die Alleinstehenden, die Verheirateten – und die Familien. Die Armen, der Mittelstand – und die oberen ein Prozent. Die Vegetarier, die Veganer, die Frutarier – und die Omnivoren. Die Velofahrer, die Autofahrer, die ÖV-Benutzer – und die Fussgänger. Die Prädikate lassen sich kumulieren, und die Liste beansprucht keine Vollständigkeit.»³

Gehören die Begriffe der Gleichheit und der Diskriminierung tatsächlich zu den Verdichtungssymbolen von Protesten und sozialen Bewegungen, die Gesellschaft und Politik herausfordern und die Tagesordnung bestimmen? Führt die Konjunktur der Identität und der Aufstieg der Minderheiten zu einer kulturellen Tribalisierung moderner Gesellschaften, in denen nicht mehr die Durchschnittsbürgerin oder der Durchschnittsbürger den Ton angibt, sondern «Otto Normalabweicher» (Jürgen Kaube)? Befördert ein Exzess an Diskriminierungs- und Minderheitenschutz tatsächlich einen Zerfall des Gemeinwesens in Subkulturen oder Binnenwelten mit je eigenen Wertorientierungen, Kommunikationskanälen und Ansprüchen an andere? Nach diesen Befürchtungen gefährdet der Anspruch, jeder Person in ihrer Einzigartigkeit und in ihren vielfältigen Gruppenzugehörigkeiten gerecht zu werden, die Einheit und den Zusammenhalt. Er spaltet und polarisiert die Gemeinschaft und verwandelt die sprichwörtlichen alten – und auch jungen – weissen Männer in frustrierte Wutbürger, zu denen sich zusehends auch Wutbürgerinnen gesellen.⁴

Diese Fragen sind Thema des vorliegenden Beitrags. Er beschäftigt sich mit der herausforderungsreichen staatlichen Aufgabe, Rechtsgleichheit zu garantieren und zu verwirklichen und gleichzeitig Vielfalt zu achten und zu fördern,

3 SCHEU, Der neue Opferautoritarismus, NZZ vom 12.08.2016, verfügbar auf: <<https://www.nzz.ch/feuilleton/zeitgeschehen/diskriminierung-und-viktimisierung-der-neue-opferautoritarismus-ld.110624>>.

4 Vgl. PARIS, Nicht alles, was einem nicht passt, ist Diskriminierung, NZZ vom 14.12.2017, verfügbar auf: <<https://www.nzz.ch/feuilleton/wenn-sich-alle-mit-allen-vergleichen-ld.1338759>>.

Einzelnen, Minderheiten, Gruppen und Kantonen Rechtsgleichheit zu gewähren und ihnen zu erlauben, selbstbestimmt gleich oder anders zu sein und angemessen mitzubestimmen, wenn das Gemeinwesen Entscheide fällt. Um das spannungsreiche Verhältnis von Gleichheit und Vielfalt zu klären, soll dieses im Folgenden anhand der drei Strukturprinzipien der Bundesverfassung – Föderalismus, Rechtsstaat und Demokratie – untersucht werden. Dabei wird es stets um beide Aspekte der Gleichheit gehen: Einerseits um die *gleiche Freiheit, sich selbst zu bestimmen* und gleich oder anders zu sein und trotz Ungleichheit gleichbehandelt zu werden, und anderseits um die *gleiche Möglichkeit, die Grenzen der Selbstbestimmung mitzubestimmen* und über das Gleichgewicht von Einheit und Vielfalt mitzuentscheiden.

Im Ergebnis wird sich zeigen, dass die Schweiz ihren Umgang mit Gleichheit und Vielfalt neu bedenken muss. Weder Föderalismus, noch Rechtsstaatlichkeit, noch Demokratie stellen gegenwärtig sicher, dass die Idee der Gleichheit und das Recht auf Gleichstellung für alle umfassend verwirklicht werden. Der Föderalismus schützt nur jene Gruppen, die in einem Kanton eine Mehrheit bilden, jedoch weder kantonale Minderheiten, noch Personen, die ihren Kanton verlassen haben. Die Rechtsstaatlichkeit garantiert den Einzelnen zwar Rechte und Freiheiten, weist aber Lücken auf und verfolgt bei der Umsetzung einen mehrheitsorientierten und fragmentierten Ansatz. Viele Ungleichheiten zwischen Menschen, die deren Möglichkeiten beeinträchtigen, Rechte und Freiheiten tatsächlich zu geniessen, bleiben unbeachtet. Schliesslich beruht unsere Demokratie allzu sehr auf dem Willen jener Mehrheit, die sich – in zunehmend harten und kostspieligen Wahl- oder Abstimmungskämpfen – durchsetzt, und stellt unzureichend sicher, dass staatliche Entscheide vom ganzen Volk ausgehen und für das ganze Volk gefällt werden. Dieses Volk besteht aber gerade nicht nur aus der Mehrheit, die entscheidet, sondern ebenso aus (überstimmten) Einzelnen, nicht stimmberechtigten Personen und aus Angehörigen von Personen, die es schwerer als andere haben, sich politisch Gehör zu verschaffen. Am Schluss wird es deshalb darum gehen, die Schranken und Mängel der Strukturprinzipien der Bundesverfassung und die Spannungen bei ihrem Zusammenwirken aufzuzeigen und Vorschläge zu entwickeln, wie die Schweiz ihren Umgang mit Vielfalt im Rahmen der Gleichheit verbessern könnte.

B. Von der Gleichheit und der Vielfalt im Föderalismus

Der Föderalismus stellt einen Mechanismus dar, um Mehrheiten mit Minderheiten im gleichen Staat zusammenzuführen oder ihnen durch Föderalisierung ein friedliches Zusammenleben zu ermöglichen. Sein Ursprung liegt in einem *foedus*, einem Vertrag zwischen föderalen Akteuren, der die Autonomie der subnationalen Einheiten regelt und über deren Mitwirkung an nationalen Entscheiden bestimmt. Der *foedus* ist meist Teil einer Verfassung, die durch Ver-

handlung zwischen den föderalen Akteuren zustande gekommen und demokratisch verabschiedet worden ist. Die föderale Verfassung oszilliert deshalb zwischen einem Vertrag, der – wie ein internationaler Vertrag – die Zusammenarbeit zwischen den Gliedstaaten regelt, und einem höchsten Gesetz, das durch Mehrheitsentscheid bestätigt wurde. Föderale Verfassungen beruhen auf einem Mittelweg zwischen einem Einheitsstaat und der Unabhängigkeit der Gliedstaaten. Sie sichern den Gliedstaaten ein Recht auf interne Selbstbestimmung und Mitbestimmung, um externe Selbstbestimmung zu überwinden (aggregativer oder *keeping-together*-Föderalismus) oder zu vermeiden (devolutiver oder *coming-together*-Föderalismus).

Die Schweiz war nach den USA das zweite Land, das den Föderalismus einführte, um öffentliche Belange gemeinsam regeln zu können, im Übrigen aber die Vielfalt der Gliedstaaten aufrechtzuerhalten. Im Jahre 1845, einige Monate vor den gescheiterten antiklerikalen Umsturzversuchen durch die Freischarenzüge, formulierte der spätere Bundesrat Ulrich Ochsenbein den Wunsch, in der Schweiz die nordamerikanische Bundesstaatlichkeit nachzuahmen. Ochsenbein und seine Mitstreiter forderten einen historischen Kompromiss zwischen kantonsfeindlichen Unitariern und zentralisationsfeindlichen Föderalisten und die Einführung eines Zweikammersystems nach dem Muster des US-amerikanischen Kongresses, in dem beide Haltungen angemessen vertreten sind.⁵ Er vermochte mit seinem Plan eine Mehrheit der Revisionskommission zu überzeugen, die nach dem Sonderbundskrieg zusammengrat. Der neue Bund sollte Einheit herstellen, aber nur in wenigen, einzeln genannten Bereichen – etwa bei der Aussenpolitik, der Wohlfahrt und der Wirtschaft, bei den Strassen und Eisenbahnen, aber auch bei der Rechtsgleichheit, den Freiheitsrechten und der Demokratie. Das Anliegen, auch die Gleichstellung der Juden zu garantieren, scheiterte zunächst in der Kommission und später auch in der Tagsatzung.⁶

Schon das Beispiel der gescheiterten – und erst im Jahre 1866 unter internationalem Druck erzielten – Gleichstellung der Juden erinnert daran, dass die Vielfalt, welche die föderale Verfassung schützen, und die Mitwirkung, die sie garantieren sollte, nicht auf sprachliche, kulturelle und religiöse Minderheiten zugeschnitten waren, sondern auf *historische Einheiten und die politischen, wirtschaftlichen und ideologischen Aspirationen ihrer Eliten*. An den Tischen, an denen die neue Bundesverfassung verhandelt wurde, waren nur jene zugegen, ohne deren Zustimmung die Gründung des Bundesstaats nicht von statthen gehen konnte. Aufgrund der unterschiedlichen Sprachregionen waren zwar deutsch-, französisch- und italienischsprachige Delegierte an der Kompromisssuche beteiligt, aber weder Frauen noch Juden, noch andere religiöse, sprachliche oder kulturelle Minderheiten. Bei der Gründung des Bundesstaats ging es

5 HOLENSTEIN, S. 80 f.; vgl. zum Ganzen auch SCHWEIZER, Entstehung und Entwicklung, S. 543 ff.; BELSER, Föderalismus und Minderheitenschutz, S. 776 ff. und 779 ff.

6 HOLENSTEIN, S. 84 f.; vgl. auch KNOCH-MUND.

denn auch weniger um Minderheitenschutz oder um eine allgemeine Gleichheit der Gruppen und Einzelnen, als vielmehr um einen *Kompromiss zwischen verschiedenen Landesgegenden*. Ziel der Verhandlungen war es im Wesentlichen, die kleinen, ländlich-landwirtschaftlichen, katholisch-konservativen deutsch-sprachigen Kantone mit den grossen, urban-industriellen, reformiert-liberalen und ebenfalls deutschsprachigen Kantone im gleichen Staat zusammenzubringen und den kleinen Kantonen die Angst vor der permanenten Majorisierung durch grosse Kantone zu nehmen. Der Mechanismus, der aus diesen Verhandlungen hervorging, war auf dieses Ziel zugeschnitten.⁷

Auf andere Ausdrucksformen der Vielfalt war und ist der Föderalismus nicht ausgerichtet – und für diese funktioniert er auch nur bedingt. Dank kantonalen Zuständigkeiten kann der Bundesstaat bestens mit kantonal unterschiedlichen Vorstellungen über das angemessene Verhältnis von Staat und Kirche umgehen und dank der geografischen Konzentration sprachlicher Minderheiten in den Kantonen kann er auch die sprachliche Vielfalt der Kantone wahren. Andere Gruppen und andere Minderheiten, die nicht Partner der föderalen Gewaltenteilung und Zusammenarbeit sind, können sich aber für die Achtung und Schutz ihrer Rechte nicht ohne Weiteres auf den Föderalismus verlassen.⁸

Die Bundesstaatlichkeit stellt mit anderen Worten ein einmaliges Mittel dar, um gleichzeitig Gleichheit und Vielfalt zu verwirklichen, aber nur, wenn diese Vielfalt eine *territoriale Grundlage* hat. Er erlaubt es, unterschiedlichen Gruppen von Menschen gleiche Selbstbestimmungs- und Mitwirkungsrechte zu sichern, die ohne diese föderalen Mechanismen das Nachsehen hätten (I.). Aber nicht nur Kantone sind Garanten der Vielfalt, sondern auch der Bund hat wichtige Funktionen wahrzunehmen, um die Vielfalt und den Schutz der Minderheiten zu garantieren (II.). Vertikale Gewaltenteilung und institutionelle Mitwirkung sichern nur die Gleichheit der kantonalen Mehrheiten und nur die Vielfalt, die diese zum Ausdruck bringt. Anderen Gruppen – kleine und verstreut lebende insbesondere – kommt weder die kantonale Autonomie zu Gute, noch können sie von der institutionellen Mitwirkung profitieren. Die Erfahrungen, die die Schweiz seit einigen Jahren mit der Umsetzung des Europäischen Rahmenübereinkommens zum Schutz nationaler Minderheiten macht, haben dem Land vor Augen geführt, dass es zwar in Vielem als Vorbild für den friedlichen Umgang mit Vielfalt gelten kann – aber nicht in allem. Der Föderalismus bietet jenen nationalen Minderheiten keinen Schutz, die keine kantonalen und auch keine kommunalen Mehrheiten bilden. Die Situationen, in denen der Föderalismus als Garant der Vielfalt ungenügend bleibt oder sogar versagt, sind dabei zweifellos in Zunahme begriffen (III.). Es stellt sich deshalb die Frage, ob der Föderalismus, dessen wesentliche Kennzeichen in den USA des ausgehenden 18. Jahrhunderts erfunden wurden und der in der Mitte des 19. Jahr-

7 BELSER, Swiss Ständerat, S. 157; KLEY, Eigenheiten Verfassungsrecht, S. 93.

8 BELSER, Föderalismus und Minderheitenschutz, S. 773 ff.

hunderts von der Schweizerischen Eidgenossenschaft übernommen wurde, nicht neuer, ergänzender Mechanismen bedarf, um dem Ziel der Wertschätzung und Pflege der Vielfalt auch unter den gegenwärtigen Bedingungen gerecht zu werden.

I. Autonomie und Mitwirkung zum Ersten

Der Föderalismus steht für *vertikale Gewaltenteilung* und *institutionelle Mitwirkung*. Föderale Verfassungen teilen die Macht zwischen der nationalen Ebene, die für Einheit sorgt, wo Gleichheit geboten oder erwünscht ist, und der subnationalen Ebene, wo die verschiedenen Gliedstaaten im Rahmen ihrer Zuständigkeit das gleiche Recht haben, eigene Entscheide zu fällen und umzusetzen, und ihre Eigenart – je nach Wunsch – beibehalten, aufgeben oder betonen können. Dass die Demokratie im Bundesstaat auf mehreren Ebenen funktioniert, hat zur Folge, dass nur auf nationaler Ebene die nationale Mehrheit das Sagen hat – in jedem Kanton gibt es je eigene Stimmvölker mit je eigenen kantonalen Mehrheiten und Minderheiten. Müssen Minderheiten befürchten, auf nationaler Ebene überstimmt zu werden und fühlen sie sich dadurch in ihrer Identität und Besonderheit bedroht, erlaubt es der Föderalismus, ihnen jene Zuständigkeiten zuzuweisen, die für ihre Selbstbestimmung besonders entscheidend sind, etwa Kultur, Sprache, Religion und Bildung. Für die Schweiz war die kantonale Selbstbestimmung aber auch deshalb zentral, weil bis zum Ende des 19. Jahrhunderts nur die Kantone über eigentliche Staatsvölker verfügten, in denen sich demokratische Strukturen bilden konnten – der Bund war wenig mehr als eine über den Kantonen schwebende staatsrechtliche Konstruktion, die sich nicht auf ein Volk stützen konnte, das eine gesamtschweizerische Demokratie hätte begründen können.⁹

Wo Vielfalt unerwünscht oder schädlich ist, sorgt die nationale Ebene für Einheit oder zumindest für landesweit harmonisierte Regeln. Am Entscheid über die Grenzen zwischen Vielfalt und Einheit, die in der Bundesverfassung gezogen werden, entscheiden Volk und Kantone gleichermaßen mit und auch an der Gestaltung des einheitlichen Rechts sind die Kantone im Rahmen ihrer Mitwirkungsrechte und durch ihre Vertreterinnen und Vertreter im Ständerat beteiligt. Föderale Demokratien sind damit nicht dem reinen Mehrheitsprinzip verpflichtet, sondern begrenzen dieses – oft weitgehend – um die rechtliche Gleichheit ihrer Gliedstaaten zu wahren und ihnen – trotz oder gerade wegen ihrer tatsächlichen Ungleichheit – gleiche Autonomie- und Mitwirkungsrechte zu garantieren. Im Kern geht es dem Föderalismus damit darum, mit Hilfe des Kriteriums der *Subsidiarität* Vielfalt und Eigeninitiative zu dulden und zu fördern, wo immer ein Gliedstaat einer Aufgabe gewachsen ist (1.) und *Kompro-*

9 FASSBENDER, S. 195; KÖLZ, S. 41.

missee zu ermöglichen und zu erzwingen, wo gemeinsame Entscheide erforderlich sind (2.).

1. Subsidiarität

Nach dem föderalen Grundsatz der Subsidiarität – der dem Verhältnismässigkeitsprinzips des Grundrechtsschutzes verwandt ist – soll der Bund nur jene Aufgaben übernehmen, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen (Art. 43a BV). Einheit ist nach diesem Grundsatz begründungsbedürftig. Sie hat nur dort ihren Platz, wo eine Aufgabe, die sich die Schweizerische Eidgenossenschaft vorgenommen hat, von den Kantonen auch dann nicht erfüllt werden kann, wenn sie zusammenarbeiten, oder wenn die Aufgabe nur dann sinnvoll erfüllt werden kann, wenn sie auf einheitlichen Regeln beruht.¹⁰ Die Selbstbestimmung der Kantone soll deshalb nur dort begrenzt werden, wo gewichtige Interessen für eine gemeinsame Regelung sprechen und Einheitlichkeit für alle, trotz aller tatsächlicher Unterschiede, unterschiedlicher Ziele, Wünsche und Prioritäten, verhältnismässig ist – geeignet, erforderlich für ein gemeinwohlorientiertes Zusammenleben und den Kantonen zumutbar.

Im Rahmen dieser einheitlichen Regelungen geniessen die Kantone ein Recht auf Selbstbestimmung, geben sich ihre eigene Verfassung und Organisation, bestimmen über die Rechte und Pflichten ihrer Bürgerinnen und Bürger, verabschieden Gesetze und entscheiden über ihre Finanzen. Die Kantone sind nach Bundesverfassung «souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist» (Art. 3 BV). Während der Bund jene Aufgaben wahrnimmt, die ihm die Bundesverfassung zuweist (Art. 42 BV), bestimmen die Kantone selbst, welche Aufgaben sie erfüllen (Art. 43 BV) und ob sie diese alleine oder in Zusammenarbeit mit anderen Kantonen, mit lokalen, ausländischen oder privaten Akteuren tun (Art. 48 und 56 BV). Bei der Ausübung ihrer Autonomie sind die Kantone an das Bundesrecht und Völkerrecht gebunden, das – zusammen mit den Bundeszuständigkeiten – ihrer Selbstgesetzgebung Schranken setzt. Wie die Grundrechte auf der individuellen Ebene beruht der Föderalismus damit auf der kollektiven Ebene auf einer Kombination von Selbstbestimmung und Mitbestimmung. Wie Einzelne innerhalb des Schutzbereichs der Grundrechte freie – und damit unterschiedliche – Entscheide fällen können, so tun dies die Kantone innerhalb ihrer Autonomiebereiche (*self rule*). Einzelne und Kantone sind bei der Ausübung ihrer «Souveränität» an die Schranken gebunden, die sich aus dem übergeordneten Recht ergeben, gestalten dieses aber im Rahmen ihrer politischen Rechte bzw. im Rahmen ihrer institutionellen Mitwirkungsrechte mit (*shared rule*). Demokratische Rechtsstaaten und gewaltenteilige Bundesstaaten müssen dabei – anhand

10 Vgl. BIAGGINI, BSK-BV, Art. 43a N 11 ff.; SCHWEIZER/MÜLLER, SGK-BV, Art. 43a N 4 ff.

des Massstabs der Subsidiarität bzw. der Verhältnismässigkeit – immer wieder neu entscheiden, wo Freiheit, Autonomie und Vielfalt zu achten und wo einheitliche Lösungen sinnvoll oder notwendig sind.¹¹

2. *Kompromiss*

Im föderalen Geist, der aggregative Bundesstaaten prägt, lebt der anfängliche Kompromiss weiter: Auch wo gemeinsame Entscheide nötig sind, entscheidet nicht die einfache Mehrheit. Vielmehr haben alle Gliedstaaten – ob gross oder klein¹² – wie Staaten auf dem internationalen Parkett ein meist gleiches Mitspracherecht, wenn über Gemeinsames bestimmt wird. In Bundesstaaten wie der Schweiz werden Entscheide deshalb nicht – oder nicht nur – durch die Mehrheit gefällt, sondern weit öfter in einem komplexen Zusammenwirken von Mehrheitsentscheiden, föderalem Austausch, Anhörung, Konsultation und Mitbestimmung ausgehandelt. Der Kompromiss oder die Kompromisskultur, die zusammen mit der Subsidiarität das Wesen des Föderalismus ausmacht, erfordert deshalb die angemessene Mitwirkung der Gliedstaaten an allen Entscheiden, die den Gesamtstaat betreffen, sowie weitere Instrumente der föderalen Zusammenarbeit.¹³

Bundesstaaten sind durch Mechanismen geprägt, welche den Stimmen der kleinen Gliedstaaten besonderes Gewicht beimessen und den demokratischen Grundsatz des gleichen Stimmengewichts hinter den föderalen Grundsatz des gleichen Stimmengewichts der Gliedstaaten zurücktreten lassen. Die Stimmen der Minderheiten werden bevorzugt und ihre Stimme aufgewertet, so dass Mehrheiten gezwungen sind, auf diese zu hören und Kompromisse zu suchen.¹⁴ Dies gilt immer dann, wenn der ursprüngliche *foedus* im Rahmen einer Verfassungsrevision geändert werden soll, was in der Schweiz die Zustimmung des Volks und der Kantone erfordert (Art. 140 Abs. 1 lit. a BV) und damit nur möglich ist, wenn auch die Mehrheit der kantonalen Bevölkerungen einer Änderung, namentlich einer Verschiebung der Zuständigkeiten auf den Bund, zustimmt. Die Mitbestimmung ist aber auch zentral, wenn der Bund seine Zuständigkeiten ausübt. Die Kantone wirken an diesen Entscheiden mit, nicht nur über ihre «Abgeordneten», die im Ständerat, dem Nachfolger der Tagsatzung¹⁵, mitentschei-

11 Botschaft neue BV, S. 13: «Eine der zentralen Aufgaben der Bundesverfassung ist es, im Bundesstaat zugleich Vielfalt und Einheit zu garantieren.»; BELSER, Föderalismuskonzeption, S. 674 ff. und 685 ff.

12 Vgl. Präambel UN-Charta.

13 Vgl. Art. 175 Abs. 4 BV, Art. 4 Abs. 2 lit. e BPG sowie Art. 20 Abs. 2 SpG: Der Bund sorgt «für eine angemessene Vertretung der Sprachgemeinschaften in den Bundesbehörden sowie in den ausserparlamentarischen Kommissionen und fördert die Mehrsprachigkeit in der Armee».

14 Botschaft neue BV, S. 125: «Ausfluss dieser Konstruktion des bundesstaatlichen Gefüges ist auch die unbestrittene Gleichheit der Kantone; sie entspricht im Rechtsvergleich der Bundesverfassung einem allgemeinen Grundsatz von der Gleichheit der Gliedstaaten im Bundesstaat.»

15 SCHMID, S. 308.

den, sondern auch über andere Mitwirkungsrechte, die Verfassung und Gesetz garantieren. Der Bund ist verpflichtet, die Kantone rechtzeitig und umfassend über seine Vorhaben zu informieren und ihre Stellungnahmen einzuholen (Art. 45 BV). Diese werden zur Vernehmlassung eingeladen (Art. 147 BV) und haben das Recht, der Bundesversammlung Initiativen zu unterbreiten (Art. 160 Abs. 1 BV). Im Ständerat sind alle Kantone mit zwei Standesstimmen vertreten (und die früheren Halbkantone mit einer)¹⁶. Dabei hat die Kantonskammer die gleichen Rechte und Zuständigkeiten wie die Volkskammer, verfügt also im Ergebnis über ein *Vetorecht* gegenüber allen Entscheiden, die im Nationalrat gefällt werden.

Auch bei der Besetzung der grossen Kammer wird Rücksicht auf die kleinen Kantone genommen. Grundsätzlich werden die Sitze des Nationalrats nach der Bevölkerungszahl der Kantone verteilt – und zwar nach der Gesamtbewölkerung der jeweiligen Kantone, zu der auch die ausländische Kantonsbewölkerung zählt.¹⁷ Die föderale Rücksicht sorgt aber dafür, dass alle Kantone auch im Nationalrat mitreden und mitbestimmen können. Dies wird zunächst dadurch sichergestellt, dass die Kantone als Wahlkreise dienen (Art. 149 Abs. 3 BV), sodann durch die Garantie mindestens eines Abgeordneten unabhängig von der Bevölkerungsgrösse des Kantons (Art. 149 Abs. 4 BV, Art. 17 lit. a Ziff. 1 BPG). Bei den Nationalratswahlen vom Jahre 2019 waren es erneut immerhin vier Kantone, Uri, Obwalden, Glarus und Appenzell Innerrhoden, die nur dank dieser Regelung eine Vertretung in den Nationalrat entsenden konnten.¹⁸ Verfügt jeder der Kantone über einen Sitz, so erfolgt die Verteilung der übrigen Sitze nach der Methode mit dem grössten Rest, weil diese bei der Verteilung der Restmandate keinen Unterschied zwischen bevölkerungsreichen und bevölkerungsarmen Kantonen macht – im Unterschied zu anderen Methoden also kleine Kantone nicht benachteiligt. Mit dieser Regelung wird den ländlichen Vertretern zusätzlich entgegengekommen, die sich durch das

16 Nach Botschaft neue BV, S. 378 handelt es sich dabei um einen modifizierten Grundsatz der Gleichheit der Kantone.

17 Vgl. dazu die Eidgenössische Volksinitiative «Für die Wahl des Nationalrates aufgrund der Schweizer Wohnbevölkerung». Wie auch andere Vorstösse in die gleiche Richtung ist diese Initiative gescheitert. Der Bundesrat ist denn auch überzeugt, dass über die geltende Berechnungsgrundlage ein breiter Konsens besteht. In seiner Antwort auf die Motion 16.3432 (Neue und faire Berechnungsgrundlage zur Verteilung der 200 Nationalratssitze auf die Kantone) weist er darauf hin, dass 20 Kantone für die Sitzverteilung auf die Wahlkreise bei ihren kantonalen Parlamentswahlen ebenfalls die Bevölkerung als Grundlage nehmen. In drei Kantonen (Uri, Graubünden und Wallis) bildet die schweizerische Bevölkerung die Basis für die Sitzverteilung, und nur in einem Kanton sind es die Stimmberchtigten (Basel-Landschaft). In zwei Kantonen (Tessin und Genf) findet keine Sitzverteilung statt (Einheitswahlkreise).

18 Verfügbar auf: <https://www.defacto.expert/2017/08/31/wie-sich-der-verteilungsmodus-der-nationalratssitze-auf-die-kantone-ueber-die-zeit-veraendert-hat/>. Den Kantonen Nidwalden und Appenzell Ausserrhoden, die ebenfalls nur einen Nationalrat stellen, steht dieser Sitz aufgrund der normalen Verteilung nach Bevölkerungszahl zu.

Mehrheitssystem und die Sitzverteilung auf der Basis der «Gesamtbevölkerung» benachteiligt fühlen, die städtische Kantone mit hohem Ausländeranteil bevorzugt.¹⁹

Wenn die Schweizerinnen und Schweizer die Bundesversammlung wählen, so prägt der Föderalismus das Demokratieverständnis. Vertreten im höchsten Bundesorgan ist nicht, wer schweizweit die meisten Stimmen erzielt, sondern wer in seinem jeweiligen Kanton – nach kantonalem Wahlverfahren – die Wahl in den Ständerat gewinnt oder wer im Kanton genügend Stimmen erzielt, um einen Nationalratssitz zu erlangen. Die Bundesversammlung soll gar nicht so zusammengesetzt sein, wie sich das aus nationalen Wahlen ergeben würde, bei der jede Stimme gleiches Gewicht hätte. Die Bundesverfassung garantiert jedem Kanton vielmehr *fixe Quoten* und reserviert einen bis zwei Sitze für jeden von ihnen.

Das Kantonsreferendum sichert den Kantonen ein weiteres Mitwirkungsrecht und erlaubt ihnen, sich gegen Gesetze und völkerrechtliche Verträge zur Wehr zu setzen, die ihren Interessen widersprechen (Art. 141 Abs. 1 BV). Meist reicht die Drohung – oder die ablehnende Haltung von acht oder mehr Kantonen im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens – damit eine Vorlage abgeändert oder begraben wird.²⁰ Eine referendumsfeste Vorlage vorzubereiten, bedeutet deshalb für den Bund im Wesentlichen, auf die Bedenken der Kantone *Rücksicht* zu nehmen. Die Ablehnung eines bundesrechtlichen Vorhabens durch einen einzelnen Kanton hat dabei allerdings selten politisches Gewicht. Mit einem Referendum können nur jene Kantone glaubhaft drohen, die genügend gross sind, um eines zu gewinnen. Dass die Mindestzahl der Kantone, die gemeinsam ein Referendum verlangen können, im Jahre 1874 auf acht festgelegt wurde, ist keiner Überlegung geschuldet, die dem Schutz der Vielfalt verpflichtet wäre, sondern der Tatsache, dass der Sonderbund aus sieben Kantonen bestand.²¹ Weder der Kanton Tessin noch die französischsprachigen Kantone gemeinsam können sich gegen ein Bundesgesetz zur Wehr setzen, von dem sie glauben, dass es ihre kulturelle oder sprachliche Autonomie übermäßig beschränkt oder aus anderen Gründen ihre Eigenständigkeit gefährdet. Kantone und ihre Bevölkerungen, namentlich kleine Kantone und solche, die sprachliche oder andere Minderheiten beherbergen, können auch in einem obligatorischen Referendum leicht überstimmt werden. Überstimmte Kantone sehen sich deshalb unter Umständen gegen ihren Willen ihrer Zuständigkeiten beraubt und wären – wie überstimmte Einzelne – darauf angewiesen, dass ein Gericht die

19 Amtl. Bull., StR, 1963, Bd. I, S. 1 ff.; vgl. zum Ganzen BELSER, Föderalismuskonzeption, S. 685 ff. sowie KLEY, Föderalismus und Demokratie, S. 625 ff. und 628 ff.

20 Vgl. auch das Kantonsreferendum gegen das Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über die Änderung von Erlassen im Bereich der Ehe- und Familienbesteuerung, der Wohneigentumsbesteuerung und der Stempelabgaben, BBl 2003 7056.

21 BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 141 N 5.

Rechtmässigkeit des Entscheids, namentlich die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips, überprüfen könnte.²²

II. Umgang mit territorialer Vielfalt

Wenn die schweizerische Eidgenossenschaft darauf zielt, wie es die Präambel der Bundesverfassung emblematisch zum Ausdruck bringt, «in gegenseitiger Rücksichtnahme und Achtung» die «Vielfalt in der Einheit zu leben», so stellt sich die Frage, welche Vielfalt damit gemeint ist und wer sie achtet und fördert. In seiner Botschaft zur Bundesverfassung von 1999 hält der Bundesrat fest, dass sich der Ausdruck der Vielfalt sowohl auf die regionale als auch auf die kulturelle Vielfalt des Landes bezieht.²³ Dafür spricht auch der Zweckartikel, der die Förderung des inneren Zusammenhalts und der kulturellen Vielfalt zusammen mit der Chancengleichheit zu Staatszwecken der Eidgenossenschaft erklärt (Art. 2 Abs. 2 und 3 BV). Allerdings scheint die Verfassung – seit ihrem Ursprung und bis heute – vor allem der kantonalen Vielfalt verpflichtet. Der Zweckartikel selbst ist eingeklemmt zwischen dem ersten Artikel, der unter dem Titel «Schweizerische Eidgenossenschaft» alle Kantone namentlich aufführt und dem dritten Artikel, der unter dem Titel «Kantone», deren Souveränität garantiert. In seiner Botschaft begnügte sich der Bundesrat darauf hinzuweisen, dass sich die Schweizerische Eidgenossenschaft «für den inneren Zusammenhalt (Integrationszweck) und für die kulturelle Vielfalt» einsetzen solle, welche selbstverständlich die sprachliche Vielfalt (Viersprachigkeit) mit einschliesse.²⁴ Welche anderen Arten von Vielfalt auch noch gemeint sind, lässt der Bundesrat offen. Dass einige Vernehmlassungsteilnehmer, namentlich der Schweizerische Israelitische Gemeindebund, die Anerkennung der Multikulturalität gefordert hatten, erwähnt der Bundesrat nur in einer Fussnote.²⁵

Indem der Föderalismus die Zuständigkeit der Kantone im Bereich der Kultur, der Sprachen, der Bildung und der Religion anerkennt, achtet und schützt er die Vielfalt der Schweiz, soweit diese durch die Kantone zum Ausdruck gebracht wird. Weil die Grenzen der Kantone aber nur ausnahmsweise kulturellen, sprachlichen oder religiösen Grenzen folgen, sondern historische Einheiten bilden, können sie nicht die alleinigen Garanten der Vielfalt sein. Die Vielfalt der Religion (1.) und der Sprache (2.) ergibt sich deshalb aus einem Zusammenspiel kantonaler und eidgenössischer Massnahmen.

22 Dem Subsidiaritätsgrundsatz kommt aber nach h.L. gerade keine Justizierbarkeit zu: BIAGGINI, BSK-BV, Art. 5a N 37; SCHWEIZER/MÜLLER, SGK-BV, Art. 5a N 16; vgl. auch Art. 190 BV.

23 Botschaft neue BV, S. 54.

24 Botschaft neue BV, S. 127; vgl. BELSER, Föderalismus und Minderheitenschutz, S. 782 ff.

25 Botschaft neue BV, S. 127 Fn. 18.

1. Achtung und Förderung der religiösen Vielfalt

Als sich die Kantone der Schweiz zum neuen Bundesstaat zusammenschlossen, konnten und wollten sie sich nicht auf einen einheitlichen Umgang mit religiösen Fragen einigen, weil es gerade diese waren, die sie zuvor so heftig entzweit hatten. Die Lösung, der sie schliesslich zustimmten, war eine territoriale, die den früheren Landfrieden und dem westfälischen Prinzip *cuius regio eius religio* nachempfunden war. Für die Regelung des Verhältnisses zwischen Kirche und Staat wurden die Kantone für zuständig erklärt (heute Art. 72 Abs. 1 BV), die jene Lösung wählen konnten, die dem Willen der Mehrheit der kantonalen Bevölkerung entsprach. Diese Regelung («*an agreement to disagree*») war vielmehr darauf ausgerichtet, den religiösen Frieden im jungen Bundesstaat zu sichern, als die individuelle Religionsfreiheit zu garantieren. Die Kultusfreiheit (Art. 44 aBV 1848) stand ebenso wie die Rechtsgleichheit und die Niederlassungsfreiheit zunächst nur Angehörigen der christlichen Konfessionen zu. Die Einschränkung der Freiheitsrechte auf Angehörige christlicher Konfessionen war insbesondere gegen die jüdische Bevölkerung gerichtet, auf deren Gleichstellung die Kantone sich nicht einigen konnten und deren Stellung sie damit kantonalen Einschränkungen preisgaben. Erst nachdem Frankreich im Zuge der Neuverhandlung des Freihandelsvertrag die Schweiz im Jahre 1866 genötigt hatte, Juden gleichzustellen, wurden die Freiheitsrechte allmählich auf nicht-christliche Religionen ausgeweitet.²⁶

Gleichzeitig wurden jedoch unter dem Eindruck des Kulturmampfes die konfessionellen Ausnahmeartikel verschärft. Schon die Bundesverfassung hatte die Aufnahme der Jesuiten in der Schweiz verboten (Art. 58 aBV 1848); nun folgte ein allgemeines Jesuitenverbot (Art. 51 aBV 1874), das erst im Jahre 1973 – mit Blick auf den Beitritt der Schweiz zur EMRK – aufgehoben wurde. Der Kulturmampf bescherte der Schweiz auch einen Konfessionsartikel, der Geistlichen verbot, sich als Mitglied in den Nationalrat wählen zu lassen (Art. 75 aBV 1874). Das Verbot wurde erst 1999 im Zuge der Nachführung der Bundesverfassung aufgegeben. Auch in anderen Bereichen sah die Bundesverfassung als Folge der konfessionellen Auseinandersetzungen einheitliche Regelungen vor, die die Religionsfreiheit der Katholiken einschränkten. So galt ab 1874 ein Klosterverbot und die Gründung neuer Bistümer unterstand einer Bewilligungspflicht des Bundes. Während auch der Klosterartikel im Jahre 1973 abgeschafft wurde, so blieb der Schweiz der Bistumsartikel bis in das Jahr 2001 erhalten.

Dass weder Föderalismus noch Demokratie die Religionsfreiheit, namentlich die Rechte der Angehörigen religiöser Minderheiten, verlässlich sichert, machte auch die allererste eidgenössische Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung deutlich. Die Initiative «für ein Verbot des Schlachtens ohne

26 PAHUD DE MORTANGES, BSK-BV, Art. 15 N 4.

vorherige Betäubung» (Art. 25^{bis} aBV 1874) von 1893 war nur vordergründig tierschützerisch begründet und liess das nur zwei Jahre zuvor eingeführte neue Volksrecht unter einem schlechten Vorzeichen starten: Eine Mehrheit von Volk und Ständen hatte sich mit der Annahme des Schächtverbots gegen eine kleine in der Schweiz lebende Minderheit gerichtet. Der Bundesrat und die Bundesversammlung hatten sich mit Verweis auf die Gewissens- und Kultusfreiheit der jüdischen Bevölkerung gegen eine Annahme der Initiative ausgesprochen. Mit der Wirtschaftskrise, die 1873 eingesetzt hatte, und für welche die Juden verantwortlich gemacht wurden, gerieten diese aber europaweit zusehends in eine Sündenbockrolle. Auch anhand der im Abstimmungskampf verwendeten Argumente muss man die Einführung des Schächtverbots in der Schweiz dem Antisemitismus zurechnen.²⁷

Seit der Annahme des Minarettverbots im Jahre 2009 enthält die Bundesverfassung wiederum eine religiöse Sondernorm, die sich gegen eine religiöse Minderheit der Schweiz richtet. Schliesslich ist im Jahre 2021 mit der Annahme der Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot» eine weitere Verfassungsbestimmung zustande gekommen, die zwar – im Unterschied zum Minarettverbot – neutral formuliert ist, sich in der Sache aber gegen muslimische Frauen richtet. Auch wenn wohl beide Initiativen aus unterschiedlichsten Gründen unterstützt worden sind, so wiesen die Abstimmungskämpfe zweifellos teilweise islamophobe Züge auf.

Es ist innerhalb dieser bundesrechtlichen Vorgaben – den Grundrechten und den religiösen Sondernormen –, dass die Kantone ihr Verhältnis zu Kirchen und Religionsgemeinschaften regeln. Namentlich bei der Anerkennung zeigt sich eine grosse interkantonale Vielfalt. Während die Kantone Genf und Neuenburg eine Trennung von Kirche und Staat vorsehen, anerkennen die übrigen Kantone die evangelisch-reformierte und die römisch-katholische sowie teilweise auch die christkatholische Kirche als öffentlich-rechtliche Körperschaften an und statten diese mit weitreichenden Privilegien aus. Immer mehr Kantone sehen auch weniger weit gehende Anerkennungen vor («kleine Anerkennung»), die sie an mehr oder weniger weitgehende Voraussetzungen knüpfen, und bis anhin nur der jüdischen Gemeinschaft gewährt haben.²⁸

Es erscheint allerdings fraglich, ob es weiterhin als zulässig erachtet werden kann, dass die Kantone bestimmte Religionsgemeinschaften über die öffentlich-rechtliche Anerkennung mit weitreichenden Privilegien ausstatten, namentlich der Erhebung der Kirchensteuern durch den Staat, ohne diesen Status unter den Bedingungen der Rechtsgleichheit auch für andere Religionsgemein-

27 KÜLLING; vgl. auch BOLLIGER, Schächtverbot, S. 76 f. Zur heutigen Situation vgl. PAHUD DE MORTANGES, BSK-BV, Art. 15 N 112 ff.

28 In Basel-Stadt kommt möglicherweise bald die alevitische Religionsgemeinschaft hinzu, die ein Gesuch auf Anerkennung gestellt hat. Vgl. zum Ganzen WINZELER, BSK-BV, Art. 72 N 15 ff. m.w.H.

schaften zu öffnen.²⁹ Ebenso fragwürdig ist, ob die Kantone an der öffentlich-rechtlichen Anerkennung von Religionsgemeinschaften festhalten können, die Frauen von kirchlichen Ämtern ausschliessen.³⁰

Alles in allem wirken sich Föderalismus und Demokratie sehr zwiespältig auf die Religionsfreiheit Einzelner und die Angehörigen religiöser Minderheiten aus.³¹ Auf der einen Seite erlauben sie es kantonalen Bevölkerungen, das Verhältnis zwischen Staat und religiösen Gemeinschaften autonom zu regeln und den traditionellen Kirchen einen besonderen Status einzuräumen. Die Autonomie ermöglicht es den Kantonen auch, neue Formen der Zusammenarbeit mit anderen Religionen zu suchen, namentlich im Bereich der Seelsorge, und interreligiöse Dialoge zu pflegen. Gleichzeitig zeigen jedoch Geschichte und Gegenwart, dass sich sowohl die kantonale Autonomie als auch die Volksrechte gegen religiöse Minderheiten richten können.

Verletzen kantonale Volksinitiativen die Glaubens- und Gewissensfreiheit oder das Diskriminierungsverbot, so kann das Bundesgericht für einen einheitlichen Schutz der Grundrechte sorgen, wenn es im Rahmen einer Stimmrechtsbeschwerde die Gelegenheit erhält, sich zur Gültigkeit der Initiative zu äussern. So kam das Bundesgericht etwa zum Schluss, dass eine Initiative aus dem Kanton Thurgau, die religiöse Lehrbücher mit frauenfeindlichem oder rassistischem Inhalt verbieten wollte, ungültig sei. Trotz neutral abgefasstem Wortlaut sei die Initiative unzulässig, weil nach dem Willen der Initianten, der auf dem Unterschriftenbogen deutlich zum Ausdruck komme, das Verbot ausschliesslich für Sakralschriften einer einzigen Religion, des Islams, gedacht sei. Ein solches Verbot verletze die Bundesverfassung, weil es diskriminierend sei und das Gebot der religiösen Neutralität verletze.³² Aus ähnlichen Gründen erklärte das Bundesgericht die Volksinitiative aus dem Kanton Freiburg «Gegen die Eröffnung eines Zentrums <Islam und Gesellschaft> und eine staatliche Imam-Ausbildung an der Universität Freiburg» für ungültig.³³ Der Rechtsstaat bietet Angehörigen religiöser Minderheiten auch dann Schutz, wenn der kantonale Gesetzgeber übermäßig in ihre Rechte eingreift. So hat das Bundesgericht etwa entschieden, dass der Zugang zu einer öffentlichen Schule nicht von der Konfessionszugehörigkeit abhängig gemacht werden darf³⁴ und dass ein Kopftuchverbot an Schulen nicht verhältnismässig ist.³⁵

Es gibt aber auch Fälle, in denen der Rechtsschutz versagt. Dies ist etwa der Fall, wenn sich die umstrittene Norm in einer Kantonsverfassung befindet, die von der Bundesversammlung gewährleistet worden ist. In diesem Fall tritt das

29 Vgl. dazu insb. STÖCKLI, S. 35 ff.

30 BELSER, Religionsfreiheit, S. 409.

31 BELSER, Föderalismus und Minderheitenschutz, S. 784 ff. m.w.H.

32 BGE 139 I 292.

33 BGE 143 I 129.

34 BGE 125 I 347.

35 BGE 142 I 49.

Bundesgericht – obwohl es sich um einen kantonalen Erlass handelt, den es grundsätzlich überprüfen könnte (Art. 82 lit. b BGG) – erst dann auf eine Beschwerde ein, wenn sich das übergeordnete Recht seit dem Gewährleistungsbeschluss verändert hat.³⁶ Heisst die Bundesversammlung eine kantonale Verfassungsnorm – etwa ein kantonales Burkaverbot – gut, ohne sich vertieft mit seiner Verhältnismässigkeit auseinanderzusetzen, so fühlt sich das Bundesgericht nicht nur im Rahmen der abstrakten, sondern auch im Rahmen der konkreten Normenkontrolle an diesen Entscheid gebunden und verwehrt dem Beschwerdeführer damit im Ergebnis das Recht auf eine wirksame Beschwerde vor einem unabhängigen Gericht.³⁷

Der Rechtsschutz versagt außerdem in zwei weiteren wichtigen Bereichen. Dies ist erstens der Fall, wenn es zu einer eidgenössischen Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung kommt, die zwar im Einklang mit den zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts steht, aber im Widerspruch zu den Grundrechten der Bundesverfassung und völkerrechtlichen Garantien. Wird die Initiative von Volk und Ständen gutgeheissen, so wird sie Teil der Bundesverfassung, obwohl sie möglicherweise eine unverhältnismässige Grundrechteinschränkung vorsieht oder sogar einen grundrechtlichen Kerngehalt verletzt. An einem wirksamen Rechtsschutz fehlt es zweitens auch dann, wenn die umstrittene Schranke der Grundrechte in einem Bundesgesetz vorgesehen ist. Diesem darf das Bundesgericht nur dann die Anwendung verweigern, wenn es gegen die EMRK oder andere fundamentale Bestimmungen des Völkerrechts verstösst, aber nicht, wenn es «nur» die Bundesverfassung, etwa das allgemeine Diskriminierungsverbot, verletzt.

2. *Achtung und Förderung der sprachlichen Vielfalt*

Aufgrund der Bundesverfassung legen die Kantone autonom ihre Amtssprachen fest. Sie sind dabei grundsätzlich frei, jedoch verpflichtet, auf die herkömmliche sprachliche Zusammensetzung zu achten und «Rücksicht auf die angestammten sprachlichen Minderheiten» zu nehmen (Art. 70 Abs. 2 BV). Obwohl die Schweizerische Eidgenossenschaft oft als «Land der Minderheiten»³⁸ bezeichnet wird, nimmt die Bundesverfassung einzig in diesem Artikel auf die Minderheiten Bezug. Dabei versteht sie unter Minderheit gerade nicht die Bevölkerung eines Kantons, sondern eine Sprachgruppe, die innerhalb eines Kantons eine Minderheit bildet und deshalb Schutz braucht vor kantonalen Mehrheitsentscheiden. Der verfassungsrechtliche Minderheitenschutz steht damit nicht im Dienste der kantonalen Autonomie, sondern beschränkt diese. Bei den sprachlichen Minderheiten, die Anspruch auf Rücksicht haben, kann

36 BGE 140 I 394 E. 9; BGE 116 Ia 359 E. 4b; BGE 111 Ia 239 E. 3.

37 Vgl. dazu ewa BELSER/MASSÜGER, BSK-BV, Art. 51 N 46 ff.

38 BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 70 N 7.

es sich um Sprachgruppen handeln, die sich landesweit in der Minderheit befindet – z.B. die italienischsprachige Bevölkerung im Kanton Graubünden oder die französischsprachige Bevölkerung im Kanton Bern – oder auch um eine Sprachgruppe, die sich zwar landesweit in der Mehrheit, in einem Kanton aber in der Minderheit befindet – z.B. die deutschsprachige Bevölkerung im Kanton Freiburg/Fribourg oder im Kanton Tessin. Anspruch auf Rücksicht haben damit nicht nur Minderheiten innerhalb von Mehrheiten oder anderen Minderheiten, sondern auch Mehrheiten innerhalb des Gebiets einer Minderheit. Allerdings gilt diese Rücksichtspflicht nur gegenüber «angestammten» sprachlichen Minderheiten. Neue sprachliche Minderheiten, die ihre angestammte Sprachregion verlassen haben oder durch Migration in die Schweiz gelangt sind, haben deshalb keinen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Rücksichtnahme.³⁹

Während die meisten Kantone entschieden haben, einsprachig zu sein – auch der Kanton Tessin trotz einer kleinen traditionellen deutschsprachigen Minderheit – sind einige zwei- und einer dreisprachig. Der Kanton Freiburg/Fribourg anerkennt Französisch und Deutsch als Amtssprachen des Kantons und regelt den Gebrauch der Sprachen nach dem Territorialitätsprinzip. Staat und Gemeinden achten dabei aber – wie es die Bundesverfassung vorschreibt – auf die herkömmliche sprachliche Zusammensetzung der Gebiete und nehmen Rücksicht auf die angestammten sprachlichen Minderheiten (Art. 6 Abs. 1 und 2 KV FR). Die Amtssprache der Gemeinden ist entweder Französisch oder Deutsch, wobei in Gemeinden mit einer bedeutenden angestammten sprachlichen Minderheit beide Sprachen Amtssprachen sein können (Art. 6 Abs. 3 KV FR).

Der Kanton Wallis/Valais erklärt ebenfalls die französische und die deutsche Sprache zu «Landessprachen» und verpflichtet zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichberechtigung beider Sprachen in der Gesetzgebung und in der Verwaltung (Art. 12 KV VS). Er hält ausserdem fest, dass die Mitglieder des Kantongerichts beide Landessprachen beherrschen müssen (Art. 62 Abs. 2 KV VS) und stellt damit sicher, dass die Justiz für die Angehörigen beider Sprachgruppen gleichermaßen gut funktioniert.

Im Kanton Graubünden/Grischun/Grigioni sind Deutsch, Rätoromanisch und Italienisch die gleichwertigen Landes- und Amtssprachen des Kantons. Die Gemeinden bestimmen ihre Amts- und Schulsprachen im Rahmen ihrer Zuständigkeiten und im Zusammenwirken mit dem Kanton. Auch sie haben dabei auf die herkömmliche sprachliche Zusammensetzung zu achten und Rücksicht auf die angestammten sprachlichen Minderheiten zu nehmen. Ausserdem ergreifen Kanton und Gemeinden die erforderlichen Massnahmen zur Erhaltung und Förderung der rätoromanischen und der italienischen Sprache (Art. 3 KV GR).

39 BELSER, Föderalismus und Minderheitenschutz, 787 ff.; BELSER/WALDMANN, BSK-BV, Art. 70 N 30 ff.; KÄGI-DIENER, SGK-BV, Art. 70 N 32 f.

Nach der Verfassung des Kantons Bern/Berne sind Deutsch und Französisch die bernischen Landes- und Amtssprachen (Art. 6 Abs. 1 KV BE). In der Verwaltungsregion Berner Jura ist ausschliesslich Französisch Amtssprache, das Seeland sowie Biel/Bienne sind zweisprachig, während das übrige Berner Kantonsgebiet nur Deutsch als Amtssprache anerkennt (Art. 6 Abs. 2 KV BE).⁴⁰ Die Berner Kantonsverfassung räumt der Verwaltungsregion «Berner Jura» ausserdem eine «besondere Stellung» ein. Diese soll es dem Jura ermöglichen, «seine Identität zu bewahren, seine sprachliche und kulturelle Eigenart zu erhalten und an der kantonalen Politik aktiv teilzunehmen» (Art. 5 Abs. 1 KV BE). Die Verfassung garantiert damit gleichermaßen innerkantonale Autonomie, wenn die Identität und Eigenart des Berner Juras betroffen ist, als auch innerkantonale Mitwirkung, wenn es um die Gestaltung der übergeordneten Politik geht.⁴¹ Die Kantonsverfassung garantiert dem Wahlkreis Berner Jura – unabhängig von seiner Bevölkerung – zwölf Mandate für den Grossen Rat. Ausserdem sieht sie vor, dass «eine angemessene Vertretung der französischsprachigen Minderheit des Wahlkreises Biel-Seeland sicherzustellen» ist (Art. 73 Abs. 3 KV BE). Auch bei der Zusammensetzung der siebenköpfigen kantonalen Regierung ist eine Quote vorgesehen: «Dem Berner Jura ist ein Sitz gewährleistet. Wählbar sind die französischsprachigen Stimmberchtigten, die in einem der drei Amtsbezirke Courtemary, Moutier oder La Neuveville wohnen.» (Art. 84 Abs. 2 KV BE). Schliesslich garantiert die Kantonsverfassung auch, dass ein angemessener Anteil des Personals der kantonalen Verwaltung französischer Sprache ist (Art. 92 Abs. 3 KV BE). Darüber hinaus enthält die Berner Kantonsverfassung eine allgemeine Bestimmung zum Minderheiten- schutz und verpflichtet dazu, den Bedürfnissen sprachlicher, kultureller und regionaler Minderheiten Rechnung zu tragen (Art. 4 KV BE).

Die Bundesverfassung überlässt es im Wesentlichen den Kantonen, die sprachliche Vielfalt zu achten und zu fördern, die dabei unterschiedliche Wege beschreiten – oder sich von dieser Aufgabe nicht betroffen fühlen, weil «die herkömmliche sprachlich Zusammensetzung» ihres Gebiets (Art. 70 Abs. 2 BV) keine besonderen Rücksichten nahelegt. Damit stellt sich nicht nur die Frage, wie sich die verfassungsrechtliche Ordnung, die dem Territorialitätsprinzip verpflichtet ist, zu den Minderheitenrechten verhält, sondern auch, in welchem Verhältnis sie zu den Grundrechten Einzelner steht. Das Grundrecht der Sprachenfreiheit (Art. 18 BV) garantiert das Recht aller Menschen, die eigene Sprache im privaten und im öffentlichen Bereich zu verwenden – und zwar unabhängig von Herkunft und Staatsbürgerschaft. Auch diese weit über die Landessprachen hinausreichende Vielfalt gehört zur kulturellen Vielfalt der Schweiz, die nach ihrem Zweck zu fördern ist. Die Amtssprachen der Kantone

40 Vgl. auch Art. 6 Abs. 3 KV BE, der die Amtssprachen in den Gemeinden regelt.

41 Der Kanton trifft ausserdem Vorkehrungen, «um die Verbundenheit zwischen dem Berner Jura und dem übrigen Kanton zu stärken» (Art. 5 Abs. 2 KV BE).

und Gemeinden beschränken allerdings die Sprachenfreiheit, indem sie Menschen verpflichten, im Umgang mit dem Staat die Amtssprachen zu verwenden. Damit stellt sich die Frage, ob diese weitgehenden Schranken der individuellen Sprachenfreiheit den Anforderungen genügen, welche die Verfassung an Einschränkungen von Grundrechten stellt (Art. 36 BV). Zweifellos entsprechen Kantonsverfassungen und kantonale Sprachgesetze, die Amtssprachen festlegen – und damit andere Sprachen vom Umgang mit staatlichen Behörden ausschliessen – dem öffentlichen Interesse der Praktikabilität und dem sparsamen Umgang mit staatlichen Ressourcen. Dennoch stellt sich die Frage, ob das Territorialitätsprinzip angesichts der Mobilität nicht an Schranken stösst. Sollen sprachliche Minderheiten tatsächlich ihrer Rechte – und die Schweiz ihrer Vielfalt – verlustig gehen, weil zahlreiche Angehörige kleinerer Sprachgemeinschaften ihre angestammten Territorien verlassen? Nur für einzelne Bereiche schränken die Grundrechte das Amtssprachenprinzip ein. Eine Person, der die Freiheit entzogen worden ist, hat Anspruch darauf, «unverzüglich und in einer ihr verständlichen Sprache über die Gründe des Freiheitsentzugs und über ihre Rechte unterrichtet zu werden» (Art. 31 Abs. 2 BV). Eine Person, die einer Straftat angeklagt ist, hat ausserdem ein Recht auf «unentgeltliche Unterstützung durch einen Dolmetscher», wenn sie die Verhandlungssprache des Gerichts nicht versteht oder spricht (Art. 6 Ziff. 2 lit. e EMRK)⁴². Jenseits dieser Verfahrensgrundrechte bleiben die Rechte sprachlicher Minderheiten, die ihr angestammtes Gebiet verlassen haben und sogenannt neuer sprachlicher Minderheiten unklar, namentlich im Bereich der – für die Chancengleichheit bedeutenden – Angebote in muttersprachlichem Unterricht. Der Bund sieht immerhin vor, dass im Verkehr mit Personen, die keine Amtssprache beherrschen, «die Bundesbehörden nach Möglichkeit eine Sprache, welche diese Personen verstehen» verwenden (Art. 6 Abs. 6 SpG). Er kann auch Finanzhilfen für die Förderung der Kenntnisse Anderssprachiger in der lokalen Landessprache sowie für die Förderung der Kenntnisse Anderssprachiger in ihrer Erstsprache (Art. 16 lit. b und c SpG) zur Verfügung stellen.

Der Bund und die Kantone sind aufgrund der Verfassung verpflichtet, die Verständigung und den Austausch zwischen den Sprachgemeinschaften zu fördern (Art. 70 Abs. 3 BV), verstehen darunter aber nur die angestammten Sprachgemeinschaften. Der Bund unterstützt deshalb die mehrsprachigen Kantone sowie die Massnahmen der Kantone Graubünden und Tessin zur Förderung der rätoromanischen und der italienischen Sprache (Art. 70 Abs. 4 und 5 BV, Art. 1 SpG). Er gewährt den mehrsprachigen Kantonen Bern/Berne, Freiburg/Fribourg, Graubünden/Grischun/Grigioni und Wallis/Valais Finanzhilfen für die Erfüllung ihrer besonderen Aufgaben; dabei gehören insbesondere die Schaffung geeigneter Voraussetzungen und Hilfsmittel für die mehrsprachige Arbeit in politischen Behörden, Justiz und Verwaltung (Art. 21 SpG). Ausser-

42 Vgl. auch Art. 10 Abs. 3 RÜ.

dem leistet er den Kantonen Graubünden/Grischun/Grigioni und Tessin Finanzhilfen zur Unterstützung von Massnahmen zur Erhaltung und Förderung der rätoromanischen und der italienischen Sprache und Kultur (Art. 22 SpG).

Der Stärkung des inneren Zusammenhalts und der kulturellen Vielfalt dient auch das Kulturförderungsgesetz des Bundes (Art. 3 lit. a KFG). Gestützt auf dieses Gesetz ergänzt der Bund in seinem Zuständigkeitsbereich die kulturpolitischen Aktivitäten der Kantone, Städte und Gemeinden (Art. 4 KFG). Im Sinne der Subsidiarität unterstützt er nur Projekte, Institutionen und Organisationen, an denen ein gesamtschweizerisches Interesse besteht. Von einem solchen Interesse wird unter anderem ausgegangen, wenn ein Kulturgut «für die Schweiz oder für die verschiedenen Sprach- und Kulturgemeinschaften der Schweiz von wesentlicher Bedeutung ist» (Art. 6 Abs. 2 lit. a KFG), wobei der Bund Projekte bevorzugt, die einen besonderen Beitrag zur Bewahrung oder Entwicklung der kulturellen oder sprachlichen Vielfalt leisten (Art. 8 lit. b KFG).

III. Umgang mit nicht-territorialen Minderheiten

Während das schweizerische Verfassungsrecht nur im Zusammenhang mit den Amtssprachen ausdrücklich den Ausdruck «Minderheiten» verwendet, beschäftigen sich das Völkerrecht und die Verfassungsrechte der meisten Staaten seit langem mit der Frage, bei welchen Gruppen von Menschen es sich um Minderheiten handelt, die besondere Rücksicht oder besondere Rechte beanspruchen können. Diskutiert wird dabei auch die Frage, warum und vor was Minderheiten geschützt werden, ob besondere Massnahmen vorübergehend und kompensatorisch erfolgen sollen, um vergangene Benachteiligungen auszugleichen oder dauerhaft gelten sollen, weil bestimmte Gruppen Minderheiten sind und bleiben.⁴³ Geht es um territoriale Minderheiten, so stellt der Föderalismus wohl das beste Mittel des Minderheitenschutzes dar. Er verwandelt Minderheiten in ihrer Region oder in ihrer Gemeinde in Mehrheiten und sichert ihnen so Autonomie und Mitwirkung. Um nicht-territoriale Minderheiten zu schützen, sind dagegen andere Mechanismen erforderlich. Es ist vor allem das Völkerrecht, von dem Impulse zum besseren Schutz nicht-territorialer Gruppen ausgehen. Diese stellen die territorial organisierte Schweiz teilweise vor grosse Herausforderungen (2.). Diesen könnte das Land möglicherweise besser begegnen, wenn es sich an den Erfahrungen orientieren würde, die es mit der Gleichstellung der Frauen gemacht hat. Frauen stellen zwar keine Minderheit dar, waren und sind aber aufgrund vergangener und gegenwärtiger Benachteiligungen dennoch auf besondere Massnahmen angewiesen (1.).

43 MARKO, Introduction, S. 1.

1. Minderheiten

Auch wenn im Völkerrecht viele Fragen weiterhin offen und umstritten sind, wenn es um Minderheitenrechte geht, so steht doch fest, dass sich der Ausdruck auf Personen bezieht, die besondere ethnische, kulturelle, sprachliche oder religiöse Gemeinsamkeiten aufweisen, die sie mit anderen Mitglieder der Gruppe verbinden, aber von der Mehrheit unterscheiden. Der Minderheitenschutz will damit nicht auf alle Unterschiede zwischen Menschen gleichermaßen Rücksicht nehmen. Auch wenn sich Reiche oder Radfahrer, Atomkraftbefürworter oder Autofahrer, Straftäter oder Gesetzestreue benachteiligt fühlen, so gelten sie dennoch nicht als Minderheiten. Ihrem Schutz dient einerseits die Demokratie, die ihnen erlaubt, frei und gleich auf die Entscheide des Gemeinwesens Einfluss zu nehmen, und der Rechtsschutz, der ihnen ermöglicht, Entscheide, die sie als übermässige Eingriffe in ihre Rechte und Pflichten erachten, gerichtlich überprüfen zu lassen. Während sich also kulturelle Minderheiten auf den Schutz ihrer Minderheitenrechte berufen können, so werden politische, wirtschaftliche und soziale Minderheiten, Frauen und Männer und auch alle anderen Menschen, Kinder, Jugendliche und Alte, gleich- und gegengeschlechtliche Paare sowie Menschen mit Behinderungen auf die Demokratie und den Rechtsstaat verwiesen. Sie sind deshalb, wenn es um ihr Recht auf Gleichheit geht, darauf angewiesen, dass Demokratie und Rechtsstaat funktionieren. Entsprechend problematisch ist der Verweis auf die Demokratie, wenn betroffene Personen – namentlich mangels Staatsbürgerschaft – von den demokratischen Mitwirkungsmöglichkeiten ausgeschlossen sind oder wenn sie eine so kleine Gruppe bilden oder eine, die so wenig Ansehen geniesst, dass sie tatsächlich keine Möglichkeit haben, gehört zu werden und auf demokratische Entscheide Einfluss zu nehmen. In diesem Fall bleibt betroffenen Menschen nur noch der Rechtsstaat, der ihre Rechte und Freiheiten auch gegen den Willen der Mehrheit vor übermässigen Eingriffen schützt. Versagt auch dieser, versagen die Grundrechte. Das ist in der Schweiz der Fall, wenn die Bundesversammlung, das Volk oder Volk und Stände abschliessend und ohne gerichtliche Kontrollmöglichkeit entscheiden, in die Grund- und Menschenrechte einzutreten. Für die Verwirklichung der Gleichheit aller Menschen, welcher Gruppe oder welchen Gruppen sie auch immer angehören, ist denn auch in erster Linie zweierlei geboten: ein gleicher Zugang zu demokratischen Mitwirkungsrechten und ein gleicher Zugang zur Justiz – auch und gerade, wenn die Mehrheit eine Einschränkung von Rechten und Freiheiten Einzelner beschlossen hat.

Unter diesen Umständen kann auch die vielfältigste Gesellschaft funktionieren, in der alle – irgendwie, irgendwann und irgendwo – zu einer schützenswerten Gruppe oder Minderheit gehören. Dass dies so ist, ergibt sich aus der Identität der Menschen, die sich aus verschiedenen, teils stabilen und teils veränderlichen Merkmalen zusammensetzt. Alle Menschen haben als Kinder und Jugendliche Anspruch auf besondere Achtung und besonderen Schutz, den sie meist im Verlaufe ihres Lebens nicht mehr nötig haben, möglicherweise

wieder am Ende ihres Lebens, wenn sie alt und gebrechlich sind. Einige Menschen sind im Verlaufe ihres ganzen Lebens, andere nur während einer bestimmten Zeit, auf besondere Massnahmen angewiesen, weil sie eine Behinderung haben. Einige Menschen sind ein Leben lang auf besondere Rücksicht angewiesen, weil sie aufgrund ihrer Herkunft, ihrer Rasse oder ihrer Lebensform Nachteilen und Vorurteilen ausgesetzt sind. Das Gleiche gilt für sprachliche oder religiöse Gruppen, die je nach Sprache und Religion sowie je nach Ort und Zeit besonderen Schutz nötig haben. Ob eine Person aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer Gruppe besondere Achtung oder besonderen Schutz benötigt, lässt sich auch deshalb nicht mit einem einfachen Ja oder Nein beantworten, weil sich dies nicht nur im Verlaufe der Zeit verändern kann, sondern sich auch je nach Lebensbereich unterscheidet. Frauen beispielsweise sind im Bereich der politischen Mitwirkung immer weniger auf besondere Rücksicht angewiesen, während im gesellschaftlichen, namentlich im wirtschaftlichen Bereich, weitere Massnahmen erforderlich sind, um die tatsächliche Gleichstellung zu erreichen. Bei nationalen Minderheiten kann es sich gleich oder auch umgekehrt verhalten.

Auch bei den Frauen handelt es sich um eine nicht-territoriale Gruppe, die wie Minderheiten und andere benachteiligte Gruppen, aufgrund historischer Diskriminierung durch das Recht und weiterhin bestehender Benachteiligung durch die Gesellschaft nicht in allen Lebensbereichen die gleichen Chancen haben. Um eine Minderheit handelt es sich bei den Frauen aber nicht, denn sie sind weder zahlenmäßig unterlegen noch unterscheiden sie sich kulturell, religiös oder sprachlich von den Männern. Trotzdem ergeben sich interessante Parallelen zwischen den Rechten und den Erfahrungen der Frauen und der Minderheiten. Wie Frauen können auch Minderheiten auf der einen Seite vom Föderalismus profitieren. Dieser bringt den Staat nicht nur näher zu den Bürgern, sondern auch zu den Bürgerinnen und zu kleineren kulturellen Gruppen und erlaubt diesen, lokal Einfluss zu nehmen und Fortschritte zu erzielen, die auf Bundesebene noch nicht zu erzielen wären. Bekanntlich haben einige Kantone wesentlich früher als der Bund das Frauenstimmrecht eingeführt, Gleichstellungsbüros geschaffen und mit Massnahmen zur tatsächlichen Gleichstellung experimentiert. Der Föderalismus kann sich aber auch gegen Frauen oder Minderheiten richten, indem er nicht-territoriale Gruppen dazu nötigt, territorial zu agieren.

Es überrascht deshalb nicht, dass Massnahmen zur Gleichstellung der Frauen und zum Schutz von Minderheiten oft aus den gleichen Motiven die gleichen Ziele verfolgen: die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, die Überwindung von Vorurteilen und gesellschaftlichen Stereotypen, ein gesamtgesellschaftliches Umdenken, faire Mitbestimmung, allenfalls gesichert durch Quoten. Zwischen den Rechten von Frauen und jenen von Minderheiten bestehen zahlreiche Parallelen, die zu ergründen und zu verstehen der rechtswissenschaftlichen Forschung wohl noch nicht vollends gelungen ist. Es bestehen

aber auch unübersehbare Spannungen zwischen Frauen- und Minderheitenrechten. Die volle Verwirklichung der Rechte der Frauen fordert die Kulturen und deren Vielfalt nämlich heraus – und zwar nicht nur jene der Mehrheit, sondern auch jene der Minderheiten. Wo also endet die Rücksicht auf kulturelle oder religiöse Mehr- oder Minderheiten, deren Strukturen und Praktiken patriarchalisch geprägt sind?

Die Antwort auf diese Frage findet sich im Föderalismus – und zwar selbst dann, wenn Minderheitenrechte ausserhalb traditioneller föderaler Mechanismen geachtet und geschützt werden. Föderalismus schützt stets die Vielfalt in der Einheit – und die Einheit ist kein vages Konzept, sondern ergibt sich aus dem übergeordneten Recht. Wie die Autonomie der Kantone am Bundes- und Völkerrecht ihre Schranken findet, also etwa am Gleichstellungsgebot der Bundesverfassung und der UN-Frauenrechtskonvention⁴⁴, so enden auch die Rechte der Minderheiten dort, wo die Vorgaben des übergeordneten Rechts einsetzen. Minderheitenschutz – und Förderung der Vielfalt im Allgemeinen – findet deshalb immer nur im Rahmen der Grund- und Menschenrechte statt. Nicht jede Vielfalt, nicht jede kulturelle Tradition ist schützenswert, im Gegenteil, einige sind zu überwinden, weil sie der Gleichheit, der gleichen Freiheit aller und der gleichen Mitbestimmung entgegenlaufen.⁴⁵ Es ist deshalb irreführend, die Rechte der Frauen auf Gleichheit und Gleichstellung gegen die Rechte religiöser und kultureller Minderheiten auf Selbstbestimmung und Mitwirkung auszuspielen.

2. *Nationale Minderheiten*

Seit die Schweiz im Jahre 1998 das Europäische Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten⁴⁶ ratifiziert hat, sieht sich der schweizerische Bundesstaat mit einem internationalen Minderheitenbegriff und Schutzkonzept konfrontiert. Dieses neue Konzept fordert – entgegen den ursprünglichen Erwartungen – den Föderalismus heraus, der nicht darauf ausgerichtet ist, nicht-territorialen Minderheiten ein Recht auf Autonomie und Mitwirkung zu sichern. Gerade die Auseinandersetzung mit internationalen Minderheitsrechten bietet aber die Chance, den Umgang mit Vielfalt neu zu überdenken und den mehrstufigen Staat so umzugestalten, dass er auch für jene Gruppen funktioniert, auf deren Interessen bei seiner Schaffung wenig oder keine Rücksicht genommen worden ist.

Das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten stellt den ersten rechtlich bindenden multilateralen Vertrag zum Schutz der nationalen Minderheiten dar. Als Rahmenübereinkommen enthält es keine direkt anwendbaren

44 BGE 137 I 305 E. 4.

45 BELSER, Religionsfreiheit, S. 403; UHLMANN/WILHELM, S. 12 ff.

46 SR 0.441.1.

Rechte und Pflichten, sondern programmatische, deren Umsetzung den Mitgliedstaaten obliegt. Es verpflichtet die Vertragsstaaten dazu, Angehörige nationaler Minderheiten vor dem Gesetz und durch das Gesetz gleich zu behandeln und jede Diskriminierung aufgrund der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit zu verbieten (Art. 4 Abs. 1 RÜ). Die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit stellt damit ein Merkmal dar, dem bei der Verwirklichung der allgemeinen Rechtsgleichheit Rechnung zu tragen ist. Angehörige von Minderheiten haben ein Recht auf Gleichheit in der Rechtsanwendung und in der Rechtsetzung (Art. 8 Abs. 1 BV). Sie müssen gleichbehandelt werden, soweit sie tatsächlich gleich sind, haben aber auch einen Anspruch auf Ungleichbehandlung, wenn sie erhebliche Unterschiede aufweisen, die einen Ausgleich erfordern. Indem das Rahmenübereinkommen jede Diskriminierung verbietet, erklärt es die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit zu einem sensiblen Merkmal des Diskriminierungsrechts – und erweitert die Liste von Art. 8 Abs. 2 BV.

Im Allgemeinen kennt die Schweiz im völkerrechtlichen Bereich nur ein akzessorisches Diskriminierungsverbot. Sie untersteht zwar den Pflichten von Art. 14 EMRK, der die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit im Unterschied zur Bundesverfassung ausdrücklich als verpöntes Merkmal bezeichnet, und den Diskriminierungsverboten der UN-Pakte. Sie hat aber davon abgesehen, das Protokoll Nr. 12 zur EMRK zu ratifizieren, das ein allgemeines Diskriminierungsverbot vorsieht, und hat zu Art. 26 UN-Pakt II, der ebenfalls ein allgemeines Gleichbehandlungsrecht enthält, einen Vorbehalt angebracht, der für die Schweiz nur die akzessorische Wirkung anerkennt. Mit der Ratifikation des Rahmenübereinkommens haben sich die völkerrechtlichen Verpflichtungen in diesem Punkt deshalb wesentlich verändert: Nationale Minderheiten können sich sowohl auf die allgemeine Rechtsgleichheit berufen, als auch auf das Diskriminierungsverbot, dessen Verletzung sie selbständig geltend machen können, ohne gleichzeitig einen Eingriff in ein anderes Grund- oder Menschenrecht geltend machen zu müssen.

Dieser Veränderung der Rechtslage hat das Bundesgericht in einem wegweisenden Entscheid aus dem Jahre 2012 Rechnung getragen.⁴⁷ Es hielt fest, dass die Bemessung des Invalideneinkommens eine indirekte Diskriminierung darstellt, wenn sie anhand allgemeiner statistischer Daten erfolgt, die auf die Bevölkerungsmehrheit zugeschnitten sind, und eine invalide Person, die der Gemeinschaft der Fahrenden angehört, im Ergebnis dazu drängt, sich «der Bevölkerungsmehrheit anzugeleichen»⁴⁸.

47 Anders hatte das Eidgenössische Versicherungsgericht noch im Jahre 2006 entschieden: Urteil vom 5. April 2006, 750/04 E. 4.2.: «Indessen können sich nur jene Handlungen zu einer Lebensform im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV verdichten, die zugleich vom Schutzbereich eines Freiheitsrechts erfasst sind.»

48 BGE 138 I 205 E. 6.2.

Das Rahmenübereinkommen verpflichtet die Vertragsstaaten ausserdem, «in allen Bereichen des wirtschaftlichen, sozialen, politischen und kulturellen Lebens» die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, um die «vollständige und tatsächliche Gleichheit zwischen den Angehörigen einer nationalen Minderheit und den Angehörigen der Mehrheit» zu fördern (Art. 4 Abs. 2 RÜ). Es begründet damit asymmetrische Egalisierungspflichten und stellt klar, dass Schutz- und Fördermassnahmen nicht als Diskriminierung gelten (Art. 4 Abs. 3 RÜ). Dieser Pflicht hat das Bundesgericht im Jahre 2003 in einem ebenfalls richtungsweisenden Entscheid Rechnung getragen. Es hat festgehalten, dass die Nutzungsplanung der Kantone und Gemeinden Zonen und geeignete Plätze vorsehen müssen, «die für den Aufenthalt von Schweizer Fahrenden geeignet sind und deren traditioneller Lebensweise entsprechen, die verfassungsrechtlichen Schutz geniesst.»⁴⁹ Dagegen hat das Bundesgericht im Jahre 2019 im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle zu Unrecht entschieden, dass das neuenburgische Gesetz über Lagerplätze fahrender Gemeinschaften vor den Grundrechten der Bundesverfassung und dem Rahmenübereinkommen standhält.⁵⁰ Zwei Neuenburger Bürger jenischer Herkunft und andere haben denn auch eine Beschwerde beim UN-Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung eingereicht, denn das Rahmenübereinkommen kennt keinen individuellen Durchsetzungsmechanismus.

Im Bereich der Sprachen haben die Vertragsstaaten nach Rahmenübereinkommen nicht nur die Sprachenfreiheit anzuerkennen (Art. 10 Abs. 1 RÜ), sondern in Gebieten, «die von Angehörigen nationaler Minderheiten traditionell oder in beträchtlicher Zahl bewohnt werden», auch sicherzustellen, dass die Minderheitensprache soweit möglich auch im Verkehr mit den Verwaltungsbehörden gebraucht werden kann (Art. 10 Abs. 2 RÜ). Angehörige von Minderheiten haben ausserdem das Recht, Namen in der Minderheitensprache zu führen, und im öffentlichen Raum sichtbare Schilder, Aufschriften und Inschriften anzubringen (Art. 11 Abs. 1 und 2 RÜ). Traditionelle Ortsnamen und Strassennamen sind nach Möglichkeit auch in der Minderheitensprache zu verwenden (Art. 11 Abs. 3 RÜ). Die Vertragsstaaten anerkennen auch das Recht jeder Person, die einer nationalen Minderheit angehört, ihre Minderheitensprache zu erlernen (Art. 14 Abs. 1 RÜ). In Gebieten, «die von Angehörigen nationaler Minderheiten traditionell oder in beträchtlicher Zahl bewohnt werden», stellen die Staaten ein Bildungssystem sicher, das Angehörigen dieser Minderheiten angemessene Möglichkeiten bietet, die Minderheitensprache zu erlernen oder in dieser Sprache unterrichtet zu werden (Art. 14 Abs. 2 RÜ). Schliesslich müssen die Staaten die notwendigen Voraussetzungen «für die wirksame Teilnahme von Angehörigen nationaler Minderheiten am kulturellen, sozialen und wirt-

49 BGE 129 II 321, Regeste, Ausführungen in E. 3.1 und 3.2.

50 BGE 145 I 73 sowie dazu BELSER/MINDER, S. 24 ff.

schaftlichen Leben und an öffentlichen Angelegenheiten» schaffen, insbesondere wenn diese sie besonders betreffen (Art. 15 RÜ).

Das Rahmenübereinkommen ist – wie der Föderalismus – gleichzeitig der Vielfalt und der Gleichheit verpflichtet. Es zielt einerseits auf die Wahrung und die Förderung der Kultur nationaler Minderheiten und anderseits auf die Bekämpfung der Diskriminierung und die vollständige und effektive Gleichheit zwischen den Angehörigen der Mehrheit und der nationalen Minderheiten. Menschen, die nationalen Minderheiten angehören, sollen danach anders bleiben dürfen (*self rule*), und dennoch rechtliche und tatsächliche Gleichheit geniessen. Ausserdem sollen sie angemessen an den öffentlichen Angelegenheiten mitwirken können (*shared rule*).

Neben dem Rahmenübereinkommen ist für den Umgang mit sprachlicher Vielfalt auch die Europäische Charta der Regional- oder Minderheitensprachen bedeutend, die für die Schweiz im Jahre 1998 in Kraft getreten ist. Auch bei der Ratifizierung der Charta kann jeder Staat frei bestimmen, welche Sprachen unter den Schutz der Charta fallen. In seiner Botschaft hatte der Bundesrat darauf hingewiesen, dass «angesichts des institutionellen und rechtlichen Rahmens der Schweiz» die italienische und die rätoromanische Sprache in Betracht komme, wobei zu betonen sei, dass die aktuellen Massnahmen zum Schutz und zur Förderung dieser Sprachen die Anforderungen der Charta bereits weitgehend abdeckten.⁵¹ In einer auslegenden Erklärung hat die Schweiz denn auch festgehalten, welche Bestimmungen der Charta auf die italienische und rätoromanische Sprache zur Anwendung kommen. Auch wenn es die Charta den Vertragsstaaten überlässt, die geschützten Regional- und Minderheitensprachen zu bezeichnen, so enthält sie doch eine Definition, die die Staaten anleitet. Als schützenswerte Regionalsprachen gelten Sprachen, die von Staatsangehörigen traditionellerweise in einer Region gesprochen werden und nicht als Amtssprache(n) anerkannt sind, nicht aber Dialekte der Amtssprachen oder Sprachen von Migrantinnen und Migranten. Dabei wird die Region folgendermassen definiert.

«par *territoire dans lequel une langue régionale ou minoritaire est pratiquée*, on entend l’aire géographique dans laquelle cette langue est le mode d’expression d’un nombre de personnes justifiant l’adoption des différentes mesures de protection et de promotion prévues par la présente Charte» (Art. 1 lit. b)

Ob eine Regionalsprache als solche anzuerkennen ist, hängt damit entscheidend davon ab, ob sie in einer bestimmten Region von einer so grossen Zahl gesprochen wird, dass *Massnahmen*, etwa im Bereich der Bildung, des Gerichtswesens, der Verwaltung und der Dienstleistungen, *als gerechtfertigt erscheinen*. Schützenswert sind nach der Charta aber nicht nur Regionalsprachen mit einem Territorium, sondern auch Minderheitensprachen ohne ein solches. Dabei gilt:

51 Botschaft Charta Minderheitensprachen, S. 1166.

«par «langues dépourvues de territoire», on entend les langues pratiquées par des ressortissants de l’État qui sont différentes de la (des) langue(s) pratiquée(s) par le reste de la population de l’État, mais qui, bien que traditionnellement pratiquées sur le territoire de l’État, ne peuvent pas être rattachées à une aire géographique particulière de celui-ci.» (Art. 1 lit. c).

In der Schweiz sind folgende Regional- und Minderheitensprachen geschützt: Deutsch in Bosco-Gurin (Walserisch), Deutsch in Ederswiler (Jura), Italienisch in Graubünden, Italienisch im Tessin, Romanisch, Jenisch und Yiddish. Im Jahre 2018 folgte der Bundesrat in seinem siebten Bericht zur Umsetzung der Sprachencharta den Empfehlungen des Europarats, auch das Frankoprovenziale als Regional- oder Minderheitensprache anzuerkennen. Er weitete ausserdem die Anerkennung auf das Franc-Comtois aus, um der Gesamtheit der Patois der französischsprachigen Schweiz zu einer grösseren Sichtbarkeit zu verhelfen.⁵² Der Bericht schildert zudem die Neuigkeiten im Bereich der Förderung des Italienischen und des Rätoromanischen und enthält auch die Berichte der Kantone Graubünden und Tessin zu diesen beiden Sprachen, nicht aber die Berichte anderer Kantone. Dies ist schon deshalb bedauerlich, weil der Bericht selbst darauf hinweist, dass die *Mehrheit der italienischsprachigen Personen* der Schweiz *ausserhalb der italienischen Sprachregionen* leben. Erst recht gilt dies für die Rätoromanischsprachigen, die mehrheitlich ausserhalb ihres Sprachgebiets leben, vor allem in der Deutschschweiz (ca. 58,5%). Lediglich eine Minderheit von 36% befindet sich weiterhin im rätoromanischen Sprachgebiet und profitiert von den dortigen Schutz- und Fördermassnahmen.⁵³ Schon deshalb bedarf die Schweiz eines neuen Sprachenkonzepts, das die zahlreichen eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Anstrengungen zum Schutz und zur Förderung der Sprachenvielfalt nicht in Frage stellt, diese aber in eine kohärente Strategie einbettet, welche auf einem rechtlichen Rahmen, Institutionen und Organen und einem angemessenen Finanzierungsmechanismus beruht.⁵⁴ Seit Februar 2021 ist immerhin eine Bestimmung in Kraft, die es dem Bund erlaubt, Massnahmen zu treffen, «um die Kultur der Jenischen und der Sinti zu fördern und die nomadische Lebensweise zu ermöglichen» (Art. 17 KFG). Gestützt auf diese Bestimmung kann der Bund Subventionen an Jenische und Sinti ausrichten und die Stiftung «Zukunft für Schweizer Fahrende» finanziell unterstützen.

52 Interpellation 19.3094 (Die Schweiz anerkennt das Frankoprovenziale als Minderheitensprache. Und jetzt?).

53 Periodischer Bericht zur Europäischen Charta der Regional- oder Minderheitensprachen, Siebter Bericht der Schweiz 2018, S. 7, verfügbar auf: <https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/sprachen-und-gesellschaft/sprachen/europaeische-charta-der-regional-und-minderheitensprachen.html>.

54 Vgl. zum Ganzen LEBSANFT/WINGENDER.

3. Verbesserungsbedarf

Bundesrat und Bundesversammlung schienen zunächst davon auszugehen, dass die Schweiz als «Land der Minderheiten» vom Rahmenübereinkommen nicht betroffen sei und dieses vor allem zu ratifizieren sei, um es als aussenpolitisches Instrument nutzen zu können. In seiner Botschaft hielt der Bundesrat fest, dass das Rahmenübereinkommen das politische Ziel verfolge, «Lebensbedingungen zu begünstigen, welche die Grundrechte der Personen respektieren, die einer nationalen Minderheit angehören» und ganz allgemein das friedliche Zusammenleben und das optimale Funktionieren der Demokratie zu sichern.⁵⁵ Er wies darauf hin, dass die Schweiz «oft als Musterbeispiel für das Zusammenleben verschiedener Bevölkerungsgruppen» genannt werde, «da sie auf ihrem Staatsgebiet Gemeinschaften mit unterschiedlichen Sprachen, Kulturen oder Religionen» vereine.⁵⁶ Es erstaune deshalb nicht, dass für einige Bestimmungen des Rahmenübereinkommens «unsere Tradition und unsere Praxis als direktes Vorbild genommen wurden». Das Rahmenübereinkommen stehe denn auch, führte der Bundesrat aus, «in vollständiger Harmonie mit dem föderalistischen System der Schweiz, das den nationalen Minderheiten eine Autonomie zur Förderung und zur Wahrung ihrer Sprachen, ihrer Religionen und ihrer Kulturen anbietet und gleichzeitig ihre Mitarbeit und ihre Vertretung innerhalb der eidgenössischen Institutionen garantiert»⁵⁷. Der Bundesrat vertrat schliesslich auch die Ansicht, dass die Grundsätze und Ziele des Rahmenübereinkommens schon heute weitgehend erfüllt seien. Das Rahmenübereinkommen, bei dessen Ausarbeitung vor allem an die nationalen Minderheiten in Zentral- und Osteuropa gedacht worden sei, die durch die Geschichte von ihrer «Heimat» getrennt worden waren, diene der Schweiz denn auch vor allem dazu, Handlungen der Präventivdiplomatie zu unterstützen. Mit der Ratifizierung des Rahmenübereinkommens würde die Schweiz eine Aussenpolitik konkretisieren, die auf der Überzeugung beruhe, dass Minderheitenschutz einen wichtigen Faktor des Friedens und der demokratischen Stabilität darstellt. Die Ratifizierung des Rahmenübereinkommens stelle für die Schweiz denn auch vor allem einen «Akt europäischer Solidarität» dar.⁵⁸

Ganz sicher schienen sich Bundesrat und verschiedene Vernehmlassungsteilnehmer allerdings nicht zu sein, dass das föderalistische System der Schweiz in vollständiger Harmonie mit den Anforderungen des Rahmenübereinkommens stand. Jedenfalls hielten sie es für geboten, den Gebrauch der Minderheitensprache durch eine auslegende Erklärung einzuschränken. Die Spracherechte, die das Rahmenübereinkommen nationalen Minderheiten gewährt, sollen nämlich *nur im Rahmen der geltenden Amtsspracheregeln* gelten und

55 Botschaft RÜ, S. 1305.

56 Botschaft RÜ, S. 1305.

57 Botschaft RÜ, S. 1305.

58 Botschaft RÜ, S. 1305.

keine darüber hinausgehenden Pflichten begründen: «Die Bestimmungen des Rahmenübereinkommens über den Gebrauch der Sprachen im Verkehr zwischen Privatpersonen und Verwaltungsbehörden sind anwendbar, ohne die Grundsätze, welche die Eidgenossenschaft und die Kantone für die Festlegung der Amtssprachen befolgen, zu beeinträchtigen.»⁵⁹

Auch im Bereich der Mitwirkungsrechte schien der Bundesrat bei der Ratifikation zu zweifeln, ob die schweizerischen Instrumente reichen würden. Das föderalistische System der Schweiz garantiere zwar eine Vertretung der in einem bestimmten Gebiet lebenden Minderheiten innerhalb der eidgenössischen Institutionen und lasse den Kantonen und den Gemeinden weitgehende organisatorische Autonomie. Es stelle damit ein «besonders angemessenes Mittel» dar, um die Ziele des Rahmenübereinkommens zu erfüllen. Allerdings räumte der Bundesrat ein, dass auch andere Mittel benutzt werden könnten und *müssten*, um eine Teilnahme aller nationaler Minderheiten an den öffentlichen Angelegenheiten zu garantieren, «ob diese nun in einer bestimmten Region leben oder nicht»⁶⁰. So sei es insbesondere wichtig, die repräsentativen Organisationen der verschiedenen nationalen Minderheiten bei der Erarbeitung von Gesetzesentwürfen zu konsultieren oder auf andere Weise miteinzubeziehen.⁶¹

a. Die Zurückhaltung bei der Anerkennung nationaler Minderheiten

Das Übereinkommen definiert den Begriff der nationalen Minderheit nicht, weil sich die Staaten in dieser Frage nicht einigen konnten. Die Präambel, Art. 6 und Art. 17 machen allerdings deutlich, dass es um die Achtung und den Schutz ethnischer, kultureller, sprachlicher und religiöser Identitäten geht. Im Rahmen dieser Vorgaben entscheiden die Vertragsstaaten aber frei, welchen Gemeinschaften sie den besonderen Schutz des Übereinkommens zukommen lassen. Die Schweiz hat anlässlich der Ratifikation folgende auslegende Erklärung abgegeben: «In der Schweiz [sind] nationale Minderheiten im Sinne des Rahmenübereinkommens die Gruppen von Personen, die dem Rest der Bevölkerung des Landes oder eines Kantons zahlenmäßig unterlegen sind, die schweizerische Staatsangehörigkeit besitzen, seit langem bestehende, feste und dauerhafte Bindungen zur Schweiz pflegen und von dem Willen beseelt sind, zusammen das zu bewahren, was ihre gemeinsame Identität ausmacht, insbesondere ihre Kultur, ihre Traditionen, ihre Religion oder ihre Sprache.»⁶² Da-

59 Zweiter Bericht der Schweiz zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten, 2007, S. 44, verfügbar auf: <<https://rm.coe.int/CoERMPublic-CommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168008b4e7>>.

60 Botschaft, RÜ, S. 1230.

61 Botschaft, RÜ, S. 1320.

62 Verfügbar auf: <https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list//conventions/treaty/157/declarations?p_auth=BJYpUCze>.

mit sah die Schweiz zunächst davon ab, die anerkannten nationalen Minderheiten namentlich zu bezeichnen. In seiner Botschaft vom 24. März 1998 zum Rahmenübereinkommen zuhanden des Parlaments hielt der Bundesrat immerhin fest, dass nach dieser Definition das Rahmenübereinkommen in der Schweiz auf nationale sprachliche Minderheiten, aber auch auf andere schweizerische Bevölkerungsgruppen, wie die Mitglieder der jüdischen Gemeinde oder die Fahrenden, angewendet werden könne.⁶³

In der Botschaft zum Rahmenübereinkommen und im ersten Bericht zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens war noch von nationalen sprachlichen Minderheiten, den Mitgliedern der jüdischen Gemeinschaft und «den Fahrenden» die Rede, was zunächst dahingehend verstanden wurde, dass sich die Schweiz nicht zum Schutz der Jenischen, Sinti und Manouches verpflichtete, sondern zum Schutz jener Personen, die einen nomadisierenden oder halbnomadisierenden Lebensstil pflegen. Vor kurzem hat die Schweiz aber klar gestellt, dass neben den nationalen sprachlichen Minderheiten und den Angehörigen der jüdischen Gemeinschaft die Jenischen, Sinti und Manouches als nationale Minderheiten anerkannt sind, unabhängig von der Frage, ob sie sesshaft oder fahrend leben. Auch ihnen kommt der Schutz des Übereinkommens allerdings nur zugute, wenn sie über die schweizerische Staatsangehörigkeit verfügen und – zusätzlich – «seit langem bestehende, feste und dauerhafte Beziehungen zur Schweiz pflegen».

Im Jahre 2015 haben Schweizer Roma-Organisationen einen Antrag auf Anerkennung der Schweizer Roma als nationale Minderheit gestellt. Auch eine Interpellation hatte 2017 gefordert, die Roma, die in der Vergangenheit aus Schweizer Gebiet vertrieben und von 1888 bis 1972 durch sogenannte «Zigeunereinreiseverbote» an der Einreise in die Schweiz gehindert worden seien, als nationale Minderheit anzuerkennen. Obwohl in der Schweiz schätzungsweise 80 000 bis 100 000 Roma leben und den meisten die schweizerische Staatsangehörigkeit zukomme, falle es vielen aufgrund der anhaltenden Vorurteile schwer, öffentlich zu ihrer Identität zu stehen.⁶⁴ Der Bundesrat stellte in Aussicht, bei der Beurteilung der Frage, ob das Kriterium der «seit langem bestehenden, festen und dauerhaften Bindungen zur Schweiz» bestehe, die Verfolgungsgeschichte der «Zigeuner» in der Schweiz angemessen zu berücksichtigen. Vor kurzem hat der Bundesrat die Anerkennung der Roma als weitere nationale Minderheit jedoch abgelehnt.⁶⁵

Den sprachlichen Minderheiten und der jüdischen Gemeinschaft fällt es nicht schwer nachzuweisen, dass sie alle Voraussetzungen erfüllen, um als na-

63 Botschaft RÜ, S. 1310.

64 Interpellation 17.3111 (Anerkennung der Roma im Rahmen des Rahmenübereinkommens zum Schutz nationaler Minderheiten des Europarates).

65 Medienmitteilung des Bundesrats vom 1. Juni 2018, «Roma in der Schweiz: Bestandteil der Gesellschaft, aber keine nationale Minderheit», verfügbar auf: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-70977.html>.

tionale Minderheit anerkannt zu werden. Für andere Gruppen stellt es allerdings eine grosse Herausforderungen dar, ihre «Anstammung» zu beweisen. Die Gemeinschaft der Roma beispielsweise hätte nachweisen müssen, dass sie «zumindest bereits im späten 19./frühen 20. Jahrhundert in der Schweiz präsent» war. Damit von einer Bindung der Roma als Minderheit zur Schweiz aus gegangen werden könnte, hätte außerdem gezeigt werden müssen, dass Roma nicht bloss als Individuen hier waren, sondern sich als Gruppe mit eigener Identität verstanden haben.⁶⁶ Für neuere Minderheiten, etwa portugiesisch- oder englischsprechenden Personen, Musliminnen und Muslimen oder anderen Gruppen, die durch Migration in die Schweiz gelangt sind, kann dieser Nachweis erst recht nicht gelingen, so dass sie bis auf weiteres vom Minderheiten schutz ausgenommen bleiben.

b. Der unzureichende Schutz der Fahrenden

Auch im Bereich des Umgangs mit Fahrenden stellte das Ministerkomitee nach dem ersten Berichtszyklus «*scope for improvement*» fest, namentlich im Bereich der Transit- und Aufenthaltsplätze. Die Mitwirkungsmöglichkeiten von Fahrenden müssten gestärkt werden. Nach dem zweiten Berichtszyklus zeigte sich das Komitee besorgt darüber, dass in Bezug auf den grossen Mangel an Stand- und Durchgangsplätzen keine Fortschritte erzielt worden seien und die Zahl der Stand- und Durchgangsplätze seit 2001 sogar zurückgegangen sei. Da es oft kein spezifisches Verfahren zur Anhörung der Fahrenden gebe, brauche es einen *systematischen Dialog* auf Kantons- und Gemeindeebene. Weil die Gewährleistung der effektiven Mitwirkung der Vertreter der Fahrenden an den Arbeiten der verschiedenen Institutionen entscheidend sei, müsse auch «die Schaffung systematischer Anhörungsmechanismen auf Kantons- und Gemeinde ebene»⁶⁷ in Erwägung gezogen werden.

Auch nach dem dritten Berichtszyklus wurden diese Themen wieder aufgegriffen. Zu «ernsthafter Besorgnis» gab die Tatsache Anlass, dass sich die Situation für Fahrende innerhalb von zehn Jahren nicht verbessert, die Zahl der Standplätze kaum zugenommen und jene der Durchgangsplätze sogar abgenommen habe. Vor allem auf interkantonaler, kantonaler und lokaler Ebene bestehe auch weiterhin kein wirksames Anhörungsverfahren, das garantiere, dass die Anliegen der Fahrenden gehört und berücksichtigt würden, beklagte das Komitee. Dass nur wenige Fälle von Diskriminierungen gemeldet würden, deute außerdem darauf hin, dass die schweizerische Gesellschaft nur unzureichend über die einschlägigen Rechtsvorschriften und die bestehenden Rechts-

66 KÄLIN, Gutachten, S. 1 f.

67 Zweiter Bericht der Schweiz zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten, 2007, S. 29, verfügbar auf: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168008b4e7>.

mittel Bescheid wisse. Gestützt auf diese und andere Erwägungen schliesst das Komitee: «Ein allgemeines Antidiskriminierungsgesetz ist unabdingbar.»⁶⁸

Nach dem vierten Bericht legte das Komitee ein besonderes Gewicht auf die Konsultation der betroffenen Minderheiten und die *Stärkung ihrer politischen Mitwirkungsmöglichkeiten*. Es empfahl der Schweiz, Möglichkeiten zu finden

«of expanding participation in public affairs for persons belonging to national minorities allowing them to take part in the decision-making process not only at the federal level, but also at the inter-cantonal level and in all cantons, e.g. through permanent mechanisms, consultative bodies and target values for public administration»⁶⁹.

Es liegt damit auf der Hand, dass die föderalen und demokratischen Strukturen der Schweiz den Anforderungen an den völkerrechtlichen Minderheitenschutz nicht gerecht werden. Zwar sind Jenische, Manouches und Sinti als nationale Minderheiten anerkannt («*recognition*»), die bestehenden Mechanismen erlauben aber weder einen wirksamen Schutz ihrer Rechte («*rights*»), noch stellen sie eine angemessene Mitwirkung («*representation*») sicher. Vor allem im Bereich der politischen Mitwirkung fehlen der Schweiz Instrumente, um auch nicht-territorialen Minderheiten angemessene Mitgestaltungsmöglichkeiten einzuräumen.

Auch die allgemeinen Menschenrechte fordern den traditionellen Minderheitenschutz der Schweiz heraus, der sich nur auf die angestammten sprachlichen Minderheiten bezieht. Nach Art. 27 UN-Pakt II dürfen Angehörige ethnischer, religiöser und sprachlicher Minderheiten nicht daran gehindert werden, «gemeinsam mit anderen Angehörigen ihrer Gruppe ihr eigenes kulturelles Leben zu pflegen, ihre eigene Religion zu bekennen und auszuüben oder sich ihrer eigenen Sprache zu bedienen». Von massgebender Bedeutung für die Klärung des völkerrechtlichen Minderheitenbegriffs waren die Arbeiten des UN-Sonderberichterstatters für Verhinderung von Diskriminierung und Minderheitenschutz Francesco Capotorti von 1979. Um eine Minderheit handelt es sich danach, wenn die Mitglieder einer Gruppe über die Staatsangehörigkeit des betreffenden Staats verfügen, der übrigen Staatsbevölkerung zahlenmäßig unterlegen sind und keine beherrschende Stellung innehaben, objektiv kulturelle Merkmale aufweisen, die sie vom Rest der Bevölkerung unterscheiden, sowie subjektiv den Wunsch haben, die eigenen Kultur, Tradition, Religion oder Sprache zu bewahren.⁷⁰ Der völkerrechtliche Minderheitenbegriff bleibt jedoch um-

68 Resolution über die Umsetzung des Rahmenübereinkommens zum Schutz nationaler Minderheiten durch die Schweiz (verabschiedet vom Ministerkomitee am 28. Mai 2014 anlässlich der 1200. Sitzung der Ministerdelegierten).

69 Fourth Report submitted by Switzerland pursuant to Article 25, paragraph 2 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities, 2017, verfügbar auf: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168059314c>>.

70 CAPORTI, S. 96.

stritten. Die Begriffsbestimmung von Capotorti macht zwar klar, dass der Geltungsbereich von Art. 27 Pakt II nicht auf «nationale Minderheiten» beschränkt ist, die Vertragsstaaten ausdrücklich als solche anerkannt haben. Sie unterlässt es aber, den Besonderheiten mehrstufiger Staaten Rechnung zu tragen und anzuerkennen, dass der Minderheitenbegriff ein *relativer* ist und sich in der autonomen Minderheitenregion auch Angehörige der Mehrheitsgruppe – oder andere Minderheiten – in der Minderheit befinden können. Vor allem aber hat das Erfordernis der Staatsangehörigkeit Anlass zu Kritik gegeben und wird heute mehrheitlich abgelehnt.⁷¹

Allerdings können sich weiterhin längst nicht alle Gruppen, die durch Kultur, Religion oder Sprache miteinander verbunden sind, auf die besondere Garantie berufen. Auch wenn vom Erfordernis der Staatsbürgerschaft abgesehen wird, bedarf es einer stabilen Verbindung zwischen Staaten und Gruppen, damit diese als «Staaten mit ethnischen, religiösen oder sprachlichen Minderheiten» gelten. In der Lehre wird die Meinung vertreten, dass *drei Generationen* erforderlich sind, um eine solche Verbindung zu schaffen, aber auch genügen, um Migrantinnen und Migranten mit eigener Kultur, Religion oder Sprache zu einer gemäss Art. 27 Pakt II geschützten Minderheit werden zu lassen.⁷² Art. 27 Pakt II hat damit das Potential, zu einem wichtigen Instrument für den Umgang mit sogenannt neuen Minderheiten zu werden. Die Feststellung eines schweizerischen Gerichts, dass sich Roma sowie religiöse und sprachliche Gruppen, die seit drei Generationen und mehr in der Schweiz leben, auf Art. 27 UN-Pakt II berufen können, käme einer «weichen» Anerkennung gleich. Dies würde es erlauben, die Übergänge zwischen angestammten Minderheiten, ausdrücklich anerkannten nationalen Minderheiten und sogenannt «neuen» Minderheiten fliessender zu gestalten. Allerdings ist dabei nicht zu erkennen, dass eine «weiche» Anerkennung nicht alle Bedürfnisse von Minderheiten abdecken würde. Es sind nämlich weniger die Eingriffe in ihre Rechte, die für Minderheiten ein Problem darstellen, als vielmehr das Fehlen von Förderungsmassnahmen und wirksamen Mitwirkungsrechten. Aus der justiziablen Schicht der Bestimmung lassen sich jedoch nach herrschender Lehre keine Ansprüche auf Fördermassnahmen des Staats ableiten.⁷³

c. *Der unzureichende Schutz der sprachlichen Minderheiten*

Nachdem die Schweiz ihren ersten Bericht eingereicht hatte, musste sie die Erfahrung machen, dass sie sich zwar selbst als Vorbild für den Umgang mit Vielfalt erachtete, Aussenstehende aber durchaus Mängel im System erkannten. Die Empfehlungen des Ministerkomitees, mit welcher der erste Berichtszyklus im Jahre 2003 beendet wurde, machten deutlich, dass die Schweiz trotz oder teil-

71 BELSER, Föderalismus und Minderheitenschutz, S. 789 ff.

72 Vgl. KÄLIN, Grundrechte im Kulturkonflikt, S. 62 f.

73 KÄLIN, Gutachten, S. 13.

weise sogar wegen ihrer föderalen Struktur durchaus Verbesserungspotential aufweist. Das Komitee anerkannte zwar die grossen Bemühungen des Bundes, der Bundesverwaltung und der mehrsprachigen Kantone, die Sprachen der Minderheiten zu schützen und zu fördern und die Garantie politischer Mitwirkungsmöglichkeiten auf allen Ebenen des Staats («*extensive political participation of linguistic minorities at all levels*»). Das Komitee spräte «aber in einzelnen Punkten nicht mit Kritik»⁷⁴. Handlungsbedarf wurde namentlich beim in der Schweiz praktizierten *Zusammenspiel zwischen Territorialitätsprinzip und Sprachenfreiheit* sowie beim von der Schweiz eher *restriktiv definierten Minderheitenbegriff* ausgemacht.⁷⁵

Das Komitee empfahl unter anderem, namentlich im Bereich der Bildung, jene Sprachminderheiten besser zu berücksichtigen, die *ausserhalb ihres traditionellen Lebensraums* lebten, was für italienisch- und rätoromanischsprechende Personen besonders wichtig sei. Damit legte das Komitee den Finger auf einen wunden Punkt des schweizerischen Umgangs mit der Sprachenvielfalt: Zuständig für die Erhaltung und Förderung der rätoromanischen und der italienischen Sprache sind die Kantone Graubünden und Tessin, die dabei auf die Unterstützung des Bundes zählen können (Art. 70 Abs. 5 BV). Nach der Empfehlung sollten es nun aber auch andere Kantone und Gemeinden sein, in denen italienisch- und rätoromanischsprechende Personen leben. Während die Bundesverfassung nur die Rücksicht auf angestammte Sprachminderheiten verlangt, fordert das Komitee, dass Sprachminderheiten dort geschützt und gefördert werden, wo sie tatsächlich leben. Es verlangt damit eine Aufweichung des Territorialitätsprinzips und eine *Zuwendung zum Personalitätsprinzip*, das sprachlichen Minderheiten auch dann Schutz bietet, wenn sie – im Zuge der Urbanisierung oder aus anderen Gründen – ihre angestammten Siedlungsgebiete verlassen haben. Damit stehen neu auch Kantone wie Basel-Stadt, Genf oder Zürich in der Verantwortung, wenn es um den Erhalt und die Förderung von Minderheitensprachen geht.⁷⁶

Diese Empfehlungen forderten und fordern allerdings das Verhältnis von Föderalismus und Minderheitenschutz heraus: Sprachliche Minderheiten müssen auch ausserhalb ihres angestammten Wohngebiets geschützt und gefördert werden – also auch von Kantonen und Gemeinden, die einsprachig sind, und bis anhin davon ausgegangen sind, die Förderung der Mehrsprachigkeit betreffe sie, wenn überhaupt, nur am Rande. Es erstaunt deshalb nicht, dass das Komitee nach dem zweiten Berichtszyklus keine Fortschritte verzeichnen konnte, sondern vielmehr seine Besorgnis darüber ausdrückte, dass sich die Situation

74 Antwort des Bundesrats auf Interpellation 04.3347 (Minderheitenpolitik in der Schweiz, speziell für Fahrende).

75 Antwort des Bundesrats auf Interpellation 04.3347 (Minderheitenpolitik in der Schweiz, speziell für Fahrende).

76 Vgl. BELSER, Accommodating National Minorities.

der Italienisch- und Rätoromanischsprachigen, die ausserhalb ihres angestammten Wohngebietes lebten, in Bezug auf die Möglichkeit, kulturelle und sprachliche Unterstützung zu erhalten – namentlich beim Zugang zum Sprachunterricht – nicht wesentlich verbessert habe.⁷⁷

Auch der vierte Bericht aus dem Jahre 2019 knüpft an dieses Anliegen an. Er fordert die Schweiz wiederum dazu auf, «*to promote access to teaching in and of Italian and Romansh outside the areas traditionally inhabited by the persons belonging to these communities, in particular in bigger cities*»⁷⁸. Zu diesem Zweck solle sie mit den Vertreterinnen und Vertretern der betroffenen Minderheiten das Gespräch aufnehmen und damit auch die Mitwirkungsmöglichkeiten der Sprachgruppen stärken. Der Umgang der Schweiz mit nationalen Minderheiten zeigt damit, dass eine föderale Staatsstruktur zwar Vielfalt garantiert, dass die Autonomie der Kantone und deren Mitwirkungsrechte aber nicht ausreichen, um die Vielfalt in all ihren Formen zu achten und zu schützen. Darüber hinaus sind rechtsstaatliche und demokratische Vorkehren erforderlich, damit das Land nicht nur seine regionale, sondern auch die kulturelle Vielfalt wertschätzen und sich von ihr prägen lassen kann.

C. Von der Gleichheit und der Vielfalt im Rechtsstaat

Der Rechtsstaat ist dazu da, Machtmissbrauch zu verhindern und staatliche Macht im Interesse der Rechte und Freiheiten Einzelner und im Interesse der besonderen Schutzbedürfnisse von Minderheiten zu begrenzen. Er sichert dem Einzelnen mit den Grundrechten justizable Ansprüche, die dieser gegen Entscheide des Staats durchsetzen kann, und garantiert einen wirksamen Rechtsschutz. Die Gefahr von Absolutismus und Machtmissbrauch besteht jedoch nicht nur in Monarchien und ihren Entartungen in autokratische Diktaturen oder in Aristokratien und ihren Abwandlungen in Oligarchien oder Plutokratien. Auch Demokratien laufen Gefahr, sich in populistische Ochlokratien zu verwandeln – oder hinter dem Schleier gelenkter Demokratie – autokratisch und autoritär zu agieren, wenn sie nicht durch den Rechtsstaat gebändigt werden. Die Maxime ««das Volk hat immer Recht» ist selbstverständlich falsch»⁷⁹.

77 Vgl. dazu Council of Europe, *From linguistic diversity to plurilingual education, Guide for the development of language education policies in Europe*, Strasbourg 2007, S. 16 ff.

78 Vierter Bericht des Expertenkomitees zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten, 2017, S. 44, verfügbar auf: <<https://rm.coe.int/16806f54f8>>.

79 KELLER, S. 937; vgl. zur Gefahr, dass im Namen der Volksherrschaft die Überwindung der Demokratie gefordert wird, MAHLMANN, *Schutz der Verfassung*, S. 214 ff.; sowie TSCHANNEN, Perspektiven, S. 517: Referendum und Initiative bringen eine Kompromisskultur hervor. «Das Volk ist aber ein *Verfassungsorgan neben anderen*. [...] Eine auch nur rhetorische Übersteigerung des Volks als allmächtiger Souverän steht in direktem Widerspruch dazu. Und doch geschieht genau

Die Achtung, der Schutz und die Verwirklichung der Grundrechte bilden einen wesentlichen Teilgehalt des Rechtsstaats. Ähnlich wie der Föderalismus den Gliedstaaten, garantieren die Grundrechte dem Einzelnen ein Recht auf Autonomie und auf Mitwirkung (I.). In deren Zentrum steht die Rechtsgleichheit, die als transversaler Anspruch alle Lebensbereiche durchdringt (II.). Auf deren wirksame Durchsetzung durch unabhängige Gerichte sind Einzelne und Minderheiten denn auch entscheidend angewiesen, denn ohne wirksamen Rechtsschutz können sie der Wucht demokratischer Entscheide nichts entgegensetzen (III.).

I. Autonomie und Mitwirkung zum Zweiten

Wie der Föderalismus steht auch der Rechtsstaat im Spannungsfeld von Einheit und Vielfalt und den Rechten von Mehrheiten, Minderheiten und Einzelnen. Er garantiert die Durchsetzung des Rechts, das von der demokratischen Mehrheit geschaffen worden ist, stellt diesem aber die Rechte der Einzelnen entgegen, die die Rechtmäßigkeit von Entscheiden von einer unabhängigen Instanz überprüfen lassen können. Er beschränkt damit die Demokratie auf eine Art und Weise, die für die Rechte und Freiheiten all jener entscheidend ist, die weder auf Ebene des Bundes noch in den Kantonen oder Gemeinden eine Mehrheit bilden.

1. Schutz vor der Tyrannie der Mehrheit

Schon Alexis de Tocqueville, der erste Beobachter der amerikanischen Demokratie, hatte sich im Jahre 1839 mit der Gefahr einer Tyrannie der Mehrheit auseinandergesetzt und die Ausweglosigkeit vor Augen geführt, in der sich Einzelne und Angehörige von Minderheiten wiederfinden können:

«Erfährt ein Mensch oder eine Partei in den Vereinigten Staaten eine Ungerechtigkeit, an wen soll er oder sie sich wenden? An die öffentliche Meinung? Sie ist es, die die Mehrheit bildet. An die gesetzgebende Versammlung? Sie repräsentiert die Mehrheit und gehorcht ihr blind. An die ausübende Gewalt? Sie wird durch die Mehrheit ernannt und dient ihr als gefügiges Werkzeug. An das Heer? Das Heer ist nichts anderes als die Mehrheit in Waffen. An das Geschworenengericht? Das Geschworenengericht ist die mit dem Recht zum Urteilssprechen bekleidete Mehrheit: Die Richter selbst werden in gewissen Staaten von der Mehrheit gewählt. Wie ungewollt oder unsinnig die Massnahme sei, die euch trifft, ihr habt euch ihr zu unterziehen.»⁸⁰

Allerdings erkannte de Tocqueville im amerikanischen System auch die Instrumente zum Kampf gegen die Tyrannie. Dazu zählte er zuerst den Föderalismus,

dies. Das Ergebnis sind Verwerfungen im Verhältnis des Volks zu Behörden wie auch zu Minderheiten und Individuum.»; vgl. auch S. 520 f.

80 Zitiert nach JARDIN, S. 192.

der dem Bürger die Möglichkeit verschaffe, sich auf Ebene der Gemeinde Gehör zu verschaffen und sich selbst für die verschiedensten Funktionen wählen zu lassen. Zwar führe die Dezentralisierung von Regierung und Verwaltung zu einem Mangel an Einheitlichkeit und manchmal auch an Effizienz, doch sei sie einer Zentralisierung dennoch jederzeit vorzuziehen, da diese die Bürger davon abhalte, ihre Angelegenheiten selbst in die Hand zu nehmen, ihre Unterschiede einebne und ihre Mitgestaltungsmöglichkeiten verwässere. Im Grunde, so Tocqueville, stelle die dezentralisierte Verwaltung eine Art von Despotismus dar, die, um an die Frucht der Einheit und Effizienz zu gelangen, den Baum fälle.⁸¹

Zu den Instrumenten, die dem Kampf gegen die Tyrannie dienen, zählte de Tocqueville zweitens die Rechtsglehrten, und drittens andere zivilgesellschaftliche Kräfte, wie die Religion.⁸² Aber auch die Bildung gehöre zu den Mechanismen, die die Demokratie berechenbar machen. Eine Demokratie müsse nämlich alle Bürger in die Lage versetzen zu regieren und ihnen auch die Fähigkeiten dazu vermitteln.⁸³ Das Volk müsse dabei aber nicht perfekt sein, um regieren zu können. «Trotz all ihrer kleinkühigen Leidenschaften, ihrer lückenhaften Bildung, ihrer ordinären Sitten», so stellte er fest, sind die Amerikaner «offensichtlich in der Lage, praktische Intelligenz zu entwickeln, und diese erweist sich als ausreichend»⁸⁴.

Alexis de Tocqueville hat auch darauf hingewiesen, dass das Volk einigermassen gleich sein müsse, damit es praktische Intelligenz entwickeln könne. Die gesellschaftliche Gleichheit faszinierte den Reisenden denn auch am meisten. «Die gesamte Gesellschaft», stellte er fest, «scheint zu einer einzigen mittleren Klasse verschmolzen.»⁸⁵ Es gibt hier keinen Menschen, konstatierte er, «der nicht vernünftigerweise hoffen kann, die Annehmlichkeiten des Lebens zu erlangen; keinen, der nicht weiß, dass seine Zukunft, sofern er arbeitet, gesichert ist.»⁸⁶ Dabei frappte de Tocqueville eines ganz besonders: die Annäherung der Stellung von Frau und Mann.⁸⁷ Es fiel ihm aber auch auf, dass die amerikanische Freiheit und Gleichheit nicht allen gleichermaßen zugutekam und die amerikanische Demokratie schon wegen des Schicksals der indigenen Völker nicht als vollkommen gelten könne; die ersten «Indianer», denen

81 JARDIN, S.180 ff. sowie S. 193: Aus der Teilhabe der Bürger am öffentlichen Leben beziehe die Dezentralisierung ihren universalen Wert. Leider müssen in Europa – und ganz besonders im heimatlichen Frankreich – zuerst die Gesetze freiheitsfeindlicher Traditionen beseitigt und die öffentliche Meinung aufgeklärt werden, bevor sich diese Erkenntnis durchsetzen könne.

82 JARDIN, S. 195 f.

83 JARDIN, S. 208.

84 Zitiert nach JARDIN, S. 145.

85 Zitiert nach JARDIN, S. 101; vgl. auch S. 145: Die soziale Gleichheit in Amerika schliesst Unterschiede keineswegs aus, die sich auf dem Vermögen gründen, doch sind diese fliessend und wandelbar.

86 JARDIN, S. 103.

87 JARDIN, S. 101.

er begegnete, liefen bettelnd hinter seiner Kutsche her.⁸⁸ Hatte er die Tatsache, dass die Amerikaner «alle die gleiche Kleidung»⁸⁹ tragen, zunächst noch als Beweis einer egalitären Gesellschaft gesehen, so bedrückte ihn der Anblick der Indigenen, die sich in ihren europäischen Kleider «sichtlich wie gefangen vorkommen»⁹⁰.

Was die Demokratie von der Tyrannei der Mehrheit unterscheidet, sind zuerst ihre Rahmenbedingungen. Dazu gehören ein freies und auf Chancengleichheit beruhendes Gesellschafts- und Wirtschaftsleben, organisierte gesellschaftliche Kräfte, Medien und Parteien und ein allen zugängliches Bildungswesen. Idealerweise führt diese gesellschaftliche Gleichheit nicht zu einer gesellschaftlichen Assimilierung, sondern zu einer Integration von Menschen, die allen erlaubt, anders zu bleiben und dennoch – auch ohne europäische Kleidung – gleiche Chancen zu haben.

2. *Rechtsstaat als Schranke der Demokratie*

Rechtsstaat und Demokratie gemeinsam gewähren jedem Einzelnen ein gleiches Recht auf Selbstbestimmung und ein gleiches Recht auf Mitbestimmung, wenn Entscheide darüber gefällt werden, wie die Selbstbestimmung der Einzelnen durch staatliche Massnahmen geschützt, verwirklicht oder beschränkt wird.⁹¹ Die Demokratie stellt sicher, dass Gesetze und andere staatliche Entscheide auf dem Willen des Volks beruhen und seinem Wohl dienen. Indem die Demokratie allen Menschen das gleiche Recht auf Mitgestaltung des Gemeinwesens und auf Festlegung seiner Ziele garantiert, ist sie der (rechtsstaatlichen) Gleichheit verpflichtet. Gleichzeitig stellt sich sicher, dass alle Menschen die gleichen Möglichkeiten haben, an den gesetzlichen Grundlagen mitzuwirken, die ihr Recht auf Selbstbestimmung beschränken. Aber auch wer überstimmt wird, bleibt nicht ohne Schutz. Die Grundrechte sichern vielmehr jedem Einzelnen das Recht, sich an eine unabhängige Instanz zu wenden, die den Entscheid des Gesetzgebers überprüft und den Einzelnen vor nicht gerechtfertigten Entscheiden der Mehrheit schützt. Dieser gerichtliche Schutz kommt auch Angehörigen von Minderheiten zugute, die sich in Bezug auf ihre Sprache, ihre Religion oder ihre Kultur von der Mehrheit unterscheiden, und deshalb besonders Gefahr laufen, im demokratischen Prozess überstimmt zu werden.⁹²

88 JARDIN, S. 107 f.

89 JARDIN, S. 101.

90 JARDIN, S. 111.

91 Vgl. MÜLLER, Entstehung und Entwicklung, S. 1172 ff.

92 Vgl. zum Ganzen MÜLLER, Die demokratische Verfassung, S. 46: «In den konkreten Fragen der Demokratie kommt Konsens oft dadurch zustande, dass eine Lösung nur von einer Gruppe aktiv befürwortet wird, aber daneben für möglichst viele andere *akzeptabel* und für alle jedoch *zumutbar* ist. [...] Diese Einsicht ist darum wichtig, weil sie die Vorstellung korrigiert, Legitimität in der Demokratie folge zwangsläufig aus der positiven Stellungnahme einer Mehrheit. Ist das

Es ist aber nicht nur die Mehrheit, die Gesetze macht – es ist auch die Mehrheit, die von Gesetzgebung oder anderen staatlichen Massnahmen absehen kann. Was bedeutet es für den Einzelnen, wenn ihm jene staatlichen Massnahmen verwehrt bleiben, die er zur Verwirklichung seiner gleichen Rechte und Freiheiten als erforderlich erachtet? Was gilt, wenn die Mehrheit nicht eine unverhältnismässige Beschränkung der Grundrechte beschliesst, die Gerichte beseitigen können, sondern es versäumt, die Rechte und Freiheiten Einzelner angemessen zu schützen oder wirksam zu verwirklichen? Das grundrechtliche Instrumentarium ist – seiner historischen Entwicklung entsprechend – darauf ausgerichtet, ungerechtfertigte Eingriffe in Rechte und Freiheiten abzuwehren, taugt aber nur bedingt dazu, gesetzgeberische Versäumnisse im Bereich der Schutz- und Verwirklichungspflichten zu korrigieren. Der einzelne Grundrechtsträger und die Angehörigen von Minderheiten haben denn auch kaum Möglichkeiten, sich gegen eine Mehrheit zur Wehr zu setzen, die es unterlässt, jene gesetzgeberischen und anderweitigen Massnahmen zu ergreifen, die zur gleichen Verwirklichung der Grundrechte für alle erforderlich wären.

Auch die Bundesrevisionskommission, die mit der Ausarbeitung der neuen Bundesverfassung betraut war, hatte am 22. Februar 1848 zu Protokoll gegeben, dass nicht nur eine «unumschränkte Monarchie», sondern auch die «reine Demokratie» zu absolutistischer Herrschaft führen könne. Der Unterschied liege einzig darin, dass der absolute Wille, das Recht so oder anders zu beschaffen, im ersten Fall einem Einzelnen und im zweiten Fall dem Volk zu komme.⁹³ Der berühmte schweizerische Staatsrechtler Fritz Fleiner bezeichnete die direkte Demokratie sogar als «autoritäre Staatsform», da sich der «Wucht, die einem Volksentscheid» innewohne, keine Gegenkräfte entgegenstellten.⁹⁴

Soll die Demokratie nicht zu einer autoritären Staatsform verkommen, muss das Recht nicht nur Grundlage, sondern auch Schranke staatlichen Handelns sein (Art. 5 Abs. 1 BV), was auch dann gelten muss, wenn das Volk – durch seine Vertreterinnen und Vertreter oder direkt – Macht ausübt. Demokratie bedeutet nicht Volkssouveränität, sondern rechtlich gebändigte, rechtlich ge- regelte, rechtlich beschränkte Herrschaft durch das Volk. Es gibt im Rechtsstaat keinen Souverän, der in allen Dingen das letzte Wort hat.

Traditionellerweise wird der Rechtsstaat, soweit er die Demokratie nicht begründet und ermöglicht, etwa indem er das Legalitätsprinzip verankert und den freien Meinungsbildungsprozess sichert, als reine «Defensivveranstaltung»⁹⁵ verstanden. Die defensive Funktion des Rechtsstaats erscheint dabei «als Verfahren, demokratische Herrschaft mit Autonomie und Würde des Individuums

Resultat für eine Minderheit unzumutbar, das heisst, wird sie in Grundrechtspositionen verletzt, ist der Entscheid nicht legitim.»

93 Zitiert nach REICH, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, S. 333.

94 FLEINER, S. 25.

95 REICH, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, S. 340.

zu versöhnen»⁹⁶. Der Rechtsstaat kontrolliert und mässtigt die Herrschaftsausübung – auch jene durch die Mehrheit – indem er Grundrechte garantiert, für deren Einschränkungen eine gesetzliche Grundlage fordert, für deren Überprüfung ein unabhängiges Gericht einsetzt, indem er Willkür verbietet und Gleichheit gebietet. Er dient damit der Verteidigung der Rechte und Freiheiten Einzelner: Gerichte können Entscheide und oft auch Erlasse aufheben, die aus rechtsstaatlicher Sicht nicht haltbar sind. Dass die Entscheide und Erlasse demokratisch zustande gekommen sind, bildet dabei nur einen Teil der gerichtlichen Überprüfung. Sie müssen sich – in den Augen des unabhängigen Gerichts – auch sonst rechtfertigen lassen, namentlich durch ihre Verhältnismässigkeit.⁹⁷

Das Konzept des rein defensiven Rechtsstaats, so wichtig es bleibt, vermag allerdings nicht alle Probleme zu beheben, die sich aus der Wucht von Volksentscheiden und der Wucht von Entscheiden der Volksvertretung ergeben können. Die Mehrheit des Volks bestimmt nämlich auch darüber, was eine gemeinsame Angelegenheit ist und was privat bleibt. Wird eine Angelegenheit aber Privaten überlassen, die sich dieser Aufgabe nicht gewachsen fühlen oder die andere Angehörige des Gemeinwesens bei ihrer Erfüllung unterstützen möchten, so hilft der defensive Rechtsstaat nicht weiter. Auch im grundrechtlichen Bereich ist er auf ein Verständnis der Rechte und Freiheiten zugeschnitten, das überholt ist. Grundrechte sind längst nicht mehr nur Abwehrrechte, die es Einzelnen und Gruppen erlauben, übermässige Eingriffe in ihre Rechte und Freiheiten abzuwehren. Grundrechte begründen vielmehr auch Schutz- und Leistungsansprüche, die ein Handeln des Gemeinwesens erfordern.⁹⁸ Versäumt es das Gemeinwesen, diese Pflichten wahrzunehmen, so braucht es einen aktiven Staat, der den Grundrechten zum Durchbruch verhilft. Überstimmte Minderheiten – und Personen und Gruppen, die von der Mitwirkung ausgeschlossen sind – können sich in diesem Fall aber nicht an eine unabhängige Justiz wenden, um Entscheide abzuwehren. Wo Gerichte an ihre funktionellen Schranken stossen, weil sie keine Mittel haben, um gegen die Untätigkeit des Gesetzgebers vorzugehen, ist deshalb eine Verbesserung der Mitwirkung von Nöten. Gerade weil der defensive Rechtsstaat in diesen Fällen nur unzureichenden Schutz bietet, wird die Mitwirkung am Staat zentral: Alle Betroffenen müssen an den Entscheiden, die das Gemeinwesen betreffen, angemessen mitwirken können.

3. Menschenwürde als Kern des Rechtsstaats und der Demokratie

Ausgangspunkt und Ziel des Rechtsstaats bildet die Menschenwürde (Art. 7 BV), die allen Menschen einen Anspruch auf gleiche Anerkennung ihrer Würde, gleiche Achtung und gleichen Schutz garantiert. Diese Grundidee

96 REICH, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, S. 340; vgl. auch WYTTEBACH, S. 1373 f.

97 Vgl. dazu RÜTSCHE, S. 1056 ff. und 1066 ff.

98 Vgl. statt vieler MÜLLER, Entstehung und Entwicklung, S. 1180 ff. und S. 1185 ff.

strahlt in alle Grundrechte aus, deren Kerngehalt die Menschenwürde bildet (Art. 36 Abs. 4 BV). Auch sie steht gleichermassen im Dienste der Einheit aller Menschen als auch im Dienste ihrer Vielfalt. Sie schützt «das letztlich nicht fassbare Eigentliche des Menschen und der Menschen und ist unter Mitbeachtung kollektiver Anschauungen ausgerichtet auf Anerkennung des Einzelnen in seiner eigenen Werhaftigkeit und individuellen Einzig- und allfälligen Andersartigkeit.»⁹⁹ Jeder Mensch darf danach einzigartig und allenfalls auch andersartig sein und hat dennoch oder gerade deswegen einen unbedingten Anspruch auf gleiche Achtung und gleichen Schutz seiner Würde. Seine Einzig- oder allfällige Andersartigkeit muss geachtet und bei Bedarf auch geschützt werden.

Aus der Garantie der Menschenwürde ergibt sich auch die staatliche Pflicht, alle erforderlichen und geeigneten Massnahmen zu ergreifen, um zu verhindern, dass Private die gleiche Würde aller Menschen in Frage stellen, ihre Integrität verletzen oder ihre Selbstbestimmung missachten.¹⁰⁰ Aufgrund des Schutzauftrags hat der Staat zu verhindern, dass Private Menschen aufgrund bestimmter Eigenschaften erniedrigen oder herabwürdigen. Dass der Verfassungsgeber in Art. 7 BV Achtungs- und Schutzpflichten ausdrücklich erwähnt und gleichwertig nebeneinanderstellt, deutet darauf hin, dass er den Schutzpflichten im Bereich der gleichen Menschenwürde eine erhöhte Bedeutung beimisst. Beide gelten, wenn auch in unterschiedlicher Weise, in allen Rechtsgebieten. Massnahmen, welche die Gefahr erniedrigender Behandlungen oder Situationen mit sich bringen, sind nicht mit der Menschenwürde vereinbar. Während die Achtungspflichten absolut gelten, ist dies allerdings bei den Schutzpflichten nicht der Fall. Diese sind zwar ebenso verbindlich wie die Achtungspflichten und ebenso wichtig für die Verwirklichung der Menschenwürde, doch verfügt der Staat über ein Ermessen, wenn es um gesetzgeberische oder anderweitige Massnahmen geht, die darauf zielen, Verletzungen der Menschenwürde zu verhindern oder gegen Verletzungen durch Private vorzugehen.¹⁰¹ Ob er für eine Wirkung der Menschenwürde zwischen Privaten sorgt oder nicht, steht dagegen nicht in seinem Ermessen (Art. 35 Abs. 1 und 3 BV).

Im Zentrum der Menschenwürde steht das Recht jedes Menschen, als freies und vernunftbegabtes Wesen anerkannt und stets als Subjekt, nicht als Objekt behandelt zu werden. Subjektqualität, Gleichwertigkeit und Individualität sichern dem Menschen ein Recht darauf, sich selbst zu sein und sich selbst zu bestimmen. Das Recht, autonom Entscheide fällen zu können, ist denn auch untrennbar mit der Menschenwürde verbunden. Die Menschenwürde ist deshalb nicht nur verletzt, wenn ein Mensch Opfer einer grausamen, erniedrigenden oder unmenschlichen Behandlung wird, sondern auch wenn sein Recht auf

99 BGE 132 I 49 E. 5.1 sowie zum Ganzen WYTTENBACH, S. 1371 ff.

100 BELSER/MOLINARI, BSK-BV, Art. 7 N 51; KIENER, Grundrechte in der BV, S. 1216 ff.; MAHLMANN, S. 217 f.

101 Vgl. BELSER/MOLINARI, BSK-BV, Art. 7 N 68; TSCHENTSCHER, S. 1322.

Selbstbestimmung missachtet wird. Die Menschenwürde garantiert jedem Menschen das Recht, die eigene Identität, das Selbstbild und die Lebenspraxis zu wählen und zu verändern und dabei jederzeit als gleichwertiger Ausdruck dessen, was Menschsein bedeutet, geachtet und geschützt zu sein. Sie findet ihren Ausdruck im Recht auf persönliche Freiheit, im Recht auf Achtung und Schutz der Privatsphäre, aber auch in der Glaubens- und Gewissensfreiheit und anderen Freiheitsrechten.

Die Menschenwürde als Ausdruck der «Souveränität» des Menschen weist aber auch enge Bezüge zu den Sozialrechten, den Verfahrensrechten und zu den politischen Rechten auf. Wer in Not gerät, und vorübergehend oder langfristig nicht in der Lage ist, selbst für sich zu sorgen, hat Anspruch auf Hilfe und Unterstützung und auf alle Mittel, die er braucht, um menschenwürdig leben zu können (Art. 12 BV). Dieser Leistungsanspruch gilt bedingungslos und steht allen Menschen unterschiedslos zu. Wer Teil eines verwaltungsrechtlichen oder gerichtlichen Verfahrens ist, hat nicht nur Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung, sondern auch Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 1 und 2 BV) und damit Anspruch darauf mitzuwirken, wenn Entscheide gefällt werden, die ihn betreffen. Die Verfahrensrechte dienen damit nicht nur einem gerechten Verfahrensausgang, sondern verhindern auch, dass der Einzelne zum Objekt staatlicher Entscheide wird. Schliesslich haben Menschen auch einen Anspruch darauf, an kollektiven Entscheiden mitzuwirken, die das Gemeinwesen fällt. Der Zweck der politischen Rechte besteht darin, Menschen die Selbstbestimmung in einem politischen Gemeinwesen zu ermöglichen. Wo Menschen sich nicht individuell selbst bestimmen können, haben sie danach Anspruch darauf, an gemeinsamen Entscheiden mitzuwirken. Der Mensch mit seinem unantastbaren Anspruch, Subjekt seines Lebens und seiner Lebenswelt zu sein, kann sich, wie schon Zaccaria Giacometti feststellte, «in der staatlichen Zwangsgemeinschaft, der er nicht zu entrinnen vermag, allein in der Weise ein Stück Freiheit und ein Stück Selbstbestimmung [...] wahren, dass er selber an der Willensbildung des Staatswillens beteiligt wird»¹⁰². Zwischen der Menschenwürde und der politischen Mitbestimmung des Menschen bestehen deshalb unauflösbare Zusammenhänge. Jörg Paul Müller formulierte denn auch als demokratisches Apriori der Neuzeit: «Kein Mensch als vernunftbegabtes Wesen darf einem Gesetz unterworfen sein, das er nicht selbst setzt oder das er doch im Grundsatz als allgemeine Regel bejahren müsste.»¹⁰³

102 GIACOMETTI, S. 4 f.

103 MÜLLER, Perspektiven, S. 125 (vgl. auch S. 67); vgl. auch BISAZ, S. 107 ff. sowie RÜEGGER, S. 75 ff.

II. Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot

Die Rechtsgleichheit stellt ein allgemeines Prinzip der nationalen und internationalen Rechtsordnung dar. Staaten – ob gross oder klein¹⁰⁴ – haben einen Anspruch auf Gleichheit, ein gleiches Recht auf Achtung ihrer inneren Angelegenheiten und gleiche Ansprüche auf Mitgestaltung des Völkerrechts. Das Gleiche gilt für die Kantone im schweizerischen Bundesstaat. Aber auch auf der Ebene der Einzelnen bildet die Rechtsgleichheit als Querschnittsgrundrecht den Dreh- und Angelpunkt individueller Gerechtigkeit: Menschen haben Anspruch auf Gleichheit, gleiche Würde, gleiche Selbstbestimmung und gleiche Mitwirkung.

Die allgemeine Rechtsgleichheit begründet sowohl ein Recht auf Gleichbehandlung (*formelle Gleichheit*), als auch ein Recht auf Differenzierung (*materialie Gleichheit*). Weil Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln ist, müssen der Gesetzgeber und der Rechtsanwender abwägen, ob Menschen trotz ihrer Unterschiede gleich zu behandeln sind oder ob diese so erheblich sind, dass sie eine Ungleichbehandlung erlauben oder sogar erfordern. Staatliche Akteure verfügen bei diesem Entscheid über ein erhebliches Ermessen und können und dürfen sich an gesellschaftlichen Auffassungen orientieren.¹⁰⁵ Im Bereich der allgemeinen Rechtsgleichheit bleibt die Rechtsordnung deshalb von gesellschaftlichen Anschauungen abhängig und setzt sich nicht zum Ziel, diese zu verändern. Deshalb erachtete das Bundesgericht im Jahre 1887 berühmterweise Emilie Kempin Spyris Forderung, aus der allgemeinen Rechtsgleichheit einen Anspruch auf Gleichbehandlung der Geschlechter abzuleiten als «ebenso neu als kühn» und als Idee, die «nicht gebilligt werden» könne. Es bedürfe keiner weiteren Ausführung, dass man sich mit einem solchen Verständnis der Rechtsgleichheit über alle Regeln der historischen Auslegung hinwegsetzen würde, entschied das Gericht. Der Rechtsgleichheitsartikel dürfe «nicht in dem, zu geradezu unmöglichen Konsequenzen führenden, Sinne aufgefasst werden, dass derselbe schlechthin jede Verschiedenheit einzelner Personenklassen verbiete». Verboten seien nur solche rechtlichen Verschiedenheiten, «welche, nach anerkannten Grundprinzipien der Rechts- und Staatsordnung, als innerlich unbegründet, durch keine erhebliche Verschiedenheit der Thatbestände gerechtfertigt erscheinen». Nun erscheint aber, «nach der jedenfalls zur Zeit noch zweifellos herrschenden Rechtsanschauung die verschiedene rechtliche Behandlung der Geschlechter auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, speziell in Bezug auf das Recht der Bethätigung im öffentlichen Leben, als eine der inneren Begründung keineswegs entbehrende.»¹⁰⁶ Wer an der Schaffung der Gesetze nicht mit-

104 Vgl. Präambel UN-Charta.

105 WALDMANN, BSK-BV, Art. 8 N 26 und 34.

106 BGE 13 I 1 E. 2.

wirken dürfe, könne diese auch nicht glaubwürdig vor Gericht auslegen – deshalb verletzte der Kanton Zürich die Bundesverfassung nicht, wenn er Frauen wie Emilie Kempin Spyri, mochten sie rechtlich noch so bewandert sein, die Parteivertretung vor Gericht verwehrte. Zwar schliesse weder die zürcherische Kantonsverfassung noch die Bundesverfassung die Frauen ausdrücklich vom Stimmrecht aus, räumte das Bundesgericht ein – «allein mit Rücksicht auf die gesammte geschichtliche Entwicklung [sei] doch ohne Weiteres anzunehmen», dass unter Bürgern nur Bürger männlichen Geschlechts zu verstehen seien.¹⁰⁷

Die allgemeine Rechtsgleichheit lässt es nicht nur zu, an geschichtlichen Ungleichbehandlungen von Personengruppen festzuhalten, sie kann diese sogar festigen. Je stärker eine Personengruppe nämlich durch das Recht, die allgemeinen Anschauungen und die Gesellschaft an den Rand gedrängt, benachteiligt und herabwürdigte wird, umso eher finden sich sachliche Gründe, um eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Gerade um diesen Teufelskreis zu durchbrechen, wurden die Diskriminierungsverbote geschaffen, die als besondere Gleichbehandlungsgebote das Ermessen der Behörden einschränken und sich zum Ziel setzen, *Gleichheit gerade dort zu schaffen, wo sie in Wirklichkeit fehlt*.

Die Schweiz hat diese Entwicklungen mit der Schaffung der besonderen Diskriminierungsverbote und der Ratifikation zahlreicher völkerrechtlicher Verträge, die die Diskriminierung verbieten, nachvollzogen (1.). Sie untersteht damit auch einer Pflicht zur Egalisierung der Menschen, der sie allerdings nur in Bezug auf einige Personen und Lebensbereiche nachlebt (2.). Im Unterschied zu den meisten anderen Staaten hat die Schweiz bis anhin auch davon abgesehen, das Diskriminierungsverbot in einem allgemeinen Diskriminierungsgesetz zu konkretisieren, seine Wirksamkeit im Verhältnis zum Staat zu stärken und seine Wirkung unter Privaten zu klären (3.).

1. Verbot der Diskriminierung

Es ist grundsätzlich ohne Weiteres zulässig, bestimmte Merkmale von Menschen mit rechtlichen Folgen zu verbinden. Das Diskriminierungsverbot, das die Menschenwürde im Bereich der Rechtsgleichheit konkretisiert, verbietet es aber, Menschen aufgrund ihrer Identität zu benachteiligen und richtet sich gegen Herabwürdigung, Stigmatisierung, soziale Ausgrenzung und Unterdrückung. Die Berücksichtigung von Merkmalen, die die Identität eines Menschen ausmachen, ist zwar nicht verboten, wohl aber die herabwürdigende Behandlung eines Menschen, «die sich aus der Anknüpfung an bestimmte personenbezogene Merkmale oder deren Nichtberücksichtigung ergeben kann»¹⁰⁸. Das Diskriminierungsverbot schützt damit vor Angriffen auf die Wertschätzung eines Menschen, «die dadurch entstehen, dass Menschen ausschliesslich auf-

107 BGE 13 I 1 E. 3.

108 WALDMANN, BSK-BV, Art. 8 N 51; vgl. dazu auch WYTTEBACH, 1375 f.

grund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe und nicht als Individuum behandelt und wegen ihres «Andersseins» stigmatisiert und ausgeschlossen werden».¹⁰⁹

Die Diskriminierungsverbote weisen eine kollektive Komponente auf: indem sie die Herabwürdigung eines Menschen aufgrund seiner Zugehörigkeit zu einer Gruppe verbieten, zielen sie auf die Gleichstellung der Gruppe.¹¹⁰ Zwar ist die Anknüpfung an ein sensibles Merkmal nicht ausgeschlossen, doch lässt sie die Vermutung einer Diskriminierung entstehen, die sich nur durch besonders qualifizierte Gründe beseitigen lässt. Zu den Merkmalen, die eine Diskriminierung vermuten lassen, gehören alle jene Eigenschaften eines Menschen, die Bestandteil seiner Identität sind, die er nicht aufgeben kann oder die so wesentlich sind, dass ihm die Aufgabe nicht zugemutet werden kann. Zu den Diskriminierungstatbeständen, die die Bundesverfassung exemplarisch nennt, gehören Herkunft, Rasse, Geschlecht, Alter, Sprache, soziale Stellung, Lebensform, religiöse, weltanschauliche oder politische Überzeugung sowie Behinderung. Mit der «Herkunft» sind identitätsprägende und nicht veränderbare Aspekte einer Identität gemeint, «wie die geografische, ethnische, nationale, kulturelle Herkunft bzw. Verankerung einer Person»¹¹¹. Dabei wird jedoch davon ausgegangen, dass sich nur die Unterscheidung nach unterschiedlichen ausländischen nationalen Identitäten nach dem strengen Massstab von Art. 8 Abs. 2 BV misst, jene zwischen schweizerischer und ausländischer Herkunft dagegen nach Art. 8 Abs. 1 BV, der für unterschiedliche Regeln sachliche Gründe genügen lässt.¹¹²

Unter das sensible Merkmal der «Lebensform» lassen sich verschiedene Aspekte von Identitäten subsumieren, etwa nicht-eheliche und gleichgeschlechtliche Lebens- und Familienformen sowie die nomadisierende Lebensweise. Nach Art. 14 EMRK und dem Rahmenübereinkommen stellt die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit ein sensibles Merkmal dar, was unmittelbar auch für die schweizerische Rechtsordnung gilt.

Ihre kollektive Komponente rückt die Diskriminierungsverbote in die Nähe der Minderheitenrechte, die ebenfalls auf die Gleichstellung von Gruppen und die Überwindung von historischen Benachteiligungen, Marginalisierungen und Herabwürdigungen zielen. Diese kollektive Komponente zeigt sich auch beim Verbot der indirekten Diskriminierung. Eine solche liegt vor, wenn eine staatliche Massnahme zwar als neutral erscheint, weil sie nicht an ein sensibles Merkmal anknüpft, eine Gruppe von Personen mit diesem Anteil in der Tendenz (und nicht unbedingt in jedem Einzelfall) aber erheblich benachteiligt. Die Diskriminierung ergibt sich in diesem Fall aus der Gleichbehandlung von

109 WALDMANN, BSK-BV, Art. 8 N 47.

110 PREVITALI/MONTAVON, S. 1467 f.

111 BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 8 N 24; vgl. auch BGE 129 I 392.

112 BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 8 N 24.

Personengruppen, die sich in Bezug auf die zu regelnde Rechtsfrage erheblich unterscheiden.¹¹³

Bei der Bindung an das Diskriminierungsverbot und bei seiner Verwirklichung durch Egalisierungsmassnahmen stellt sich die Frage, ob diese symmetrisch oder asymmetrisch wirken. Vermitteln diese nur den Angehörigen von Personengruppen besondere Ansprüche, die in Vergangenheit und Gegenwart Opfer von Benachteiligungen und Ausgrenzungen waren und sind? Schützt das Geschlechterdiskriminierungsverbot nur die Frauen, nicht auch die Männer, wie es die UN-Frauenrechtskonvention – im Unterschied zur Bundesverfassung – nahelegt? Haben nur Personen in einer gleichgeschlechtlichen Beziehung oder nur Personen mit nomadisierender Lebensform Anspruch auf besondere Beachtung und Gleichstellung? Geht man von einem asymmetrischen Konzept aus, so lassen sich besondere Fördermassnahmen zur Herstellung der Chancengleichheit von Angehörigen benachteiligter Gruppen eher rechtfertigen als bei einem symmetrischen Konzept, das stets daran erinnert, dass die Förderung der einen Gruppe – rechtlich oder tatsächlich – andere benachteiligen kann.

Eine einheitliche Antwort auf diese Fragen kann und muss es nicht geben. Schutzpflichten und Schutzkonzepte sind abhängig von Schutzbedürfnissen – und diese von Zeit, Ort und Umständen. So lässt sich etwa geltend machen, dass es sich bei Rasse und Behinderung um asymmetrische Diskriminierungsverbote handelt, die auf den Schutz und die Förderung nicht-weißer Personen und Personen mit Behinderungen ausgerichtet sind, und dass es bei Alter, Geschlecht und Religion um symmetrische Diskriminierungsverbote geht, die darauf hinwirken, dass weder Junge noch Alte, weder Männer noch Frauen, noch die Angehörigen irgendeiner Religion Nachteilen ausgesetzt sind. Man kann aber auch davon ausgehen, dass die subjektiv-rechtliche Dimension grundsätzlich symmetrisch ist, während die objektive asymmetrisch wirkt. Nach dieser Auffassung können sich alle Menschen gleichermaßen an die Gerichte wenden, wenn zu ihrem Nachteil an einem verpönten Merkmal angeknüpft wird oder justiziable Egalisierungsmassnahmen unterbleiben. Die objektiv-rechtlichen Massnahmen, die dem programmatischen Auftrag zur Herstellung materieller Chancengleichheit Folge leisten, kommen dagegen nur den Angehörigen historisch oder gegenwärtig benachteiligter Gruppen zugute.¹¹⁴

Selbst diese Unterscheidungen sind aber zu pauschal, um der Komplexität und Dynamik der gesellschaftlichen und rechtlichen Umstände gerecht zu werden. Viel spricht deshalb dafür, dass sich die staatlichen Pflichten je nach sensiblem Merkmal und je nach Schutzdimension, je nach Geschichte und den Bedingungen der Gegenwart unterscheiden. In der Schweiz besteht gegenwärtig wohl nur ein geringes Bedürfnis nach Schutz weißer Personen vor Benachteiligung.

113 BELSER/WALDMANN, Kap. 7 N 30 ff.; PREVITALI/MONTAVON, S. 1459 ff.

114 EPINEY/DUTTWILER, S. 45; WALDMANN, BSK-BV, Art. 8 N 50 und 91.

ligungen oder nach Schutz von Personen ohne Behinderungen oder nach Schutz heterosexueller Paare. Sie waren und sind zwar vielleicht als Einzelne in Geschichte und Gegenwart den einen oder anderen Nachteilen ausgesetzt, aber nicht als Gruppe.

Bei anderen Merkmalen sind die Verhältnisse komplizierter. Zweifellos handelt es sich bei den Frauen um eine Personengruppe, die in der Vergangenheit zahllosen rechtlichen und tatsächlichen Nachteilen ausgesetzt war und die im gesellschaftlichen, namentlich im wirtschaftlichen Bereich, weiterhin unter Nachteilen leidet. Dies gilt nicht unbedingt für alle einzelnen Frauen aber für die Frauen als Gruppe. Es bedeutet aber nicht, dass sich nicht auch die Männer als Gruppe mit rechtlichen und gesellschaftlichen Nachteilen konfrontiert sahen und sehen, etwa im Bereich der Militärdienstpflicht, bei den Witwenrenten sowie – wie die Frauen – in den Bereichen von Familie, Ausbildung und Arbeit. Männer waren beispielsweise während langer Zeit – und sind möglicherweise noch heute – bei der Frage der elterlichen Sorge, bei der Ausgestaltung von Besuchsrechten und auch bei der Pflicht, für den wirtschaftlichen Unterhalt der Familie zu sorgen, benachteiligt.¹¹⁵ Es gibt auch Hinweise darauf, dass Knaben im Bildungssystem Nachteilen ausgesetzt sind, etwa durch die Tatsache, dass im Vorschulalter und in der Grundschule mehrheitlich weibliche Lehrpersonen unterrichten. Wenn es ein rechtliches und gesellschaftliches Problem ist, dass Frauen in bestimmten Berufen, etwa im Bereich der Naturwissenschaften, des Handwerks oder der Informatik untervertreten sind, so müsste es die Rechtsordnung auch beschäftigen, dass es umgekehrt zahlreiche Berufe gibt, die Männer selten wählen, etwa im Gesundheits- oder Sozialbereich, was als Hinweis darauf gelten kann, dass auch sie in ihrer Berufswahl möglicherweise nicht nur von individuellen Präferenzen, sondern auch von gesellschaftlichen Stereotypen beeinflusst sind. Dass typische Frauenberufe meist schlechter entlohnt werden als typische Männerberufe, rechtfertigt dabei allerdings den Ruf nach asymmetrischen Gleichstellungsmassnahmen im Bereich der Lohngleichheit.

Aufgrund der Komplexität der Geschlechter- und anderer Gruppenverhältnisse kommt das Gleichstellungsrecht nicht ohne *relative und dynamische Massstäbe* aus. Anspruch auf Gleichstellung hat, wer als Einzelter oder als Angehöriger einer Gruppe mit bestimmten Merkmalen aufgrund dieses Merkmals auf Hindernisse stösst. Ob dies der Fall ist oder nicht, verändert sich nicht nur mit der Zeit, es hängt auch vom rechtlichen oder gesellschaftlichen Bereich ab.

2. *Pflicht zur Egalisierung*

Rechtliche Gleichheit genügt nicht, um Menschen tatsächlich gleiche Chancen zu eröffnen. Es mag wichtig sein, rechtlich und ideologisch vom Grundsatz auszugehen, dass alle Menschen frei und gleich geboren sind, wie es die ersten

115 Vgl. etwa BGer, 5A_104/2018 vom 2. Februar 2021.

Menschenrechtsdeklarationen festhalten. Genauso wichtig aber ist das Bewusstsein, dass Menschen in Tat und Wahrheit höchst ungleich und unfrei geboren werden und dass Freiheit und Gleichheit nicht nur *Vorgabe* des Rechts, sondern vor allem *Aufgabe* sind. Nach Art. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, der unter dem Titel «Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit» steht, sind zwar alle Menschen «frei und gleich an Würde und Rechten geboren». Allerdings wurde die Garantie – in den USA, in Frankreich und auf der internationalen Ebene – von Menschen verfasst, die in Wirklichkeit unter privilegierten Umständen geboren wurden und lebten. Bekanntlich galten die ersten Garantien nur für gesunde, reiche und weisse Männer.¹¹⁶

Die Millenniumserklärung, welche die internationale Gemeinschaft rund ein halbes Jahrhundert nach der Allgemeinen Menschenrechtserklärung verabschiedet hat, bringt den fundamentalen Wandel des Menschenrechtsverständnisses auf den Punkt. Sie stellt zwar ebenfalls Freiheit und Gleichheit an die Spitze der Werte und Grundsätze, die das 21. Jahrhundert prägen sollen. Sie nimmt jedoch auch die Brüderlichkeit oder *Solidarität* wieder auf, die zwar zu den revolutionären Forderungen gehört hatte, später aber in den Hintergrund getreten war. Sie ergänzt diese Werte um *Toleranz*, *Achtung der Natur* und *gemeinsam getragene Verantwortung*, ohne die es auf die Dauer weder Freiheit noch Gleichheit für alle geben könne. Sie bringt aber auch einen tiefgreifenden Wandel in der Konzeption von Freiheit und Gleichheit zum Ausdruck. Freiheit wird in der Millenniumserklärung nämlich verstanden als Recht von Männern und Frauen, «in Würde und Freiheit – von Hunger und der Furcht vor Gewalt, Unterdrückung oder Ungerechtigkeit – ihr Leben zu leben und ihre Kinder zu erziehen». Freiheit ist damit nicht länger ein *Zustand*, in welchem Menschen geboren werden, sondern ein *Ziel*, das durch die Bekämpfung von Hunger und Armut, Gewalt, Unterdrückung und Ungerechtigkeit erreicht werden muss. Die Gleichheit wird verstanden als Recht von Menschen und Nationen, aus der Entwicklung Nutzen zu ziehen und als «Gleichberechtigung und Chancengleichheit von Männern und Frauen». Solidarität bedeutet, dass Probleme gemeinsam bewältigt und dass die damit verbundenen Kosten und Belastungen nach Billigkeit und sozialer Gerechtigkeit verteilt werden und denjenigen, die leiden oder denen die geringsten Vorteile entstehen, ein Anrecht auf Hilfe von den grössten Nutzniessern garantiert wird. Schliesslich verlangt die Toleranz nicht nur, dass Menschen einander in der gesamten Vielfalt ihrer Glaubensüberzeugungen, Kulturen und Sprachen achten, sondern auch, dass Unterschiede innerhalb einer Gesellschaft sowie zwischen verschiedenen Gesellschaften «weder gefürchtet noch unterdrückt, sondern vielmehr als kostbares Gut der Menschheit geschätzt werden»¹¹⁷.

116 Vgl. etwa BELSER, The White Man's Burden, S. 634 ff.

117 Vgl. Millenniums-Erklärung der Vereinten Nationen verabschiedet von der Generalversammlung der Vereinten Nationen zum Abschluss des vom 6.–8. September 2000 abgehaltenen Mil-

Das Ziel der Gleichheit bedarf der *Gleichstellung*, wie das Ziel der Freiheit der *Befreiung* bedarf. Ein Bedarf an Gleichstellung weisen vor allem jene Menschen auf, die von Hunger und Armut, Gewalt und Unterdrückung bedroht sind, Personen, die es aufgrund besonderer Merkmale besonders schwer haben, gleichberechtigt Rechte und Freiheiten zu geniessen und Personen, die Gruppen angehören, die in der Vergangenheit oder in der Gegenwart rechtlichen und gesellschaftlichen Benachteiligungen ausgesetzt waren oder sind.

Gegenwärtiges oder vergangenes Unrecht kann durch rechtliche Garantien der Gleichheit und der Freiheit alleine nicht wiedergutmacht werden. Vielmehr sind Massnahmen zur Herstellung tatsächlicher Gleichheit und tatsächlicher Freiheit erforderlich, wie US Präsident Lyndon Johnson schon im Jahre 1965 programmatisch festgehalten hat:

«But freedom is not enough. You do not wipe away the scars of centuries by saying: Now you are free to go where you want, and do as you desire, and choose the leaders you please. You do not take a person who, for years, has been hobbled by chains and liberate him, bring him up to the starting line of a race and then say *you are free to compete with others*, and still justly believe that you have been completely fair. Thus, it is not enough to just open the gates of opportunity. All our citizens must have the ability to walk through these gates ... To this end equal opportunities are essential, but not enough, not enough.»¹¹⁸

Trotz dieser Einsicht, dass sich Chancengleichheit nicht ergibt, sondern erarbeitet werden muss, ist in der schweizerischen Rechtsordnung weiterhin umstritten, ob sich die Diskriminierungsverbote darauf beschränken, Diskriminierungen zu verbieten, oder ob sie darüber hinaus zur Egalisierung verpflichten. Wenn es um die Gleichstellung von Frauen und Männern (Art. 8 Abs. 3 BV, UN-Frauenrechtskonvention) und um die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen geht (Art. 8 Abs. 4 BV, UN-Behindertenrechtskonvention), ergeben sich Egalisierungspflichten aus dem Verfassungs- und Völkerrecht. Auch in Bezug auf Kinder und Jugendliche sehen Verfassungs- und Völkerrecht Pflichten zur besonderen Rücksichtnahme und zur Förderung der Gleichheit vor.¹¹⁹

In anderen Diskriminierungsbereichen werden staatliche Egalisierungspflichten teilweise weiterhin abgelehnt.¹²⁰ Wie alle Grundrechte weisen aber auch die allgemeine Rechtsgleichheit und das Diskriminierungsverbot neben der subjektiven Dimension, die dem Einzelnen einklagbare Rechte vermittelt, eine objektive, konstitutionell-institutionelle Dimension auf, die ein Egalisie-

lenniumsgipfels in New York, verfügbar auf: <<http://www.un-kampagne.de/fileadmin/downloads/erklaerung/millenniumerklaerung.pdf>>.

118 JOHNSON LYNDON, Public Papers of the President of the United States, Bd. II, Eintrag 301, zit. nach MARKO, Against Discrimination, S. 309.

119 Art. 11 Abs. 1 BV; Art. 41 Abs. 1 lit. g UN-KRK.

120 BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 8 N 18; weitere Nachweise bei WALDMANN, BSK-BV, Art. 8 N 91.

rungsgebot enthält.¹²¹ Im Bereich von Art. 8 Abs. 2 BV ist diese positive Pflicht besonders bedeutsam, weil es sich beim Diskriminierungsverbot aufgrund seiner Nähe zur Menschenwürde um eine Kerngehaltsgarantie handelt.¹²²

Das Gebot der Gleichheit von Frauen und Männern kann unter Umständen Massnahmen zur Förderung der tatsächlichen Gleichstellung erfordern, die dem Gebot zur rechtlichen Gleichbehandlung entgegenlaufen. Ob eine Durchbrechung der rechtlichen Gleichheit (Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV) erlaubt – oder geboten ist –, um die tatsächliche Gleichheit zu erzielen (Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV), lässt sich nur aufgrund einer Abwägung aller Interessen entscheiden. Im Anwendungsbereich des Gleichstellungsgesetzes hat der Gesetzgeber klargestellt, dass eine vorübergehende Bevorzugung von Frauen gegenüber Männern zulässig ist. «Angemessene Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung stellen keine Diskriminierung dar.» (Art. 3 Abs. 3 GIG). Dass eine Abwägung von Nöten ist, ergibt sich aus dem Erfordernis der Angemessenheit, das auch für alle anderen Bereich der Gleichstellung – Familie, Ausbildung, Politik – massgebend ist. Dass Sondermassnahmen zur Förderung der Frauen – auch mit Blick auf das allgemeine Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) zulässig sind und zur Umsetzung der UN-Frauenrechtskonvention geboten – hat auch der Bundesrat in seiner Botschaft zur Konvention festgehalten.¹²³

Im Bereich der ethnischen und kulturellen Unterschiede sieht die UN-Rassendiskriminierungskonvention eine Pflicht der Vertragsstaaten vor, jede Unterscheidung, Ausschliessung, Beschränkung oder Bevorzugung, die «auf der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, dem nationalen Ursprung oder dem Volkstum» beruht, zu unterlassen, zu verbieten und für Gleichheit zu sorgen. Einen solchen Anspruch auf Gleichheit und Herstellung der Chancengleichheit haben auch Angehörige nationaler Minderheiten. Das Rahmenübereinkommen verpflichtet die Vertragsstaaten, alle angemessen Massnahmen zu ergreifen, «um in allen Bereichen des wirtschaftlichen, sozialen, politischen und kulturellen Lebens die vollständige und tatsächliche Gleichheit zwischen den Angehörigen einer nationalen Minderheit und den Angehörigen der Mehrheit zu fördern» (Art. 4 Abs. 2 RÜ). Es hält ausdrücklich fest, dass Massnahmen, die zur Erfüllung dieser Pflicht ergriffen werden, nicht als Diskriminierung anzusehen sind (Art. 4 Abs. 3 RÜ). Egalisierungspflichten zu Gunsten nationaler Minderheiten werden auch vom Bundesgericht und vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte als *zulässig und erforderlich* erachtet.¹²⁴

121 PREVITALI/MONTAVON, S. 1468 ff.; SCHWEIZER, SGK-BV, Art. 8 N 18 ff. und 30; TSCHENTSCHER, S. 1323 ff.; WALDMANN, BSK-BV, Art. 8 N 26 und 43.

122 Vgl. etwa KIENER, Grundrechtsschranken, S. 1303 sowie SCHWEIZER, Art. 8 N 58 ff.

123 Botschaft UN-Frauenrechtskonvention, S. 933.

124 BGE 138 I 205 E. 5.3; Urteil des EGMR, Rs. 2001-I §§ 93 f. (Chapman v UK) vom 6. Oktober 2005.

3. Notwendigkeit eines allgemeinen Diskriminierungsgesetzes

Der Wandel im Verständnis der Grund- und Menschenrechte zeigt sich in zahlreichen Bestimmungen der Bundesverfassung und in verschiedenen völkerrechtlichen Konventionen. Hätten die allgemeinen Garantien der Menschenrechtsklärung, die in den beiden UN-Pakten kodifiziert wurden, ausgereicht, um allen Menschen Freiheit und Gleichheit zu gewährleisten, wäre es nicht zu den vielen Konventionen und Normen gekommen, die vulnerable Menschen besonders schützen und darauf zielen, durch eine Vielzahl von Massnahmen ihre Gleichstellung und Befreiung zu erreichen. Besondere Garantien bestehen deshalb für Frauen, Kinder und Jugendliche, Opfer von Rassismus, Menschen mit Behinderungen, Angehörige nationaler Minderheiten, Wanderarbeiterinnen und Wanderarbeiter und für andere Personengruppen, die zwar – *qua* Menschsein – rechtlich alle allgemeinen Rechte und Freiheiten geniessen, aber auf besondere Massnahmen angewiesen sind, um dies auch tatsächlich tun zu können.

Auch die Schweiz hat diesen Wandel nachvollzogen, indem sie die programatische Funktion der Menschenrechte anerkannt und bei der Nachführung der Bundesverfassung ausdrücklich festgehalten hat, dass Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen müssen, dass staatliche Akteure nicht nur an die Grundrechte gebunden sind, sondern auch zu ihrer Verwirklichung beitragen müssen und dass Behörden dafür zu sorgen haben, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden (Art. 35 BV). Gleichzeitig hat sie sich auch mit der Ratifikation zahlreicher besonderer Menschenrechtskonventionen zu einem Menschenrechtsverständnis bekannt, das den Staat als aktiven Akteur einer auf umfassenden und kohärenten Gleichstellungspolitik sieht.

Bei der Umsetzung dieser verfassungs- und völkerrechtlichen Aufträge legt die Schweiz allerdings bekanntlich eine grosse Zurückhaltung an den Tag. Bund und Kantone verfolgen einen sogenannt sektoriellen Ansatz. Sie sind in einigen Bereichen gesetzgeberisch und anderweitig tätig, in andern aber nicht. Sie haben Massnahmen zur Gleichstellung von Frauen und Männern ergriffen, z.B. mit der Schaffung des Gleichstellungsgesetzes und dem Betrieb besonderer Gleichstellungsbüros, kennen einzelne Normen zum Schutz von Kindern und Jugendlichen, Strafnormen, die vor bestimmten Formen des Rassismus und xenophoben Herabsetzungen schützen – und seit kurzem auch vor bestimmten Formen der Homophobie – und haben Behindertengleichstellungsgesetze geschaffen.

Der sektorielle Ansatz weist aber zahlreiche *Lücken* auf. Selbst die besonderen Gleichstellungsgesetze haben nur einen beschränkten Anwendungsbereich. Das Gleichstellungsgesetz etwa ist nur auf Arbeitsverhältnisse anwendbar (Art. 2 GIG). In anderen Bereichen treten die Mängel des Diskriminierungsrechts noch deutlicher zu Tage. So gibt es keine Spezialgesetze zur Gleichstellung von Personen unterschiedlicher Herkunft, unterschiedlicher Lebensform oder von Angehörigen nationaler Minderheiten. Wo kein Gesetz besteht, das

die Gleichstellung konkretisiert, fehlt es nicht nur an einem Konzept und koordinierten Massnahmen zur Egalisierung benachteiligter Gruppen. Es mangelt auch an Mechanismen, die die Grundrechte zwischen Privaten wirksam werden lassen. Im privatrechtlichen Bereich ist die Gleichstellung denn auch nur sehr unvollständig verwirklicht, und zwar selbst dort, wo sich das Diskriminierungsverbot eignen würden, auch unter Privaten zur Geltung zu kommen. Nur das Gleichstellungsgesetz und das Behindertengleichstellungsgesetz regeln (teilweise) den Zugang zu öffentlich angebotenen Dienstleistungen. Außerdem gilt ein strafrechtliches Verbot, der Allgemeinheit angebotene Leistungen, «einer Person oder einer Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie, Religion oder sexuellen Orientierung» zu verweigern. Im Übrigen gelten nur die allgemeinen Bestimmungen des Zivilrechts, etwa das vage Verbot sittenwidriger Verträge, der allgemeine Persönlichkeitsschutz und das Verbot rechtsmissbräuchlicher Kündigungen.

Ein allgemeines Antidiskriminierungsrecht, das auf einer umfassenden Strategie beruhen und alle Lebensbereiche umfassen würde, fehlt. Dies führt nicht nur dazu, dass Personen aufgrund sensibler Merkmale weiterhin rechtlichen und vor allem tatsächlichen Nachteilen ausgesetzt sind, die je nach Merkmal und Lebensbereich unterschiedlich einschneidend sind. Es hat auch zur Folge, dass die Rechtsordnung keine Antwort auf das Problem der Mehrfachdiskriminierungen geben kann, die etwa schwarze Personen, die einer Minderheitenreligion angehören, Menschen in gleichgeschlechtlichen Beziehungen mit Behinderungen oder sprachliche Minderheiten mit nomadisierender Lebensweise besonders trifft. Das Fehlen eines allgemeinen Diskriminierungsgesetzes führt auch dazu, dass es in vielen Rechts- und Lebensbereichen an gesetzlichen Grundlagen für Gleichstellungsmassnahmen fehlt, namentlich für besondere Schutz- und Fördermassnahmen. Schliesslich führen auch prozessuale Schwierigkeiten und praktische Hindernisse beim Zugang zur Justiz dazu, dass es in der Schweiz nur sehr selten zu Beschwerden wegen fehlender Gleichstellung kommt.¹²⁵

Seit vielen Jahren fordern verschiedene internationale Gremien die Schweiz mit zunehmendem Nachdruck dazu auf, ein allgemeines Antidiskriminierungsgesetz zu schaffen. Im Jahre 2006 besuchte der UNO-Sonderberichterstatter über Rassismus, Doudou Diène, die Schweiz, äusserte sich in seinem Schlussbericht über Rassismus kritisch zu rassistischen und fremdenfeindlichen Vorkommnissen und Dynamiken und bemängelte das Fehlen einer umfassenden Gesetzgebung gegen Diskriminierung. In seinen Empfehlungen forderte er eine Stärkung der Gesetzgebung gegen Diskriminierung auch unter Privaten, namentlich in der Arbeitswelt und auf dem Wohnungsmarkt, sowie die Schaffung einer neuen Kommission, welche über Untersuchungsbefugnisse hinsichtlich aller Formen von Diskriminierung verfügen müsse. Außerdem empfahl

125 Vgl. KÄLIN/LOCHER, S. 2; zum Ganzen auch PREVITALI/MONTAVON, S. 1471 ff.

der Sonderberichterstatter der Schweiz auch, mit Blick auf die durch Migration entstandenen Minderheiten eine neue Politik des integrativen Multikulturalismus zu entwickeln.¹²⁶

Der Bundesrat nahm den Bericht und die Empfehlungen zur Kenntnis und stellte weitere Anstrengungen zur Sensibilisierung der Bevölkerung in Aussicht. Obwohl bedauerliche Einzelfälle zu verzeichnen seien, könne daraus aber nicht auf eine generelle Dynamik von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit im Land geschlossen werden. Trotzdem wolle der Bundesrat die von Diène gemachten Anregungen ernst nehmen und den Dialog mit den Instanzen der UNO hinsichtlich der Thematik intensivieren.

Im Jahre darauf wurde folgende Parlamentarische Initiative eingereicht:

«Es sei ein Gleichbehandlungsgesetz zu erlassen. Dieses soll mit den dafür geeigneten rechtlichen Instrumenten die Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts, wegen der Hautfarbe oder der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, des Alters, einer Behinderung oder der sexuellen Identität verhindern oder beseitigen.»¹²⁷

Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats entschied jedoch, der Initiative keine Folge zu leisten. Die Mehrheit der Kommission sah keinen Bedarf für weitere Gesetzgebung. Sie verwies auf das Gleichstellungsgesetz, das Behinderungsgleichstellungsgesetz und auf das Partnerschaftsgesetz und erinnerte daran, dass das Gleichbehandlungsgebot und das Diskriminierungsverbot aufgrund der Bundesverfassung auch im Verhältnis zwischen Privaten zum Tragen komme (Art. 35 Abs. 3 BV). Würde das geforderte Gesetz nicht weitergehen als das bestehende Recht, sondern nur eine Symbolfunktion wahrnehmen, so sei es als überflüssig abzulehnen. Sollte das Gesetz jedoch weitergehen, beispielsweise eine Beweislastumkehr einführen, so könne es in der Praxis, namentlich im Arbeits- und Mietrecht zu Problemen führen und die Vertragsfreiheit schwächen.

Im Jahre 2012 forderte ein Postulat einen Bericht zum Recht auf Schutz vor Diskriminierung.¹²⁸ Die Studie, die das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte in der Folge erstellte, setzte sich mit den Diskriminierungsgründen Geschlecht (inklusive Geschlechtsorientierung und Geschlechtsidentität), Behinderung, Rasse und ethnische Herkunft auseinander. Die Studie bestätigte die Ansicht, dass die bestehenden spezialgesetzlichen Regelungen Diskriminierungen unter Privaten «nur lückenhaft und in sehr unterschiedlichem Ausmass» erfassen. Die spärliche Praxis zu diesen Regelungen bezieht sich nur auf die Fragen, wann Kündigungen wegen des Geschlechts oder der Rasse unzulässig sind. Andere Fragen des Arbeitslebens wurden von den Gerichten «nicht behandelt». Schweizweit konnten insgesamt nur zehn Urteile zum privatrechtlichen Diskri-

126 Doudou Diène, «Implementation of General Assembly Resolution 60/25», 2006.

127 Parlamentarische Initiative 07.422 (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz).

128 Postulat 12.3543 (Bericht zum Recht auf Schutz vor Diskriminierung).

minierungsschutz gefunden werden. Diese geringe Zahl zeige, dass der privatrechtliche Schutz vor Diskriminierung «in der Praxis weitgehend ineffektiv bleibe».¹²⁹ Zu den vielen Gründen, die für diesen ernüchternden Befund verantwortlich sind, gehören neben der Unklarheit der Rechtslage und dem oft gerin- gen Ausmass der Sanktionen auch der Mangel an prozessualen Erleichterungen. Beweiserleichterungen sind nur im Gleichstellungsgesetz vorgesehen, «ohne dass genügend ernsthafte Gründe ersichtlich sind, warum sie in allen anderen Diskriminierungsbereichen ausgeschlossen sein sollen».¹³⁰ Auch die ideelle Verbandsbeschwerde, die angesichts der zahlreichen Gründe, die Einzelne vor Gerichtsverfahren zurückschrecken lassen, besonders geeignet ist, um den Zugang zur Justiz zu verbessern, ist nur im Gleichstellungs- und im Behindertengleichstellungsgesetz vorgesehen und steht – wiederum ohne ersichtlichen Grund – in anderen Diskriminierungsfällen nicht zur Verfügung.¹³¹ Schliesslich bestehen nur für die Opfer von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, der Behinderung und Rasse besondere Anlauf- und Beratungsstellen, welche oft ein beschränktes Mandat haben, Fälle von Mehrfachdiskriminierung nicht erkennen oder weiterverfolgen können und ausserdem finanziell ungenügend ausgestattet sind. Auch diese mangelnde Kohärenz erschwert von Diskriminierung betroffene Menschen den Zugang zur Justiz.¹³²

Im Ergebnis sprechen damit wichtige Gründe für die Schaffung eines allgemeinen Gleichstellungsgesetzes. Dieses soll die bestehenden fragmentierten Ansätze, die Spezialgesetze, Organisationen und Beratungsstellen nicht ersetzen, sondern ergänzen, die materiellrechtlichen Lücken füllen, für Kohärenz sorgen und verfahrensrechtliche Mängel beheben. Insofern besteht eine Parallele zum Sozialversicherungsrecht. Auch dieses besteht aus historischen Gründen aus verschiedenen Spezialgesetzen, die je eigene Strukturen, Organe und Dynamiken aufweisen. Im Jahre 2000 wurde aber ein Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts geschaffen, das diese Spezialgesetze ergänzt und ihre Anwendung koordiniert. Gleichermaßen sollte auch im Diskriminierungsrecht ein Allgemeiner Teil geschaffen werden, der Lücken behebt und Kohärenz herstellt. Auf ein solches Gesetz wären alle Menschen angewiesen, die der Gefahr von Diskriminierungen ausgesetzt sind, ganz besonders aber jene, die gegenwärtig durch eine der zahlreichen Lücken der bestehenden Spezialgesetze fallen.

129 KÄLIN/LOCHER, S. 2; vgl. auch die Übersichten S. 96 f.

130 KÄLIN/LOCHER, S. 3.

131 KÄLIN/LOCHER, S. 3.

132 KÄLIN/LOCHER, S. 3 f. und 49 ff.

III. Rechtsschutz

Zum Rechtsstaat gehört ein wirksamer Rechtsschutz. Mehrheiten, Kantone und Gemeinden, Angehörige von Minderheiten und andere Einzelpersonen sind darauf angewiesen, dass Recht notfalls von unabhängigen Gerichten durchgesetzt wird. Ohne Rechtsschutz kann weder die Demokratie noch der Föderalismus funktionieren, ohne Rechtsschutz laufen die Rechte und Freiheiten der Einzelnen ins Leere.

Monströses kollektives Unrecht, wie etwa der in der Schweiz bis in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts praktizierte Umgang mit Verdingkindern, «Kindern der Landstrasse» und Fahrenden im Allgemeinen, Heimkindern und Menschen, die wegen «Liederlichkeit» oder «Arbeitsscheu» der Freiheit beraubt und oft schwersten Eingriffen in die physische und psychische Integrität ausgesetzt wurden, geschieht stets in einem gesellschaftlichen Kontext, der dieses Unrecht ermöglicht. Es beruht aber auch auf rechtlichem Versagen. Dieser «Schandfleck der jüngeren und jüngsten schweizerischen Geschichte»¹³³ war nur möglich, weil der Rechtsschutz erhebliche Defizite aufwies. Namentlich das Fehlen einer wirksamen Verwaltungsgerichtsbarkeit war dafür verantwortlich, dass sich Opfer nicht zur Wehr setzen konnten. «Wo keine Kontrolle besteht, breitet sich Willkür aus.»¹³⁴

Der Rechtsschutz, der zunächst dem Schutz der Rechte und Freiheiten Einzelner, gleichzeitig aber auch der Verwirklichung des objektiven Rechts dient, hat sich in den letzten Jahrzehnten erheblich entwickelt. Von zentraler Bedeutung sind dabei die grundrechtlichen Verfahrensgarantien, namentlich der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV), der nicht nur die Ermittlung des Sachverhalts unterstützt, sondern auch Mitwirkungsrechte garantiert. Indem das rechtliche Gehör gewährleistet, dass Menschen stets Subjekt, nicht Objekt staatlicher Verfahren sind, steht die Garantie in unmittelbarem Zusammenhang zur Menschenwürde.¹³⁵ Seit der Justizreform garantiert die Bundesverfassung ausserdem allen Personen bei Rechtsstreitigkeiten einen Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde (Art. 29a BV), der über die völkerrechtlichen Garantien hinausgeht.

Allerdings ist nicht zu übersehen, dass die schweizerische Rechtsordnung auch heute noch Rechtsschutzlücken aufweist.¹³⁶ Diese ergeben sich nicht nur aus tatsächlichen Hindernissen beim Zugang zur Justiz, die teilweise erheblich sind, sondern auch in jenen Bereichen, in denen nicht-gerichtliche Behörden abschliessend entscheiden. An einem wirksamen Rechtsschutz fehlt es, wenn die Bundesversammlung – nach meist nur summarischer Vorprüfung durch den Bundesrat – eine kantonale Verfassungsnorm gewährleistet. Diese immuni-

133 GRIFFEL, S. 1073.

134 GRIFFEL, S. 1074; vgl. zum Ganzen auch MINDER, S. 15 ff., 45 ff. und 155 ff.

135 Vgl. auch WYTTEBACH, S. 1376.

136 BIAGGINI/UHLMANN, S. 35 ff.

siert nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Verfassungsnorm, bis es im übergeordneten Recht zu Veränderungen kommt.¹³⁷ Diese Rechtsprechung hat dem Bundesgericht zwar erlaubt, den Kanton Appenzell Innerrhoden zur Einführung des Frauenstimmrechts zu zwingen. In Zukunft eröffnet sie aber kaum Möglichkeiten der gerichtlichen Kontrolle, weil umfassende Grund- und Menschenrechtskataloge bestehen, deren Einhaltung die Bundesversammlung hätte prüfen können – was dem Bundesgericht selbst dann die Hände bindet, wenn die Bundesversammlung ihre Aufgabe auf ungenügende Weise wahrgenommen hat. Wer durch kantonale Verfassungsnormen in seinen Rechten und Freiheiten verletzt wird, verfügt deshalb über keine wirksamen Beschwerdemöglichkeiten (oder höchstens im Rahmen der EMRK).

Es gibt aber noch andere notorische Rechtsschutzlücken im schweizerischen Verfassungsrecht: Die fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen (1.) und die Gültigerklärung eidgenössischer Volksinitiativen durch die Bundesversammlung, die sich dabei aufgrund der Verfassung nur auf sehr enge materielle Ungültigkeitsgründe stützt (2.). Der Rechtsschutz steht in diesen Bereichen hinter der Demokratie zurück, die sich zwar in ihrer Geschichte oft als Segen für die Stärkung und Weiterentwicklung der Menschenrechte erwiesen hat, aber auch eine Gefahr für die Rechte und Freiheiten Einzelner, namentlich der Angehörigen von Minderheiten, darstellen kann, wenn sich die Wucht des Mehrheitsentscheids gegen diese richtet.

1. Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit

Die Verfassungsgerichtsbarkeit stellt sicher, dass unabhängige Gerichte staatliche Akte auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüfen, setzt die Normenhierarchie durch und bietet Einzelnen, Minderheiten, Kantonen und selbst Mehrheiten Schutz vor Verfassungsverletzungen. In der Schweiz ist die Verfassungsgerichtsbarkeit jedoch durch Art. 190 BV erheblich beschränkt, der die Gerichte verpflichtet, Bundesgesetze und Völkerrecht selbst dann anzuwenden, wenn sie die Bundesverfassung verletzen. Schon im Jahre 1890 beklagte Gustav Vogt, dass die Einschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit ein überaus «hässlicher Fleck auf dem sauberen Schild unseres Rechtsstaates» bedeute.¹³⁸ Während einige heute das Leiden an Art. 190 BV für einen Phantomschmerz halten, weil das Bundesgericht Mittel und Wege gefunden hat, Bundesgesetze anhand der EMRK zu überprüfen¹³⁹, weisen andere darauf hin, dass die Einschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit das Rechtsstaatsprinzip weiterhin relativiert und die Rechte und Freiheiten Einzelner und die Minderheiten gefährdet. Je weniger Kontrollmöglichkeiten die Gerichte haben, desto mehr Gewicht kommt den

137 Siehe statt vieler BGE 142 I 99 E. 4.4.3; m.w.H. BELSER/MASSÜGER, BSK-BV, Art. 51 N 47.

138 Zitiert nach Reich, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, S. 352.

139 BGE 125 II 417 E. c ff.; vgl. auch BGer 9C_460/2018.

Entscheiden der Mehrheit zu, die für ihre Entscheide letztlich nicht zur Verantwortung gezogen werden kann.¹⁴⁰

Die Forderung nach einer Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit mag – wie während Jahren die Einführung des Frauenstimmrechts – nicht mehrheitsfähig sein, falsch ist sie deswegen noch lange nicht. Gerichte zeichnen sich dadurch aus, dass sie als unabhängige Mittler Rechtsstreitigkeiten beilegen können. Zu ihren Gunsten verzichten die anderen Gewalten darauf, Streitigkeiten eigenmächtig zu entscheiden. Unter welchen Umständen aber ist die Politik bereit, sich aus freien Stücken einer Verfassungsgerichtsbarkeit zu unterwerfen und Entscheide zu ihrer Erweiterung zu treffen? Die Theorie der politischen Versicherung bietet ein Antwort auf diese Frage.¹⁴¹ Die politische Versicherung «Verfassungsgerichtsbarkeit» wird von jenen politischen Akteuren abgeschlossen, die zu einem bestimmten Zeitpunkt über die Macht verfügen, die Verfassung zu ändern, aber befürchten, die Mehrheit in absehbarer Zeit zu verlieren. Sie nutzen deshalb ihre Phase der Macht, um ihre Interessen und Prioritäten in der Verfassung zu verankern und deren gerichtliche Durchsetzung für den Fall vorzusehen, dass sich die politischen Machtverhältnisse ändern. Mit der Verfassungsgerichtsbarkeit erhöhen sie die Chance, dass ihre politische und verfassungsrechtliche Erbschaft über politische Wahlniederlagen hinaus Bestand hat.¹⁴² Es überrascht deshalb nicht, dass Verfassungsgerichte meist in Phasen politischer Umbrüche geschaffen oder gestärkt werden.¹⁴³

Für die Schweiz fiel der Entscheid für eine Beschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit in einem jungen Bundesstaat, der auf Bundesebene eine Mehrheitsdemokratie vorsah und deren Institutionen vom Freisinn hegemonial dominiert wurde¹⁴⁴. Die freisinnige Partei hatte zwar Interesse daran, die Ausübung der kantonalen Autonomie zu kontrollieren und den Vorrang des Bundesrechts auch gegenüber konservativen Kantonen durchzusetzen. Einen Anreiz, die Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen vorzusehen, hatte sie keinen – es bestand schlicht kein Grund zur politischen Versicherung. Diese Anreizstruktur hat sich auch mit dem allmählichen Übergang zur Konkordanzdemokratie nicht wesentlich geändert. Eine politische Versicherung stellt nur für jene politische Akteure eine Option dar, welche zu einem bestimmten Zeitpunkt die Möglichkeit haben, ihre politische Agenda im höchsten Gesetz zu verrechtlichen, und gleichzeitig befürchten, ihre Vormachtstellung über kurz oder lang einzubüßen. Diese doppelte Konstellation ist in der Schweiz, die auf

140 Vgl. zum Ganzen HOTTELIER, 1106 ff.; KELLER, S. 936 ff.; KÜNZLI, S. 1255 ff.; MÜLLER, Entstehung und Entwicklung, S. 1172 f.

141 GINSBURG, S. 22 ff.

142 Vgl. dazu GINSBURG, S. 22 ff. sowie DIXON/GINSBURG, S. 988 ff.

143 Vgl. dazu REICH, S. 350.

144 REICH, S. 353; vgl. auch MOECKLI, S. 490 ff.

einem Vielparteiensystem und vielfältigen Machtverschränkungen beruht, noch nie gegeben gewesen.¹⁴⁵

Der politische Wille, an der Einschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit festzuhalten, ist denn auch immer wieder bestätigt worden. Dennoch ist das Argument nicht von der Hand zu weisen, dass sie aus einer gänzlich anderen Zeit stammt und nicht zu den heutigen Bedingungen passt. Als die Bundesverfassungsgeber die Verfassungsgerichtsbarkeit beschränkten, waren es vor allem die Kantone, die die Grundrechte garantierten (die Bundesverfassung selbst sah nur wenige punktuelle Garantien vor) und auch die Gefahr von Grundrechtsverletzungen ging aufgrund der Zuständigkeitsordnung vor allem von den Kantonen aus (die Bundesverfassung wies dem Bund nur wenige punktuelle Zuständigkeiten zu). Die Gründer des jungen Bundesstaats hofften, mit der Zeit zu einer engeren Gemeinschaft zusammenzuwachsen, notfalls auch durch das Überschreiten verfassungsrechtlicher Kompetenzen. Wenn sich die beiden Parlamentskammern, also auch die Abgeordneten der Kantone, auf eine weitergehende Harmonisierung oder Vereinheitlichung der Rechtsordnung einigen konnten, warum sollten die Richter dann ein Bundesgesetz zerschlagen, nur weil nicht zuvor die Verfassung abgeändert worden war?

Alle diese Gründe für die Beschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit sind heute nicht mehr von Bedeutung. Die Kantone – und der Föderalismus als solcher – sind auf die Durchsetzung der Kompetenzordnung angewiesen, um jene Zentralisierungen zu verhindern, die die Bundesverfassung verletzen.¹⁴⁶ Dieser rechtliche Schutz der Autonomie ist vor allem für jene Kantone unerlässlich, die von anderen Kantonen überstimmt werden. Sie können ihre Rolle als Garanten der Vielfalt nicht wahrnehmen, wenn es ihnen verwehrt bleibt, sich gegen verfassungswidrige Vereinheitlichungen gerichtlich zur Wehr zu setzen.

Der von Gustav Vogt monierte hässliche Fleck auf dem Schild des Rechtsstaats, der der Schweiz erhalten geblieben ist, stellt aber vor allem eine Gefahr für die Rechte und Freiheiten von Einzelnen und Minderheiten dar. Trotz der «Verfassungsgerichtsbarkeit durch die Hintertür der EMRK», die das Bundesgericht im Rahmen der PKK-Rechtsprechung entwickelt hat, stellt die fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen auch heute noch ein erhebliches grundrechtliches und damit freiheitsrechtliches und rechtsstaatliches Defizit dar.¹⁴⁷ Die Zweiteilung der Grundrechte in jene, die dank völkerrechtlichem Pendant auch gegenüber Bundesgesetzen durchgesetzt werden können, und jene, die vom Bundesgesetzgeber verletzt werden können, widerspricht der Einheit der Verfassung und der Gleichwertigkeit ihrer Normen. Im Ergebnis setzen nur jene Freiheitsrechte dem Willen der Mehrheit Schranken, die auch im Völkerrecht ihren Niederschlag gefunden haben, das – im Sinne der Sub-

145 REICH, S. 353.

146 Vgl. SCHWEIZER, Verteilung der Staatsaufgaben, S. 707 f. m.w.H.

147 GRIFFEL, S. 1088; zum Ganzen auch KELLER, 949 ff.; KIENER, Grundrechte in der BV, S. 1215 f.

sidiarität – aber nur ein völkerrechtliches Minimum sichert und den Staaten einen teilweise erheblichen Gestaltungsspielraum belässt. Über andere Grundrechte, die nur in der Bundesverfassung garantiert sind, kann sich der Bundesgesetzgeber hinwegsetzen und unverhältnismässige Eingriffe vorsehen, die durchzusetzen die Gerichte verpflichtet sind. Dies gilt nicht nur für die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit, sondern auch für die allgemeine Rechtsgleichheit und das allgemeine Diskriminierungsverbot (das für die Schweiz völkerrechtlich nur akzessorisch gilt), das Willkürverbot sowie für die politischen Rechte.¹⁴⁸ Gerade in diesen zentralen Bereichen bleiben Einzelne deshalb ohne Rechtsschutz – zu Unrecht.

2. *Erweiterung der materiellen Ungültigkeitsgründe bei eidgenössischen Volksinitiativen*

Die Gründe, die für eine Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit sprechen, sprechen auch für eine Erweiterung der materiellen Ungültigkeitsgründe bei eidgenössischen Volksinitiativen auf Teilrevision der Bundesverfassung. Es genügt nicht, Verfassungsrevisionen nur dann auszuschliessen, wenn sie zwingende Bestimmungen des Völkerrechts verletzen. Verschiedene Volksinitiativen der Schweiz, angefangen beim Schächtverbot des 19. Jahrhunderts, zeigen, dass sich der Wille der Mehrheit von Volk und Ständen gegen die Rechte von Einzelnen und von Minderheiten richten und Grundrechte und Rechtsstaat gefährden können. Dieser Gefahr sind nicht nur kulturelle Minderheiten, sondern auch andere Gruppen ausgesetzt. So richtete sich etwa die Initiative «Schutzaft», die im Jahre 1919 zustande kam, in der Volksabstimmung von 1923 jedoch verworfen wurde, gegen die Sozialisten und andere treibende Kräfte hinter dem Generalstreik von 1918. Nach der Initiative hätte der Bund verpflichtet werden sollen, Schweizer Bürger, die die innere Sicherheit gefährden, «unverzüglich in Schutzaft zu nehmen» – und zwar «ohne jedesmal einen Sensationsprozess in Szene setzen zu müssen, der oft im Sande verlaufe».¹⁴⁹ Bundesrat und Bundesversammlung vermochten sich mit ihrer Empfehlung durchzusetzen, die von einem Ad-hoc-Komitee «gegen den Bolschewismus» ins Leben gerufene Initiative abzulehnen und zu verhindern, dass Schweizern, die von ihrer Meinungs- und Demonstrationsfreiheit Gebrauch machten, von Verwaltungsbehörden des Bundes verpflichtend die Freiheit entzogen wurde.¹⁵⁰

Nicht viel mehr Vertrauen in die unbeschränkte Zulässigkeit von Volksinitiativen erweckte der direktdemokratische Versuch aus dem Jahre 1934, die «Freimaurervereinigungen und Logen, Odd Fellows, die philanthropische Gesell-

148 Vgl. auch GRIFFEL, S. 1088.

149 Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Schutzaftinitiative vom 6. September 1920.

150 BOLLIGER, Staatsschutz-Initiative, S. 44 f.

schaft Union, ähnliche und ihnen affilierte Gesellschaften» in der Schweiz zu verbieten. Die Volksinitiative «Verbot der Freimaurerei» war vom faschistischen Lausanner Oberst Arthur Fonjallaz und seinen Mitstreitern lanciert worden und vom Freimaurerverbot inspiriert, das im Jahre 1933 in Nazi-Deutschland erlassen worden war. Die Initianten machten geltend, «die Freimaurerlogen seien undemokratisch, befänden sich in den Händen der Juden, seien staatsfeindlich, förderten revolutionäre Bewegungen, unterstützten den Bolschewismus und gefährdeten die Freiheit und Unabhängigkeit des nationalen Staates».¹⁵¹ Ihr Vorstoss stiess nicht nur bei Frontisten auf Sympathie, sondern teilweise auch bei Katholiken, die das Freimaurertum schon im Kulturmampf des 19. Jahrhunderts als Hort des Liberalismus bekämpft hatten.¹⁵²

Auch ein Jahrhundert später richtet sich die direkte Demokratie immer wieder gegen Minderheiten und andere Gruppen. Dabei fällt auf, dass die Annahmequote bei Volksinitiativen, die aus grundrechtlicher Sicht als problematisch erachtet werden müssen, besonders hoch ist. Während in den letzten dreissig Jahren lediglich sieben von insgesamt 76 Volksinitiativen erfolgreich waren, wurden vier von zehn grundrechtsproblematischen Initiativen angenommen, nämlich die Initiative «Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter» (2004), die Initiative «für die Unverjährbarkeit pornografischer Straftaten an Kindern» (2008), die Initiative «Gegen den Bau von Minaretten» (2009) sowie jene «für die Ausschaffung krimineller Ausländer» (2019).¹⁵³

Verschiedene Initiativen richteten sich gegen die Grundrechte von Frauen. Es handelte sich dabei um die Initiative «für Mutter und Kind – für den Schutz des ungeborenen Kindes und für die Hilfe an seine Mutter in Not» (2002), die Initiative «Recht auf Leben» (1985), «Abtreibungsfinanzierung ist Privatsache – Entlastung der Krankenversicherung durch Streichung der Kosten des Schwangerschaftsabbruchs aus der obligatorischen Grundversicherung» (2014) sowie um das «Ja zum Verhüllungsverbot» (2021). Auch die Liste der Initiativen, die sich gegen Ausländerinnen und Ausländer richten, verlängert sich stetig. Zu diesen gehört etwas die Initiative «Gegen Masseneinwanderung» (2014), «Stopp der Überbevölkerung – zur Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen» (2014), «Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)» (2016) und «Für eine massvolle Zuwanderung (Begrenzungsinitiative)» (2020). Gegen bestimmte Kategorien von Straftätern richtete sich die Initiative «Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen» (2014). Schliesslich waren gleichgeschlechtliche Paare von der Initiative «Für Ehe und Familie – gegen die Heiratsstrafe» betroffen. Dass die Volksabstimmung darüber im Jahre 2019 aufgehoben wurde, hatte mit stimmrecht-

151 KÖLZ, S. 761.

152 BOLLIGER, Angriff auf freiheitlichen Staat, S. 181 f.

153 CHRISTMANN, S. 105.

lichen Mängeln zu tun, nicht mit der Tatsache, dass die Volksinitiative gleichgeschlechtliche Paare vom Recht auf Ehe ausschliessen wollte.

Das Fehlen angemessener Gründe für die Ungültigerklärung von Volksinitiativen ist seit langem als demokratischer, rechtsstaatlicher und föderalistischer Mangel anerkannt. Allerdings ist es der Schweiz bis anhin noch nicht gelungen, zu einer ausgewogeneren Abwägung zwischen den Strukturprinzipien der Bundesverfassung zu finden.¹⁵⁴ Volksinitiativen für ungültig zu erklären, die dem Völkerrecht widersprechen, geht zweifellos zu weit. Wie dem Gesetzgeber nach Schubert-Praxis muss es auch Volk und Ständen möglich sein, völkerrechtliche Pflichten der Schweiz in Frage zu stellen, die Neuverhandlung oder die Kündigung völkerrechtlicher Verträge zu fordern oder eine Völkerrechtsverletzung in Kauf und die völkerrechtlichen und anderweitigen Folgen eines solchen Entscheids auf sich zu nehmen. Ebenso würde es zu weit gehen, Volksinitiativen für ungültig zu erklären, die Grundrechte der Bundesverfassung oder Menschenrechte des Völkerrechts einschränken. Wie dem Gesetzgeber ist es auch dem Verfassungsgeber nicht verwehrt, Grund- und Menschenrechte im öffentlichen Interesse einzuschränken und die Grundrechte der einen gegen die Grundrechte der anderen abzuwägen. Diese Möglichkeit ist aber dann nicht gegeben – darf dann nicht gegeben sein – wenn ein Gesetz welcher Stufe auch immer Kerngehalte verletzt oder unverhältnismässige Einschränkungen vorsieht. Eine solche Verletzung der Grund- und Menschenrechte kann auch dem Verfassungsgeber nicht gestattet sein. Volksinitiativen müssen deshalb ungültig sein, wenn sie Grundrechte nicht einschränken, sondern verletzen.¹⁵⁵ Für die Prüfung der Frage, ob dies der Fall ist – ob eine Initiative Kerngehalte verletzt oder unverhältnismässige Grundrechtseinschränkungen vorsieht – kann nicht die Bundesversammlung, sondern muss das Bundesgericht zuständig sein. Es ist an der unabhängigen Justiz, nicht an einem politischen Organ, den Kerngehalt der Grundrechte zu bestimmen und die Frage der Verhältnismässigkeit zu klären und damit die Grenzen zwischen politischem Handlungsspielraum und verbindlichen rechtlichen Vorgaben zu ziehen. Nur das Bundesgericht kann Mängel der Demokratie ausgleichen, die sich daraus ergeben, dass nicht alle Menschen den gleichen Einfluss auf demokratische Entscheidungsprozesse haben oder von diesen ausgeschlossen sind. Die Bundesversammlung, die sich dem Grundsatz *in dubio pro populo* verpflichtet fühlt, ist nur dem Scheine nach der Selbstbestimmung verpflichtet, denn sie verkennt, dass zum schweizerischen Volk, dessen Rechte und Freiheiten zu achten und zu schützen sind, nicht nur die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger gehören, die sich in einer Volksabstimmung durchzusetzen vermögen, sondern alle Menschen, die vom Entscheid betroffen sind.

154 Vgl. etwa EPINEY/DIEZIG, BSK-BV, Art. 139 N 36 ff. und 108 m.w.H.; MAHON, S. 1517 ff. sowie MAHLMANN, S. 222 ff.

155 Vgl. dazu auch KÜNZLI, S. 1256 ff.; zum Ganzen auch MAHON, S. 1517 ff.

Aber nicht nur der Rechtsstaat, sondern auch der Föderalismus und andere fundamentale Prinzipien der Bundesverfassung laufen Gefahr, durch Mehrheitsentscheide eingeschränkt oder ausgehöhlt zu werden. Volksinitiativen sind seit vielen Jahren Treiber der Zentralisierung.¹⁵⁶ Zwar steht es der Mehrheit von Volk und Ständen zweifellos frei, die Aufteilung der Zuständigkeiten, die Verteilung der Finanzen, die Mitwirkung der Kantone und die Zusammenarbeit zwischen den föderalen Akteuren neu zu regeln. Wie bei den Grundrechten gibt es aber auch beim Föderalismus einen Kerngehalt der Autonomie, der nicht angetastet werden darf. Dies muss schon deshalb gelten, weil einzelne Kantone – namentlich solche, die in besonderem Mass die Vielfalt der Schweiz garantieren – in Abstimmungen ohne Weiteres überstimmt werden können. Dass eine Volksinitiative auf Abschaffung einer Nationalsprache nach gelgendem Recht für gültig erklärt werden müsste, mag als theoretisches Problem erscheinen. Trotzdem erscheint es als Gefahr für den Föderalismus und die Vielfalt, wenn es die Bundesverfassung zulässt, dass auch Initiativen gültig sind, die in krasser Weise gegen das Subsidiaritätsprinzip und die föderale Kompromisskultur verstossen.

D. Von der Gleichheit und der Vielfalt in der Demokratie

Wie beim Föderalismus und dem Rechtsstaat geht es auch bei der Demokratie um die Achtung und den Schutz von Freiheit, Selbstbestimmung und Mitbestimmung. Wo Menschen fremdem Gesetz unterworfen sind – und nicht jenen Regeln, die sie sich für ihr Leben selbst geben oder die sie als soziale, religiöse oder ethische Normen für sich als massgebend erachten – wo sie also nicht autonom sind, sondern an heteronome Normen gebunden sind, die zwangsweise durchgesetzt werden, so sollen sie nicht nur mitreden, sondern mitbestimmen können, wenn diese Gesetze gemacht werden. Die Demokratie verspricht eine Herrschaftsform, in der die Menschen entweder selbst entscheiden oder an gemeinsamen Entscheiden mitwirken und diese mitverantworten (I.). Damit sie ihr Versprechen halten kann, muss sie für eine möglichst grosse Kongruenz zwischen Herrschenden und Beherrschten sorgen und Stimmrechtsausschlüsse auf ein Minimum beschränken (II.). Gleichzeitig muss sie sicherstellen, dass alle Stimmbürgerinnen und Stimmbürger auch tatsächlich die Möglichkeit haben, gemeinsame Entscheide mitzugestalten und nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich mitzubestimmen (III.).

156 Vgl. etwa die Eidgenössischen Volksinitiativen «Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!».

I. Autonomie und Mitwirkung zum Dritten

Demokratie beruht auf der Idee, dass es sich bei den Herrschenden und den Beherrschten um die gleichen Menschen handelt. Diese Deckungsgleichheit ist es, die Fremdherrschaft vereinbar mit der Idee gleicher Würde und Freiheit macht. Auch das Gesetz, das zwangsweise auf einen Einzelnen angewendet wird und dessen Freiheit beschränkt, ist nicht wirklich ein fremdes Gesetz, sondern eines an dem der Einzelne – auf der Grundlage der Freiheit und Gleichheit – mitgewirkt hat.

1. Übereinstimmung von Herrschenden und Beherrschten

Die Demokratie verspricht eine «weniger entfremdete» Form staatlicher Herrschaft¹⁵⁷, weil die Rechtsunterworfenen das Recht selbst gestalten und gemeinsam festlegen, was für die gemeinsamen Angelegenheit gilt – und auch den vorgelagerten Entscheid, was eine gemeinsame Angelegenheit ist, gemeinsam fällen. Als Massstab für die Grenze zwischen öffentlichem und privatem Bereich dient die Subsidiarität: Eine Angelegenheit ist erstens dann eine gemeinsame, wenn sie den Einzelnen überfordert – und zwar auch dann, wenn er mit anderen Einzelnen zivilgesellschaftlich zusammenarbeitet (etwa die äussere und innere Sicherheit, die soziale Sicherheit) – und sie ist zweitens dann eine gemeinsame Aufgabe, wenn einheitliche Regeln erforderlich sind, weil die Vielfalt der Entscheide und Vorgehensweisen die Aufgabenerfüllung erschwert (etwa der Umweltschutz, der Wettbewerb, der Konsumentenschutz). Wo aber im Einzelnen Vielfalt möglich und wo Einheit erforderlich ist, das wird gemeinsam entschieden – und zwar von jenen, die von diesem Entscheid betroffen sind. Diese müssen nämlich entweder Grenzen ihrer Selbstbestimmung in einem Bereich erdulden, den sie als privat erachten und damit die Einmischung in Angelegenheiten ertragen, die selbst zu bewältigen sie sich in der Lage fühlen und deren selbstverantwortliche Bewältigung sie allen anvertrauen oder zuzutun wollen. Im umgekehrten Fall müssen sie in Kauf nehmen, dass eine Angelegenheit privat bleibt und dass sie selbst und andere mit dieser allein gelassen werden, obwohl sie es richtig gefunden hätten, diese gemeinsam zu bewältigen. Beide staatlichen Aufgaben sind politischer Natur – zum einen die gemeinsamen Angelegenheiten zu bestimmen und damit die Grenze zwischen Staat und Gesellschaft autonom zu ziehen und zum andern die gemeinsamen Angelegenheiten auch als Gemeinwesen gemeinschaftlich zu ordnen.¹⁵⁸

Die Ursprünge des Verfassungsrechts erinnern daran, dass der *contrat social* zwischen Herrscher und Beherrschten am Anfang der Kontrolle staatlicher Macht steht. Die *Magna Carta* von 1215 ist darauf zurückzuführen, dass der

157 TSCHANNEN, Perspektiven, S. 512.

158 TSCHANNEN, Perspektiven, S. 512; vgl. zum Ganzen auch MAHLMANN, S. 211 ff.

englische König Johann Ohneland zu Land kommen wollte und für seine Kriegszüge Geld brauchte – und dafür die Zustimmung der Adligen. Diese waren aber nur bereit, die Kriegspläne des Königs zu finanzieren, wenn dieser ihnen im Gegenzug versprach, ihre Rechte und Freiheiten zu wahren. Damit war der Konstitutionalismus geboren, der gleichzeitig Mitwirkung und Rechtsstaatlichkeit begründete und auf untrennbare Weise miteinander verschränkte. Auch die im Jahre 1689 vom britischen Parlament beschlossene *Bill of Rights*, ein weiterer entscheidender Schritt auf dem Weg zum Konstitutionalismus, bestätigte den engen Zusammenhang zwischen demokratischer Mitwirkung und Freiheit. Ebenso hatte der französische König Ludwig XVI. im Jahre 1789 die Generalstände nur deshalb einberufen, weil der Staat hoch verschuldet war, neue Steuern brauchte – und diese der Zustimmung der Generalstände bedurften. Weil der König den Forderungen des dritten Stands nicht nachkam, im Gegenzug Gleichheit, Freiheit und Brüderlichkeit zu versprechen, schuf er die Bühne, auf der sich die Französische Revolution abspielen sollte.

Mit der Parole «*no taxation without representation*» wird seit jeher gefordert, dass Personen, die Steuern bezahlen, bei der Festlegung dieser Abgaben und an den Entscheiden über die Verwendung staatlicher Mittel mitentscheiden.¹⁵⁹ Die Forderung war nicht nur der kämpferische Slogan der Tea Party in Boston, sondern der Grund für den Amerikanischen Unabhängigkeitskrieg. Warum sollten die dreizehn Kolonien Steuern an die britische Krone bezahlen, wenn sie in Westminster nicht vertreten waren und über die Erhebung der Steuern und deren Verwendung nicht mitbestimmen konnten? Demokratien müssen notwendigerweise auf einem *consent of the governed* beruhen, sonst seien sie Tyrannie, machten die Befürworter der Unabhängigkeit geltend.

Auch die Geschichte der schweizerischen Demokratie lässt sich – zumindest teilweise – durch das Bestreben charakterisieren, alle von Entscheiden Betroffene an der Entscheidfindung zu beteiligen. Die Genossenschaft, die für das Demokratieverständnis der Schweiz zumindest in den agrarisch geprägten Landsgemeindeorten prägend war, beruht auf der Idee der Selbstverwaltung der Mitglieder im Dienste der gemeinsamen Wohlfahrt. In der genossenschaftlichen Demokratie ist die «Differenz zwischen Herrschenden und Beherrschten durch Selbstregierung und Selbstverwaltung» aufgehoben.¹⁶⁰ Kongruenz von Regierenden und Regierten stellt die Essenz der demokratischen Idee dar – und nur wenn sie ihr Wesen verwirklicht, vermag sie auch ihre Aufgabe als «Hüterin der Menschenrechte»¹⁶¹ zu erfüllen.

159 Vgl. etwa BRÜHLMEIER/VATTER, S. 382.

160 REICH, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, S. 344.

161 GIACOMETTI, S. 3 ff.

2. *Politische und andere Minderheiten*

Zwar kann es sein, dass Einzelne und Gruppen Gesetzen unterworfen werden, die sie ablehnen, weil sie von der Mehrheit überstimmt worden sind. In diesem Fall ist ohne Weiteres von demokratischen Verhältnissen auszugehen, weil alle die gleichen Chancen hatten, ihre Ansichten kundzutun und andere zu überzeugen – und weil es den überstimmten Minderheiten in einer Demokratie freisteht, den als falsch erachteten Entscheid später zu korrigieren zu versuchen. Politische oder thematische Minderheiten («*topical minorities*»)¹⁶², die sich bei demokratischen Debatten über das richtige Mass an sozialer Sicherheit, Wettbewerb oder Umweltschutz nicht haben durchsetzen können, sind notwendiger Teil und notwendiges Ergebnis demokratischer Auseinandersetzungen. Dass Mehrheitsentscheide stets überstimmte politische Minderheiten hervorbringen, ist unausweichlich und nicht mit einer Tyrannei der Mehrheit gleichzusetzen. Vielmehr erinnern die politischen und thematischen Minderheiten daran, dass die Demokratie immer einer Einbettung und einer Beschränkung durch die Rechtsstaatlichkeit bedarf: Mehrheiten dürfen herrschen, aber ihre Macht nicht missbrauchen. Sie müssen die Rechte und Freiheiten aller achten, schützen und verwirklichen, und eine unabhängige Justiz muss sicherstellen, dass dies geschieht.

Während politische Minderheiten notwendigerweise zur Demokratie gehören, werfen zwei andere Arten von Minderheiten oder anderen Gruppen fundamentale Fragen auf, mit denen sich Demokratien auseinandersetzen müssen. Bei der ersten Gruppe geht es um Menschen, die rechtlich von den demokratischen Entscheidungsprozessen ausgeschlossen sind. Sie betrifft das «Volk». Zielt die Demokratie auf die Kongruenz zwischen Herrschenden und Beherrschten, so werfen alle Stimmrechtsausschlüsse Fragen auf. Der Rechtsstaat und die Demokratie erfordern, dass Einzelne entweder selbst- oder mitbestimmen und nicht Objekte der Entscheide anderer sind. Das Recht auf Selbstbestimmung erfordert, wenn es an seine Grenze stösst, seine Verwandlung in ein Recht auf Mitbestimmung. Damit die Demokratie ihr Versprechen erfüllen kann – Freiheit und Gleichheit mit dem gemeinsamen Wahrnehmen gemeinsamer Angelegenheiten zu versöhnen – ist sie auf eine möglichst grosse Übereinstimmung von Entscheidenden und Entscheidbetroffenen angewiesen.

Bei der zweiten Gruppe handelt es sich um jene Menschen, die zwar das Recht haben, am demokratischen Entscheidungsprozess mitzuwirken, tatsächlich aber von diesem Recht nicht gleich wie andere Gebrauch machen können. Demokratien sind der realen Gefahr der Tyrannei der Mehrheit ausgesetzt, «wenn sie sich auf die Rechte von Personen oder Gruppen beziehen, die nicht oder nur unzureichend in den politischen Entscheidungsprozess eingebunden sind, systematisch gesellschaftlich herabgesetzt oder ausgegrenzt werden»¹⁶³.

162 REICH, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, S. 348.

163 REICH, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, S. 349.

Bei Lichte gesehen besteht diese Gefahr nicht nur, wenn Mehrheiten Entscheide fällen, die sich auf die Rechte der herabgesetzten oder ausgegrenzten Personen oder Gruppen beziehen, sondern bei allen Entscheiden. Herabgesetzte und ausgegrenzte Personengruppen sowie vereinzelte oder isolierte Minderheiten («*discrete and insular minorities*»¹⁶⁴), denen demokratische Mitwirkungsrechte zwar rechtlich offenstehen, die aber tatsächlich nicht gleichberechtigt davon Gebrauch machen können – oder mit nur geringen Chancen auf Erfolg –, fordern die Demokratie viel grundsätzlicher heraus. Die zweite Gruppe wirft deshalb nicht Fragen nach dem «Volk», sondern nach dem «Herrschenden» auf. Aufgrund historischer und gegenwärtiger Benachteiligungen – durch das Recht und durch die Gesellschaft – gehören Frauen weiterhin zu dieser Gruppe, die zwar keine Minderheit bilden, aber in den meisten demokratischen Gemeinwesen immer noch nur unzureichend in politische Entscheidungsprozesse eingebunden sind. Betroffen sind aber auch die ethnischen, kulturellen, sprachlichen und religiösen Minderheiten. Diese laufen Gefahr, als *permanente Verlierer* aus demokratischen Entscheidungsprozessen hervorzugehen, weil es auf ihre Stimme schlechterdings nicht ankommt. Zu den Personen oder Gruppen, die unzureichend in den politischen Meinungsbildungsprozess eingebunden sind, weil sie – historisch oder gegenwärtig – unter gesellschaftlicher Herabsetzung oder Ausgrenzung leiden, gehören aber auch wirtschaftliche und soziale Minderheiten.

II. Erweiterung der politischen Rechte

Demokratie bedeutet, dass verbindliche Entscheide nach dem Grundsatz getroffen werden, «dass die Macht von der Gesamtheit der Rechtsunterworfenen ausgeht»¹⁶⁵. Die Bundesverfassung von 1848 sah die direkte Volkswahl durch Schweizer Männer vor, die das 20. Altersjahr vollendet hatten. Im internationalen Vergleich erfolgt die Einführung des Männerstimm- und -wahlrechts damit sehr früh. Neu eingebürgerte Schweizer waren erst nach einer fünfjährigen Frist in den National- und Bundesrat wählbar und Geistliche überhaupt nicht, aber sonst waren die politischen Rechte auf Bundesebene für Männer allgemein vorgesehen.¹⁶⁶ Die politischen Rechte auf Bundesebene blieben aber vom kantonalen Aktivbürgerrecht abhängig. Weil einige Kantone an Ausschlussbestimmungen festhielten, die jenen der Restaurationszeit glichen, blieb die Demokratie im Ergebnis vielen verschlossen. Bei der Gründung des Bundesstaats waren gegen 20 Prozent der erwachsenen männlichen Bürger von solchen Ausschlüssen betroffen. Insgesamt waren deshalb ursprünglich nur 23 Prozent der erwachsenen Schweizer Bevölkerung stimmberechtigt. Die Schweiz startete als «Vier-

164 United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 152, N 4 (1938).

165 BRÜHLMEIER/VATTER, S. 374.

166 POLEDNA.

tel-Demokratie» und ist heute – dank der Überwindung zahlreicher Stimmrechtsausschlüsse im Rahmen einer allmählichen Demokratisierung – zu einer «Dreiviertel-Demokratie» geworden.

Die Bundesverfassung von 1848 verpflichtete die Kantone dazu, kantonsfremden Schweizer Bürgern die Ausübung der eidgenössischen und kantonalen politischen Rechte zu gestatten.¹⁶⁷ Fremde Schweizer Bürger mussten – soweit sie einer christlichen Konfession angehörten – gleichbehandelt werden. Die Gleichstellung der jüdischen Bevölkerung vermochte sich in der Tagsatzung bekanntlich nicht durchzusetzen und wurde erst im Jahre 1866 erzielt. Die Niederlassungsfreiheit war bis 1866 aber nicht nur Schweizern christlicher Konfessionen vorbehalten, sie stand auch nur jenen zu, die seit mindestens fünf Jahren Schweizer Bürger waren und die nachweisen konnten, dass sie durch Vermögen, Beruf oder Gewerbe sich und ihre Familie ernähren konnten. Obwohl die meisten Kantone – anders als benachbarte Länder – von der Einführung eines eigentlichen Zensussystems abgesehen hatten, ein solches nur für die Wählbarkeit vorsahen oder wieder aufgehoben hatten, waren es doch meist wirtschaftliche Gründe, die zum Verlust des Wahl- und Stimmrechts führten.¹⁶⁸ Im Jahre 1860 waren noch 15 Prozent der volljährigen Schweizer Männer von den politischen Rechten ausgeschlossen.¹⁶⁹

Wer in seinem Wohnsitzkanton wegen Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Zwangsversorgung, strafrechtlicher Verurteilung, fruchtloser Pfändung, Konkurs, Sittenlosigkeit, Bettelei oder aus anderen Gründen vom Stimm- und Wahlrecht ausgeschlossen war, konnte auch an eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen nicht teilnehmen. Führte Armut zu Pfändung, Konkurs, Hilfsbedürftigkeit oder Bettelei, war es deshalb vorbei mit den politischen Rechten. Beim passiven Wahlrecht gab es im 19. Jahrhundert noch bedeutendere Einschränkungen. Hier konnte sich auch ein eigentlicher Zensus länger halten als für das Stimm- und aktive Wahlrecht, allerdings nur in Luzern und im Tessin über 1848 hinaus.

Es waren Beschwerdeentscheide des Bundesrats sowie die Praxis der Bundesversammlung bei der Gewährleistung der Kantonsverfassungen, die zu einer allmählichen Harmonisierung der eidgenössischen Wahl- und Abstimmungsrechte führte. Auf diesem Weg wurden insbesondere kantonale Ausschlüsse beseitigt, die Dienstboten und Analphabeten die politischen Rechte vorenthielten. Im Jahre 1915 erklärte das Bundesgericht den Steuerzensus, der als Voraussetzung für das Stimmrecht eine Steuerzahlung in bestimmter Höhe vorsah, als verfassungswidrig. Den Ausschluss infolge Armengenössigkeit erachtete es dagegen als zulässig. Vier Jahre später waren deshalb dennoch erst 940 000 Schweizer stimm- und wahlberechtigt, was etwa der Hälfte der Män-

167 SCHMID, S. 309.

168 SCHMID, S. 308.

169 SCHMID, S. 308 f.

ner im Land entsprach. Erst nach der Wirtschaftskrise der Zwischenkriegsjahre wurde der Ausschluss infolge Zahlungsunfähigkeit auf den verschuldeten Vermögenszerfall beschränkt.

Auch in anderen Bereichen beliess die Bundesverfassung den Kantonen weitgehende Freiheiten. Einige Kantone kannten noch bis in die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts indirekte Wahlen, gemischtkonfessionelle Kantone sahen teilweise eine Art Konfessionsproporz vor, der Katholiken und Protestanten eine bestimmte Zahl Parlamentssitze zusicherte¹⁷⁰. Der Ausschluss des Klerus vom passiven Wahlrecht war seit der Regeneration in vielen Kantonen verbreitet. Geistliche waren bis im Jahre 1999 auch von eidgenössischen Wahlauschlüssen betroffen und nur dann in den Nationalrat wählbar, wenn sie bereit waren, ihre kirchlichen Ämter aufzugeben. Erst gegen Ende des 20. Jahrhunderts wurden weitere Stimmrechtsausschlüsse aufgegeben. So etwa dürfen seit 1971 weder strafrechtlich Verurteilte, noch zahlungsunfähige Bürger vom aktiven Stimm- und Wahlrecht ausgeschlossen werden.¹⁷¹

Nach vielen gescheiterten Versuchen trat im Jahre 1978 endlich ein Bundesgesetz über die politischen Rechte in Kraft, das den Ausschluss bei eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen erstmals bundesrechtlich regelte. Die Kantone passten daraufhin ihre eigenen Stimm- und Wahlrechte der Bundesregelung an. Sie schliessen seither nur noch im Rahmen von erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen Personen von den politischen Rechten aus.¹⁷² Dank dieser Demokratisierungmassnahmen und der Einführung des Frauenstimmrechts liegt der Anteil des stimmberechtigten Volks an der Gesamtbevölkerung heute bei 65 Prozent – er hat sich damit in den letzten hundert Jahren fast verdreifacht.¹⁷³

Die Kongruenz von Regierenden und Regierten, die das Wesen der Demokratie ausmacht, entspricht dennoch weder in der Vergangenheit noch in der Gegenwart der Realität. Die schweizerische Demokratie hat «einen resistenten Anteil an *Exklusion* und damit nur unvollständig ein wesentliches Element der Demokratietheorie, die *Inklusion*»¹⁷⁴. Zu Recht ist immer wieder darauf hingewiesen worden, dass die späte Einführung des Frauenstimmrechts (1.) nicht nur ein Schönheitsfehler war, sondern eine fundamentale Verletzung der «*Logik der Demokratie*»¹⁷⁵. Dies gilt auch für andere Stimmrechtsausschlüsse, die die Schweiz lange geprägt haben oder heute noch bestehen, namentlich den Ausschluss junger Menschen (2.), von Menschen mit Behinderungen (3.) und von Ausländerinnen und Ausländern (3.).

170 SCHMID, S. 310.

171 POLEDNA.

172 POLEDNA.

173 POLEDNA.

174 BRÜHLMEIER/VATTER, S. 381.

175 BRÜHLMEIER/VATTER, S. 382.

1. *Einführung des Frauenstimmrechts*

Marie Goegg-Pouchoulin war eine der ersten Frauenrechtlerinnen der Schweiz. Sie und ihre Mitstreiterinnen, die 1868 die *Association internationale des femmes* gründeten, forderten das Frauenstimmrecht und die zivilrechtliche und politische Gleichstellung der Frauen in der Schweiz. Es sei an der Zeit, hielt Goegg-Pouchoulin in ihrer Gründungsansprache fest, dass Frauen auch Bürgerinnen seien wie ihre Brüder, die Bürger, «weil es für uns Frauen Zeit ist, nicht mehr eine besondere Gesellschaftsklasse zu bilden»¹⁷⁶. Kurz vor ihrem Tod im Jahre 1899 hielt Goegg-Pouchoulin fest, sie sei überzeugt

«que nous sortirons un jour victorieuses de notre lutte qui n'a d'autre but que d'assurer partout le règne de la justice, la liberté, l'instruction et le bonheur pour tout ce qui est un être humain»¹⁷⁷.

Im Jahre 1869 war Julie von May zur *Association internationale des femmes* gestossen und bald zu einer der wichtigsten Frauenrechtlerin der Schweiz aufgestiegen. An der Generalversammlung von 1870 forderte auch sie die Gleichstellung der Frauen in allen Belangen. Sie erachtete «l'admission de la femme au niveau de l'homme devant la loi» als eine der wichtigsten und dringlichsten Forderungen der Zeit. Zwei Jahre später veröffentlichte von May eine Broschüre mit dem Titel «Die Frauenfrage in der Schweiz zur Bundesrevision am 12. Mai 1872»¹⁷⁸ und berief sich auf die Gleichheitsgarantie der Bundesverfassung, die allen Schweizern Gleichheit vor dem Gesetz garantiere und weder Untertanenverhältnisse noch Vorrechte dulde. Diese Bestimmung verlange, dass auch Frauen keine Untertanen seien und dass Männer vor dem Gesetz keine Vorrechte geniessen könnten. Es sei doch schockierend, dass der Mann, der sich von seinen Oberen gelöst und rechtliche Freiheit und Selbständigkeit erlangt habe, diese nutze, um die bürgerlichen Rechte der anderen Hälfte zu schmälen und ihre Bande, wenn nicht enger zu schnüren, doch fester in der alten Schnürung zu halten. Dabei appellierte sie auch an den Stolz der Schweiz als Wiege der Demokratie:

«müssten wir unser angebetetes Vaterland die unerklärbarste und ungerechtfertigste aller Anomalien aussprechen, denn die Wiege, die Pflegemutter, ja das heutige Vorbild aller europäischen Freiheit und Gleichheit, die Schweiz, hält zur Stunde noch in vielen, und zwar gerade in ihren urdemokratischen Landestheilen vornehmlich, ihre Töchter enteigneter und geknechteter als keine der sie umringenden Monarchien; das unmündigste Volk Europas betrachtet und behandelt seinen weiblichen Bestandtheil, wenn nicht völlig konsequent im Leben, doch vor dem Gesetz und in der Sitte als das unmündigste Kind»¹⁷⁹.

176 Zitiert nach WOODTLI, S. 31.

177 GOEGG-POUCHOULIN, 100 Elles, verfügbar auf: <<https://100elles.ch/biographies/marie-goegg-pouchoulin/>>.

178 VON MAY, Die Frauenfrage in der Schweiz zur Bundesrevision am 12. Mai 1872, verfügbar auf: <https://www.e-rara.ch/bes_1/content/zoom/12984252>.

179 VON MAY, S. 5.

Gerade wenn es um die Frauenfrage gehe, bekunde jeder Kanton seine nationale Eigenständigkeit, in dem er noch einschränkendere Regelungen als der nächste schaffe, beklagte von May. Nur eines habe die bunte Bildergalerie gemeinsam: das Prinzip der Unterwerfung des weiblichen Geschlechts unter das männliche, die allerdings in einigen Ständen die mehr oder weniger totale Entreitung bedeute. Von May schreibt die schweizerische Anomalie weniger der Missgunst und der Engherzigkeit zu als vielmehr «dem speziell schweizerischen Absonderungsgeist», den die weibliche Hälfte des Volks mit dem männlichen teile¹⁸⁰. Jetzt jedoch gelte es zusammenzustehen und dafür zu sorgen, dass auch die Frauen der Schweiz – wie im benachbarten Ausland – als mündige Bürgerinnen ihren Beitrag zum Fortschritt leisten können.¹⁸¹

Doch dieser Fortschritt liess allzu lange auf sich warten. Im Jahre 1919 schob der zuständige Bundesrat Heinrich Häberlin die Behandlung verschiedener Motionen wegen «dringenderer Probleme» auf und übergab im Jahre 1934 das unerledigte Geschäft seinem Nachfolger mit dem zur Legende gewordenen Hinweis: «Das Material für das Frauenstimmrecht liegt in der mittleren Schublade rechts Deines Schreibtisches»¹⁸². Auch vom Bundesgericht konnten die Frauen keine Hilfe erwarten. Dieses wies 1932 und 1952 Beschwerden von Frauen unter Berufung auf das «Gewohnheitsrecht» ab. Gerade mit diesem Entscheid lieferte es die Hälfte des Volks dem Willen der anderen Hälfte aus und entschied, dass *die Demokratie auf undemokratische Weise eingeführt werden sollte*. Während bei der Auseinandersetzung über das Wahlsystem die betroffenen Parteien – oder jedenfalls ihre männlichen Führungskräfte – die Möglichkeit hatten, Initiativen und Vorstösse einzureichen, sich im Meinungskampf zu engagieren und am Schluss an der Urne mitzuentscheiden, war dies bei den Frauen nicht der Fall. Sie konnten nur im Hintergrund auf Entscheide einwirken, die andere über sie fällten. Die zu Recht vielgerühmten Mittel der demokratischen Mitwirkung standen ihnen gerade nicht offen und sie mussten erdulden, dass die Schweizer Männer allein über die Rechte der Frauen entschieden und es in der Hand hatten, demokratische Verhältnisse einzuführen oder an der Androkratie festzuhalten. Noch 1959 verwarfen die Mehrheit der Männer mit zwei Dritteln der Stimmen und die Mehrheit der Männer in den einzelnen Kantonen (16 Kantone und sechs Halbkantone) das Frauenstimmrecht.

Auf Bundesebene haben die Frauen das Stimmrecht erst im Jahre 1971 erlangt. In den Kantonen Waadt, Neuenburg und Genf erfolgte dies schon in den Jahren 1959 und 1960, im Basel-Stadt 1966, im Tessin 1969, im Wallis/Valais 1970 und in den Kantonen von Appenzell bekanntlich erst später, im Falle von

180 VON MAY, S. 22.

181 VON MAY, S. 21.

182 Zitiert nach AMLINGER, «Die Macht der Männer ist die Geduld der Frauen oder: Der lange Kampf ums Schweizerische Frauenstimmrecht», verfügbar auf: <https://www.bhm.ch/de/ausstellungen/wechselausstellungen/frauen-ins-bundeshaus/die-macht-der-maenner-ist-die-geduld-der-frauen/>.

Appenzell Innerrhoden erst 1991 aufgrund eines Entscheids des Bundesgerichts.¹⁸³

2. *Mitwirkung junger Menschen*

Bis vor dreissig Jahre waren junge Menschen bis zum 20. Altersjahr von der politischen Mitwirkung ausgeschlossen. Seit 1991 tritt die politische Volljährigkeit im Bund mit vollendetem 18. Altersjahr ein. Die Kantone waren auch hier Vorläufer und haben ab 1977 das Stimmrechtsalter von 20 auf 18 Jahre zu senken begonnen (der Kanton Schwyz tat dies bereits im Jahre 1898). Heute sind die 18-Jährigen in allen Kantonen stimmberechtigt. Als einziger Kanton hat Glarus entschieden, Schweizerinnen und Schweizern bereits ab dem 16. Altersjahr das Stimm- und Wahlrecht zu gewähren (Art. 156 KV GL). Im Kanton Jura sind in kommunale Kommissionen auch Personen wählbar, die erst das 16. Altersjahr vollendet haben (Art. 6 Abs. 2) – diese können damit ein politisches Amt ausüben, obwohl sie noch nicht über politische Rechte verfügen.

Im Februar 2021 hat sich die Staatspolitische Kommission des Ständerates knapp für die Ausarbeitung einer Verfassungsänderung zur Einführung des aktiven Stimm- und Wahlrechts für 16-Jährige ausgesprochen. Die Kommission des Nationalrats hatte sich schon zuvor für das Anliegen «Den jungen Menschen eine Stimme geben. Aktives Stimm- und Wahlrecht für 16-Jährige als erster Schritt ins aktive politische Leben» eingesetzt.¹⁸⁴ Selbst wenn die vorgeschlagene Verfassungsänderung von Volk und Ständen gutgeheissen wird, stellt sich die Frage, ob sich der Ausschluss von Kindern und Jugendlichen vom Stimmrecht weiterhin rechtfertigen lässt. Die Bundesverfassung verlangt, dass Kinder und Jugendliche ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit selbst ausüben (Art. 11 Abs. 2 BV) und sieht für die politischen Rechte keine Ausnahme vor. Fixe Altersgrenzen lassen, wie alle Anknüpfungen an ein verpöntes Merkmal, den Verdacht einer Diskriminierung entstehen. Zwar mögen Gründe der Praktikabilität für Altersgrenzen sprechen. Es ist jedoch nicht zu übersehen, dass diese nur gegenüber jungen Menschen geltend gemacht werden und Stimmrechtsbeschränkungen nach oben als verbotene Altersdiskriminierungen gelten – und zwar grundsätzlich, auch wenn sie erst im hohen Alter von 90 oder 95 Jahren einsetzen würden. Zu Recht gehen Verfassungsgeber und Gesetzgeber davon aus, dass alte Menschen, die sich nicht mehr für das öffentliche Geschehen interessieren oder ihre Urteilsfähigkeit verloren haben, ihren Stimmrechtsausweis einfach liegen lassen und keine rechtlichen Ausschlüsse erforderlich sind, die das Prinzip *one person, one vote* in Frage stellen. Mit dem gleichen Argument könnten auch die politischen Rechte von

183 BGE 116 Ia 359.

184 Befürwortend MAHON, S. 1506; vgl. auch BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 136 N 4; TSCHANNEN, BSK-BV, Art. 136 N 9.

Kindern und Jugendlichen anerkannt werden. Dabei ist unbestritten, dass es sich bei politischen Rechten um höchstpersönliche Rechte handelt, die eine Vertretung ausschliessen. So wenig es aber einen Grund gibt davon auszugehen, dass Angehörige oder Beistände die Stimmrechte älterer Menschen missbrauchen, so wenig sollte man davon ausgehen, dass Eltern dies tun.

3. Mitwirkung von Menschen mit Behinderungen

Die Bundesverfassung schliesst Menschen von den politischen Rechten in Bündessachen aus, die «wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche» entmündigt sind (Art. 136 Abs. 1 BV). Von einer Entmündigung ist auszugehen, wenn Personen wegen dauernder Urteilsunfähigkeit unter umfassender Beistandschaft stehen oder durch eine vorsorgebeauftragte Person vertreten werden (Art. 2 BPR). Diese Regelung steht im Widerspruch zur UN-Behindertenrechtskonvention, die für die Schweiz im Jahre 2014 in Kraft getreten ist. Danach garantieren die Vertragsstaaten Menschen mit Behinderungen die politischen Rechte sowie die Möglichkeit, diese gleichberechtigt mit anderen zu geniessen (Art. 29 UN-BRK). Im Jahre 2020 kam im Kanton Genf mit deutlicher Mehrheit eine Verfassungsrevision zustande, die auch Bürgerinnen und Bürgern mit geistiger oder psychischer Beeinträchtigung die Teilnahme an Abstimmungen und Wahlen ermöglicht. Damit erlangen im Kanton Genf erstmals auch jene ungefähr 1200 Personen in den Genuss der politischen Rechte, die unter umfassender Beistandschaft stehen.

4. Einführung des Ausländerstimmrechts

Der Anteil der Stimmberechtigten liegt gegenwärtig bei 61 Prozent der ständigen Wohnbevölkerung – oder bei 64 Prozent, wenn die registrierten Auslandschweizerinnen und -schweizer hinzugezählt werden, die allerdings gerade nicht zur Wohnbevölkerung der Schweiz gehören. «Damit bleiben viele Entscheidbetroffene ohne Teilhabebefugnis»¹⁸⁵. Diese Deckungslücke ist fast ausschliesslich dem fehlenden Ausländerstimmrecht geschuldet.¹⁸⁶ Tatsächlich nimmt die Zahl der Ausländerinnen und Ausländer, die von Entscheiden zwar betroffen sind, diese aber nicht mitgestalten, seit vielen Jahren zu. Im Jahre 2019 lebten in der Schweiz laut dem Bundesamt für Statistik 2 175 375 Ausländer.¹⁸⁷ Von ihnen erfüllten 54,8 Prozent die Bedingungen für eine Einbürgerung. Von dieser Möglichkeit machten allerdings nur die wenigsten Gebrauch.¹⁸⁸ Sollen diese Personen – mehr als 25 Prozent der Bevölkerung – weiterhin von der demokrati-

185 TSCHANNEN, Perspektiven, S. 515; vgl. auch MÜLLER, Entstehung und Entwicklung, S. 1178.

186 TSCHANNEN, Perspektiven, S. 515.

187 <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-79025.html>>.

188 KOPONEN, «Meine politische Meinung zählt in der Schweiz nichts – und daran bin ich selber schuld: Die Ausländer von heute sind die Frauen von damals», NZZ vom 22.01.2021, verfügbar

ischen Mitbestimmung ausgeschlossen werden, weil sie den bürokratischen oder finanziellen Aufwand der Einbürgerung scheuen oder politische oder emotionale Vorbehalte haben? «Vernachlässigen kann man diese Zahl» jedenfalls «nicht, dafür ist sie zu hoch.»¹⁸⁹

a. *«Die Ausländer sind die Frauen von heute»*

Linda Koponen hat vor kurzem in der NZZ behauptet, die Ausländer seien die Frauen von heute. Vor 50 Jahren hätten die Männer endlich das Frauenstimmrecht eingeführt, nun seien es die Ausländerinnen und Ausländer, die auf die demokratischen Rechte warteten. Für die Demokratie sei es doch ein Problem, wenn ein Viertel der Bevölkerung nicht stimmberechtigt sei. In manchen Gemeinden seien die Ausländerinnen und Ausländer bereits heute in der Überzahl.¹⁹⁰ Wenn man von den politischen Entscheiden nicht nur betroffen sei, sondern diese auch mitgestalten könne, entstehe Identifikation, machte Koponen geltend. Dann werde aus dem Ihr ein Wir. Deshalb bedeute Integration auch und vor allem Teilhabe – und also politische Rechte.¹⁹¹

Berühmterweise versteht sich die Schweiz als Willensnation. Ihre Bürgerinnen und Bürger sind durch ihre Geschichte und ihren Willen, ihr Schicksal gemeinsam zu gestalten, miteinander verbunden. Um die Schweiz zu einen, wurde die Kultur aber während des Ersten Weltkriegs zur neuen Staatsaufgabe. Aus dieser geistigen Landesverteidigung, die bis zum Ende des Kalten Kriegs bestimmend war, resultierte ein Staat mit vier National- und drei Amtssprachen, der eine Vierkulturennation bildete. Diese überlagerte die ursprüngliche Willensnation nicht nur, sondern verdrängte sie teilweise auch: Schweizerin oder Schweizer war nun nicht mehr, wer sich zur Schweizerischen Eidgenossenschaft und ihrer Geschichte bekannte und diese forschreiben wollte, sondern wer einer der vier schweizerischen Nationen angehörte. Die Schweiz hatte sich damit den sie umgebenden nationalstaatlichen Staatskonzeptionen angenähert. Auch sie setzte nun auf die Kultur, um die Einheit des Staats zu begründen und zu stärken, mit dem einzigen Unterschied, dass sie vier verschiedene Kulturen ihr eigen nannte.¹⁹² Dass sich das Selbstverständnis der Schweiz damit von der individualistischen Willensnation zur kollektiven Vierkulturennation verschoben hat, ist eine These, die sich in der Schweiz nicht durchsetzen konnte.

auf: <<https://www.nzz.ch/gesellschaft/die-auslaender-von-heute-sind-die-frauen-von-damals-ld.1597083?mktcid=smsh&mktcval=E-mail>>.

189 TSCHANNEN, Perspektiven, S. 516.

190 KOPONEN, «Meine politische Meinung zählt in der Schweiz nichts – und daran bin ich selber schuld: Die Ausländer von heute sind die Frauen von damals», NZZ vom 22.01.2021, verfügbar auf: <<https://www.nzz.ch/gesellschaft/die-auslaender-von-heute-sind-die-frauen-von-damals-ld.1597083?mktcid=smsh&mktcval=E-mail>>.

191 KOPONEN, «Meine politische Meinung zählt in der Schweiz nichts – und daran bin ich selber schuld: Die Ausländer von heute sind die Frauen von damals», NZZ vom 22.01.2021, verfügbar auf: <<https://www.nzz.ch/gesellschaft/die-auslaender-von-heute-sind-die-frauen-von-damals-ld.1597083?mktcid=smsh&mktcval=E-mail>>.

192 KLEY, Eigenheiten Verfassungsrecht, S. 96.

ben hatte, zeigte sich auch im Bereich des Einbürgerungsrecht. Galt noch bis ins 19. Jahrhundert, dass eingebürgert wurde und politisch mitbestimmen konnte, wer seit einigen Jahren im Kanton war und bleiben wollte, so wurde 1876 erstmals eine minimale Wohnsitzdauer von zwei Jahren verlangt, die 1920 auf sechs Jahre und 1952 auf zwölf Jahre verlängert wurde. Es sollten nunmehr nur noch Personen Schweizerinnen und Schweizer werden, «die im Sinne der geistigen Landesverteidigung kulturell schon Schweizer waren»¹⁹³. Die Einbürgerung von Personen, die kulturell nicht schon Teil einer der schweizerischen Kulturnationen waren, wurde damit immer schwieriger. Auch Personen, die schon lange in der Schweiz niedergelassen waren, konnten die Staatsbürgerschaft kaum noch erwerben, so dass der urdemokratische Grundsatz – *no taxation without representation* – immer mehr in den Schatten trat und in diesem Schatten das längst überholt geglaubte Konzept der Hintersässen wieder in Erscheinung trat.¹⁹⁴

Tatsächlich scheint die kulturelle Vielfalt der Schweiz einen Preis zu haben. Das schweizerische Selbstverständnis ist plural, aber nicht beliebig und auch nicht besonders beweglich. Um aus den zerstrittenen Völkern der Kantone ein Gemeinwesen zu bilden, das auch zusammenhält, wenn rundum Kriege tobten, waren Tendenzen der Introvertiertheit und der Abschottung unvermeidbar.¹⁹⁵ Heute lässt sich diese Abschottung nicht mehr rechtfertigen. Um sie zu überwinden, müssen nicht nur Hindernisse der Einbürgerung abgebaut werden, sondern niedergelassenen Ausländerinnen und Ausländern politische Mitwirkungsrechte gewährt werden – und zwar nicht nur auf kommunaler und kantonaler, sondern auch auf eidgenössischer Ebene.

b. Ausländerstimmrecht auf kantonaler und kommunaler Ebene

Im Grossen und Ganzen ist das Stimm- und Wahlrecht in den Kantonen gleich wie im Bund geregelt.¹⁹⁶ Verschiedene Kantone haben ihre Autonomie im Bereich der politischen Rechte aber bekanntlich dazu genutzt, um Ausländerinnen und Ausländern demokratische Mitwirkung zu ermöglichen.

Im Kanton Jura etwa verfügen ausländische Personen, die seit zehn Jahren in der Schweiz und seit einem Jahr im Kanton niedergelassen sind, über alle politischen Rechte des Kantons und der Gemeinden. Einzig wenn es um verfassungsrechtliche Fragen geht, sind sie von der Möglichkeit, das Gemeinwesen mitzugestalten, ausgeschlossen. Allerdings garantiert der Kanton Jura der ausländischen Bevölkerung neben den direkt-demokratischen Rechten, die nicht

193 KLEY, Eigenheiten Verfassungsrecht, S. 97.

194 Bei den Hintersässen handelte es sich um Personen, die schon seit langem Einwohner eines Kantons waren, aber nicht als Bürger galten und weniger Rechte besaßen als diese. Vgl. KLEY, Eigenheiten Verfassungsrecht, S. 97; sowie zum Ganzen auch AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, S. 119 ff.

195 RHINOW/SCHEFER/ÜBERSAX, N 2032.

196 JAAG, S. 123.

die Kantonsverfassung betreffen, nur das aktive, nicht das passive Stimmrecht. Ausländische Personen, welche über Stimm- und Wahlrechte verfügen, können aber in kantonale Kommissionen und zu kommunalen Beamten, in Stadt- und Generalräte und zu Präsidentinnen und Vizepräsidenten kommunaler Räte gewählt werden, allerdings nicht zu Gemeindepräsidenten.¹⁹⁷

Während der Kanton Jura das Ausländerstimmrecht im kantonalen Gesetz über die politischen Rechte regelt, erweitert der Kanton Neuenburg die politischen Rechte in der Kantonsverfassung. Das Stimmrecht in kantonalen Angelegenheiten steht danach den Auslandschweizerinnen und Auslandschweizern zu, die nach der Bundesgesetzgebung im Stimmregister einer Gemeinde des Kantons eingetragen sind sowie den Ausländerinnen und Ausländern und den Staatenlosen, die über eine Niederlassungsbewilligung nach der Bundesgesetzgebung verfügen und seit mindestens fünf Jahren im Kanton wohnen (Art. 37 Abs. 1 lit. b KV JU). Diese Stimmberichtigung gilt auch für die kommunale Ebene.¹⁹⁸ Die Stimmberichtigten wählen die Mitglieder des Grossen Rates und die Mitglieder des Staatsrates (Art. 38). Grundsätzlich sind jedoch nur stimmberichtigte Schweizerinnen und Schweizer in kantonale Behörden wählbar. Das Gesetz kann die Wählbarkeit «für die richterlichen Behörden» allerdings auf Ausländerinnen und Ausländer ausdehnen (Art. 47). Es stellt auch klar, dass Ausländerinnen und Ausländer in kommunale Behörden wählbar sind (Art. 31 Abs. 1 LDP). Auch an den Ständeratswahlen nimmt die gesamte Wählerschaft teil, jedoch sind nur stimmberichtigte Schweizerinnen und Schweizer wählbar (Art. 39 Abs. 1 und 2).

Im Kanton Waadt verfügen Ausländerinnen und Ausländer auf kommunaler Ebene über politische Rechte. Sie sind stimmberichtet und können das aktive und passive Wahlrecht ausüben, wenn sie seit mindestens zehn Jahren mit Bewilligung in der Schweiz leben und seit mindestens drei Jahren im Kanton wohnhaft sind (Art. 142 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 KV VD).

Auch im Kanton Freiburg/Fribourg sind Ausländerinnen und Ausländer in Gemeindeangelegenheiten stimm- und wahlberechtigt, wenn sie seit mindestens fünf Jahren im Kanton Wohnsitz haben (Art. 48 Abs. 1 lit. b KV FR).¹⁹⁹ Alle in kommunalen Angelegenheiten Stimmberichtigten können den Gemeindeorganen angehören (Art. 131 Abs. 1 KV FR). Das Gesetz kann niederlassungsberechtigten Ausländerinnen und Ausländern, die seit mindestens fünf Jahren im Kanton Wohnsitz haben, auch die Ausübung eines richterlichen Amtes erlauben (Art. 86 Abs. 2 KV FR).

Im Kanton Genf sind Ausländerinnen und Ausländer berechtigt, in kommunalen Angelegenheiten zu wählen, abzustimmen sowie Initiativen und Referen-

197 Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 6 Abs. 1, 4 und 5 Loi sur les droits politiques JU.

198 Art. 3 Loi sur les droits politiques (LDP JU).

199 Das Gesetz über die Ausübung der politischen Rechte präzisiert: C-Ausweis (Art. 2a Abs. 1 lit. b).

dumsbegehren zu unterzeichnen, wenn sie ihren rechtmässigen Wohnsitz seit mindestens acht Jahren in der Schweiz haben (Art. 48 Abs. 3 KV GE); über das passive Wahlrecht verfügen sie nicht.

Der Kanton Appenzell Ausserrhoden ermächtigt die Gemeinden, das Stimmrecht Ausländerinnen und Ausländern zu erteilen, die seit zehn Jahren in der Schweiz und davon seit fünf Jahren im Kanton wohnen und ein entsprechendes Begehr stellen (Art. 105 Abs. 2 KV AR). Vier von zwanzig Gemeinden haben von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.²⁰⁰

Nach der Verfassung des Kantons Graubünden können die Gemeinden Ausländerinnen und Ausländern das Stimmrecht sowie das aktive und passive Wahlrecht in Gemeindeangelegenheiten erteilen (Art. 9 Abs. 4 KV GR). 25 Gemeinden haben die Möglichkeit genutzt. Auch nach der Verfassung des Kantons Basel-Stadt ist es Einwohnergemeinden gestattet, das Stimm- und Wahlrecht in Gemeindeangelegenheiten auf weitere Einwohner und Einwohnerinnen auszudehnen (Art. 9 Abs. 2 KV BS), doch haben die Gemeinden Bettingen und Riehen bis anhin davon abgesehen.²⁰¹

c. Notwendigkeit eines allgemeinen Ausländerstimmrechts

Ständig in der Schweiz wohnhafte Ausländerinnen und Ausländer sind in den meisten Gemeinden und Kantonen der Schweiz und im Bund an Entscheide eines Gemeinwesens gebunden, dem sie tatsächlich angehören, von dem sie rechtlich aber ausgeschlossen sind. Sie unterstehen «demokratisch legitimierter Herrschaft», ohne an dieser «berechtigt zu sein».²⁰² Dabei stellt sich die Frage, ob die Herrschaft angesichts dieser Diskrepanz von Regierenden und Regierten überhaupt als demokratisch legitimiert anzusehen ist.

Die traditionellen Rechtfertigungen für den Ausschluss der Ausländerinnen und Ausländer haben grösstenteils ihre Bedeutung verloren. Dies gilt namentlich für die Idee der Wehrverfassung und der Kriegslogik, die davon ausgeht, dass nur Staatsbürger in der Pflicht stehen, dem Land in guten wie in schlechten Zeiten beizustehen und Land, Leute und Verfassung notfalls mit Waffengewalt zu verteidigen, während Ausländerinnen und Ausländer sich dagegen «ohne weiteres davonmachen» können²⁰³, wenn sie nicht sogar zum Feind gehören und das Land von innen angreifen. Mit dieser Begründung, die für die Schweiz wohl nie eine praktische Bedeutung hatte, liesse sich auch weiterhin am Ausschluss der Frauen vom Stimmrecht festhalten. Diese können sich zwar im Kriegsfall nicht aus dem Staub machen, was für viele Ausländerinnen und Aus-

200 <<https://www.ekm.admin.ch/ekm/de/home/staatsbuergerschaft-citoyennete/Citoy/buergerrechte/panorama.html>>.

201 Vgl. zum Ganzen BISAZ, S. 107 ff.

202 Vgl. REICH, Liberal Democracy, S. 283.

203 TSCHANNEN, Perspektiven, S. 516.

länder gerade im Krisenfall auch gelten wird, greifen aber auch nicht zu den Waffen.

Es gibt deshalb immer mehr Stimmen, die Ausländerinnen und Ausländern, die sich dauerhaft in der Schweiz niedergelassen haben und von der Politik des Landes nicht mehr und nicht weniger langfristig betroffen sind als Schweizerinnen und Schweizer, wenigstens auf Ebene der Kantone und Gemeinden Stimm- und Wahlrechte zukommen lassen wollen. «Im Bund hingegen dürfte ein Ausländerstimmrecht (selbst gekoppelt an eine mehrjährige Wartefrist) vorderhand Illusion bleiben; noch sperren sich die Emotionen.»²⁰⁴

Was die politische Machbarkeit angeht, so mag diese Einschätzung stimmen. Allerdings bedeutet sie auch, die Demokratie den Emotionen jener unterzuordnen, die bereits zum *demos* gehören. Die Mehrheit der Stimmberchtigten kann danach nach Belieben an der Inkongruenz zwischen Herrschenden und Beherrschten festhalten. Dies gilt auch für die kantonale und kommunale Ebene, wo sich das Ausländerstimmrecht zwar vielleicht leichter einführen lässt, wo es aber in Abstimmungskämpfen, an denen sich die Betroffenen gerade nicht beteiligen können, dennoch oft scheitert.²⁰⁵ Wer der «Logik der Demokratie» folgt, muss das Ausländerstimmrecht in allen Kantonen und Gemeinden und auch auf Bundesebene befürworten. Auch auf eidgenössischer Ebene werden Entscheide gefällt, die Ausländerinnen und Ausländer wie Schweizerinnen und Schweizer betreffen – oder sogar noch mehr, wenn es etwa um das Ausländerrecht geht.²⁰⁶

Es versteht sich von selbst, dass eine Demokratie – und eine halbdirekte Demokratie wie die schweizerische ganz besonders – auf Zugehörigkeitsgefühle und auf Stabilität setzen muss. Obwohl auch Ausländerinnen und Ausländer, die sich nur vorübergehend in der Schweiz aufhalten, schweizerischen Gesetzen unterworfen sind und meist auch Steuern bezahlen, ist es legitim, die politischen Rechte auf jene Personen zu beschränken, die ihr Schicksal langfristig mit dem Gemeinwesen verbinden und *de facto* zur Schicksalsgemeinschaft Schweiz gehören. Wartefristen sind deshalb nicht nur zulässig, sondern sinnvoll. Zwischen Ausländerinnen und Ausländern und Staatsangehörigen bestehen wesentliche Unterschiede, wenn es um die Ausübung der politischen Rechte geht. Kantone können vorsehen, dass Schweizerinnen und Schweizer, die neu in den Kanton ziehen, das Stimmrecht in kantonalen und kommunalen Angelegenheiten erst nach einer Wartefrist ausüben dürfen. Diese Wartefrist darf allerdings höchstens drei Monate dauern (Art. 39 Abs. 4 BV) und soll lediglich verhindern, dass es vor Wahlen und Abstimmungen zu taktischen Be-

204 TSCHANNEN, Perspektiven, S. 516.

205 Vgl. dazu etwa CHENEVAL, S. 361: «Das Unterwerfungsprinzip leistet eine Begründung von Partizipation und Verhinderung von Diktatur innerhalb bestehender Hoheitsgrenzen oder eine Begründung der Inklusion von allen permanent Niedergelassenen im Demos.»

206 So etwa auch RÜEGGER, S. 83 ff. sowie CARONI, S. 317 ff.

völkerungsbewegungen kommt.²⁰⁷ Geht es um die Wartefristen für Ausländerinnen und Ausländer können die kantonalen Regelungen – wie oft – als Inspirationsquelle gelten.²⁰⁸ Kein Kanton sieht eine längere Wartefrist als zehn Jahre vor, an dieser könnte sich der Bund orientieren. Auch bei der Ausgestaltung des Ausländerstimmrechts könnte sich der Bund an kantonalen Regelungen orientieren und beispielsweise nur das aktive und nicht auch das passive Wahlrecht gewähren oder – wie der Kanton Jura – Verfassungsfragen von der Mitwirkung ausnehmen.

Es steht ausser Frage, dass das Völkerrecht den Ausschluss von Ausländerinnen und Ausländern von den politischen Rechten zulässt. Es sind alle Staatsbürgerinnen und Staatsbürger, die nach Art. 25 UN-Pakt II das Recht und auch die Möglichkeit haben müssen, ohne Diskriminierung und ohne unangemessene Einschränkung an der Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten unmittelbar oder durch frei gewählte Vertreterinnen und Vertreter teilzunehmen, bei Wahlen zu wählen und gewählt zu werden und gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern zu haben. Dass der Ausschluss von Ausländerinnen und Ausländern von der Mitwirkung in öffentlichen Angelegenheiten nicht im Widerspruch zum geltenden Völkerrecht steht, bedeutet jedoch nicht, dass er auch sinnvoll ist oder verfassungsrechtlich geboten wäre. Nach der Präambel der Bundesverfassung geben sich «das Schweizervolk und die Kantone» die Verfassung. Während sich die Verfassung verschiedentlich auf das Volk bezieht, ist vom Schweizer Volk nur in der Präambel und im ersten Artikel der Verfassung die Rede. Wer zum Schweizer Volk – und wer zum Volk – gehört und wer nicht, ist dabei nicht abschliessend geklärt. Ein Volk im Sinne einer ethnischen, sprachlichen oder kulturellen Nation existiert in der Schweiz bekanntlich nicht und ist für den Erfolg eines demokratischen Rechtsstaats auch nicht erforderlich. Vielmehr sind es in der Schweiz die gemeinsame Geschichte und das gemeinsame «verfassungsrechtliche Dach»²⁰⁹ mit seinen Institutionen, rechtsstaatlichen Garantien und demokratischen Mitwirkungsrechten und seinem föderalen Aufbau, die die Bewohnerinnen und Bewohner des Landes – beziehungsweise jene mit einem Schweizer Pass – miteinander verbinden. Das Schweizer Volk ist keine Nation, sondern – wenn schon – eine Willens- oder Verfassungsnation.²¹⁰ Ein klares Verständnis des Begriffs lässt sich der Bundesverfassung allerdings nicht entnehmen, weder der Präambel, wonach sich Schweizervolk und Kantone die Verfassung geben, noch Art. 1 BV, wonach das Schweizer Volk und die Kantone die Schweizerische Eidgenossenschaft bilden.²¹¹ Die Präambel wird oft so verstanden, dass sie sich nur auf die stimm-

207 BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 39 N 11.

208 Vgl. dazu CHATTTON, S. 1240 ff.

209 BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 1 N 11.

210 BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 1 N 11; HAFNER/SCHWEIZER, SGK-BV, Art. 1 N 6.

211 Vgl. AUBERT/MAHON, Art. 1 N 15.

berechtigten Schweizerinnen und Schweizer bezieht (also auf weniger als 70% der ständigen Wohnbevölkerung) oder gar nur jene Stimmberechtigen erfasst, die der geltenden Verfassung zugestimmt haben.²¹² Bildeten tatsächlich jene Personen das Schweizervolk, die im Jahre 1999 die nachgeführte dritte Bundesverfassung gutgeheissen haben, so handelte es sich um ungefähr 17% der Bevölkerung.²¹³ Genaugenommen müsste man aber bei dieser Vorgehensweise das Schweizervolk, das sich die Verfassung gegeben hat, bei jeder Norm einzeln bestimmen, denn dem direkten Gegenentwurf zur Velo-Initiative haben andere Stimmberechtigte zugestimmt als jenem zur Verhüllungsverbot-Initiative. Ein so enges Verständnis des Schweizervolks ist weder praktikabel – wenn die Präambel denn überhaupt eine praktische Funktion erfüllt – noch sinnvoll. Es scheint vielmehr auf der Hand zu liegen, dass zum Schweizer Volk, das sich die Verfassung gegeben hat, auch jene Personen gehören, welche die Nachführung der Bundesverfassung – oder irgendeine ihrer Revisionen – abgelehnt haben und überstimmt worden sind, die ihr Stimmrecht nicht genutzt haben oder die ihr Stimmrecht zu diesem Zeitpunkt noch nicht erworben hatten, weil sie zu diesem Zeitpunkt noch nicht volljährig oder noch nicht eingebürgert waren. Während die Präambel sich aber tatsächlich auf den Verfassungsgeber bezieht und damit an politische Rechte anknüpft, so gehören zum Schweizervolk, das die Schweizerische Eidgenossenschaft «bildet» und die Schweiz zu dem macht, was sie ist, zweifellos auch nicht-stimmberechtigte Schweizerinnen und Schweizer, Kindern und Jugendlichen und Personen, denen die politischen Rechte entzogen worden sind, sowie die in der Schweiz niedergelassenen Ausländerinnen und Ausländer.²¹⁴

Trotz einer Tradition als Verfassungsnation kann die Zugehörigkeit zum Schweizer Volk weder von Verbundenheit mit historischen und politischen Traditionen noch von einem Bekenntnis zu den Werten der Bundesverfassung abhängen. Gefühle der Verbundenheit sind – wie die meisten Gefühle – nicht für die Ewigkeit geschaffen und gewährleisten weder Klarheit noch Stabilität. Mancher Auslandschweizerin und manchem Auslandschweizer mag das historische, kulturelle und ideelle Zusammengehörigkeitsgefühl und die Verbundenheit mit den Traditionen und Gepflogenheiten des Landes abhandengekommen sein, was auch für einige Inlandschweizerinnen und -schweizer gelten mag. Umgekehrt fühlen sich viele Ausländerinnen und Ausländer der Schweiz zutiefst verbunden, weil sie hier Sicherheit, Arbeit und Perspektiven gefunden haben oder einfach weil sie schon so lange hier leben, dass sie ihr Ursprungsland kaum noch kennen oder weil trotz ihrer Verbundenheit zu dem oder den Ursprungsländern ein Zugehörigkeitsgefühl zur Schweiz entstanden ist. Auch ein Bekenntnis zu den Werten der Bundesverfassung stellt keinen zuverlässigen

212 Vgl. die Hinweise bei AUBERT/MAHON, Art. 1 N 9.

213 BELSER, BSK-BV, Präambel, N 26 und Einleitung, N 22.

214 BELSER, BSK-BV, Einleitung N 15 und Präambel N 26.

Massstab dar. Dies gilt nicht nur, weil viele Ausländerinnen und Ausländer in der Schweiz sowie im nahen und fernen Ausland sich zu den Werten der Bundesverfassung bekennen und umgekehrt nicht wenige Schweizerinnen und Schweizer ein angespanntes Verhältnis zu diesen haben. Angesichts der zunehmenden Widersprüche innerhalb der Verfassung wird es für alle immer schwieriger, ein unkompliziertes Verhältnis zum höchsten Gesetz zu haben.

Aus staatspolitischer Sicht kann es als sinnvoll erscheinen, das Volk klar zu definieren, aber weder für die Belange der Präambel, noch für Art. 1 BV, noch für alle anderen Verfassungsbestimmungen, die sich auf das Volk beziehen, ist Klarheit und Eindeutigkeit erforderlich. Wer zum Volk gehört und wer nicht, kann sich wandeln und muss für jeden Regelungsbereich einzeln ermittelt und immer wieder neu ausgehandelt und entschieden werden.²¹⁵ Wo es um die demokratische Mitwirkung geht, ist zweifellos ein weiteres Verständnis geboten.

III. Verbesserung der demokratischen Mitwirkung

Ist die Kongruenz von Herrschenden und Beherrschten hergestellt, so gilt es sicherzustellen, dass alle Stimmbürgerinnen und Stimmbürger sich angemessen an der demokratischen Willensbildung und Entscheidfindung beteiligen können. Die möglichst grosse Chancengleichheit der Bürgerinnen und Bürger ist auch im politischen Bereich ein verbindliches Staatsziel (Art. 2 Abs. 3 BV) und stellt die möglicherweise wichtigste Komponente der Gleichheitsidee dar. Die Chancengleichheit ist aber als Ziel zu offen und unbestimmt, um aus ihr justiziable Rechte abzuleiten. Die unabhängige Justiz kann deshalb Personen und Gruppen nicht zu Hilfe kommen, wenn die Mehrheit davon absieht, für ihre Chancengleichheit zu «sorgen». Sie kann auch dann nicht eingreifen, wenn politische Organe die Chancen einer Personengruppen schlechterdings nicht beachten oder als unbedeutend erachten und nicht nur davon absehen, sie zu fördern, sondern sogar einer stetigen und einschneidenden Verschlechterung der Chancen tatenlos zusehen.

Gerade weil dies so ist, ist die Chancengleichheit im politischen Bereich zentral. Ihre Verwirklichung stellt sicher, dass alle nicht nur eine gleiche, sondern auch eine faire Chance haben, an den Entscheiden mitzuwirken, die das Gemeinwesen betreffen. Dass diesem Verwirklichungsauftrag wesensgemäß Schranken gesetzt sind, und auch der Staat nicht alles kann²¹⁶ – und auch gar nicht alles versuchen soll – bedeutet nicht, dass er sich nicht um die Verwirk-

215 Vgl. auch MAHON, S. 1506: «*D'un point de vue de démocratie politique, on ne peut plus justifier aujourd'hui qu'une partie importante de la population, régulièrement domiciliée sur un territoire et soumise aux lois en vigueur sur ce territoire, contribuant activement, par son activité et ses impôts, au progrès social et économique de la collectivité étatique, soit privée de tous droits politiques. [...] Il y a là à notre sens une incohérence, qui révèle d'une conception personneliste de l'Etat national datant du 19^e siècle, et qui ne saurait plus ce justifier aujourd'hui.*»

216 BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 35 N 13.

lichung der politischen Rechte zu sorgen und sinnvolle Massnahmen zu ergreifen hat, damit alle auch tatsächlich von diesen Gebrauch machen können. Ein demokratischer Diskurs zeichnet sich gegenüber einer blossem Diskussion dadurch aus, dass alle Beteiligten gleiche Rechte und Chancen haben, «Themen aufzuwerfen und Lösungsvorschläge einzubringen»²¹⁷; auf einen solchen Diskurs muss der Staat hinarbeiten.

Wegen der Doppelnatür der politischen Rechte ist dies nicht nur aus rechtsstaatlicher, sondern auch aus demokratischer Sicht geboten. Es kann einer demokratischen Gesellschaft nicht gleichgültig sein, ob alle Bürgerinnen und Bürger die gleichen Mitwirkungsrechte geniessen oder ob dies nicht der Fall ist. Die meisten Funktionen kann die Demokratie nur erfüllen, wenn die Bedingung gleicher Mitwirkung gegeben ist. Demokratische Entscheide geniessen deshalb besondere Legitimität, weil sie weniger fehleranfällig sind als Entscheide, die von Einzelnen oder Institutionen gefällt werden. Weil sie den Grundsatz der Gleichheit aller Menschen am besten gewährleisten, stellen sie das faireste Mittel dar, um in einer heterogenen Gesellschaft Entscheide hervorzubringen und Herrschaft auszuüben. Dies gilt aber nur, wenn die Gleichheit aller Menschen nicht nur rechtlich gegeben, sondern auch tatsächlich verwirklicht und gleichen Mitwirkungsmöglichkeiten sichergestellt werden. Nur unter diesen Umständen kann von der Legitimität des Verfahrens (oder der *prozeduralen Gerechtigkeit*) auch auf die Legitimität des Ergebnisses (oder die *substantielle Gerechtigkeit*) geschlossen und davon ausgegangen werden, dass Entscheide nicht nur vom Volk ausgehen, sondern auch im Interesse des Volks liegen und seinem Wohle dienen.²¹⁸ Auch die Lernfähigkeit einer Demokratie ist nur gewährleistet, wenn die Interessen, Nöte und Prioritäten aller Personengruppen zum Ausdruck kommen und ihre Anliegen angemessen mit anderen abgewogen werden können. Auch auf die Akzeptanz ihrer Entscheide kann eine Demokratie auf die Dauer nur dann hoffen, wenn alle Personen und Personengruppen eine faire Chance hatten, diese zu beeinflussen – und die gleichen Möglichkeiten haben, diese im Rahmen demokratischer Prozesse auch wieder in Frage zu stellen. Gelingt es einer Demokratie nicht, allen Bürgerinnen und Bürgern den gleichen Zugang zur Macht zu sichern und glaubwürdig zu vermitteln, dass die Macht im Staat nicht bestimmten Personengruppen vorenthalten ist, sondern allen offensteht, versäumt sie auch die Chance, Gemeinsamkeit und Zugehörigkeit zu stiften.²¹⁹

Wer also sind die Personen und Personengruppen, die nur unzureichend in den politischen Entscheidungsprozess eingebunden sind, weil sie vereinzelte

217 MÜLLER, Die demokratische Verfassung, S. 42.

218 Vgl. MAHLMANN, S. 222; MOECKLI, S. 504 ff. m.w.H. sowie MÜLLER, Die demokratische Verfassung, S. 43: «Jedes Machtgefälle im politischen, sozialen, medialen und ökonomischen Bereich beeinträchtigt die Wahrscheinlichkeit, gerechte und legitime Lösungen in der politischen Auseinandersetzung zu finden.»

219 BELSER/WALDMANN/WIEDERKEHR, Kap. 5 N 29 f.

und isolierte Minderheiten bilden oder aus anderen Gründen benachteiligt sind? Um welche Menschen muss sich der Staat sorgen und welche kann er sich selbst überlassen? Für grosse Gruppen und gut organisierte kleinere stellt die Mitwirkung in der Regel kein Problem dar. In der Schweiz kann als Massstab gelten, ob eine Gruppe in der Lage ist, ein Referendum zu ergreifen oder ernsthaft mit diesem Schritt zu drohen. In diesem Fall kann sie davon ausgehen, dass ihre politischen Wünsche und Bedenken wahrgenommen werden. Etwas anderes gilt für Personengruppen, «die gleichsam im ‹blindenden Fleck des Referendums› zu liegen kommen, weil sie im politischen Entscheidungsprozess kaum zureichend durchsetzungsfähig sind»²²⁰. Dies gilt namentlich für Personen, «die nicht-traditionellen, geografisch wenig konzentrierten Minderheiten angehören».²²¹ Neben den traditionellen Minderheiten, die nicht oder nicht mehr geografisch konzentriert leben, und den neuen Minderheiten sind aber auch noch andere Personengruppen zu beachten. Dabei stellt sich – wie immer, wenn es um Gleichheit geht – die Frage, welche Merkmale von Personengruppen zu beachten sind und welche die Rechtsordnung ausser Acht lassen kann.

Bei der Anwendung der allgemeinen Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) sind die staatlichen Behörden relativ frei, Unterschiede als erheblich zu betrachten oder es nicht zu tun. Es geht dabei vor allem um Unterschiede, die Menschen selbst bestimmen und um Verhaltensweisen, die Menschen selbst zu verantworten haben. Dass Personen, die straffällig geworden sind, weniger Einfluss auf die Gestaltung der Rechtsordnung haben, weil sie sich schlecht organisieren können, eine sehr heterogene Personengruppe bilden und an gesellschaftlichem Ansehen eingebüsst haben, ist für die Demokratie im Grossen und Ganzen wohl verkraftbar. Straffällige Personen gehen ihrer politischen Rechte zwar nicht verlustig – das hat der schweizerische Gesetzgeber im Jahre 1971 durch eine Revision des Zivilgesetzbuches anerkannt und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einem – in Grossbritannien kontrovers aufgenommenen – Urteil entschieden²²². Dass sie aber wohl weniger Einfluss auf das Ergebnis demokratischer Prozesse haben, ist hinzunehmen. Ihrem Schutz dienen die Grundrechte, die auch dann vor unverhältnismässigen Eingriffen schützen, wenn die Mehrheit solche vorsehen möchte. Nicht hinzunehmen dagegen ist, dass die Rechte und Freiheiten straffälliger Personen durch den Verfassungsgeber und unter Umständen auch durch den Gesetzgeber eingeschränkt werden, ohne dass unabhängige Gerichte die Zulässigkeit dieser Einschränkung überprüfen könnte – wie dies in der Schweiz teilweise der Fall ist.

220 REICH, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, S. 349.

221 REICH, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, S. 349.

222 Urteil des EGMR, Rs. 74025/01 (Hirst v United Kingdom) vom 6. Oktober 2005; Urteile des EGMR, 60041/08 und 60054/08 (Greens and M.T. v United Kingdom) vom 23. November 2010.

Anders sieht es aber aus, wenn nicht die allgemeine Rechtsgleichheit, sondern das Diskriminierungsverbot betroffen ist (Art. 8 Abs. 2 BV). In diesem Fall ist das staatliche Ermessen erheblich eingeschränkt. Wegleitend für die Ausgestaltung der Demokratie ist damit das Diskriminierungsverbot, das zu verwirklichen die Aufgabe aller staatlicher Behörden ist. Namentlich darf die religiöse, weltanschauliche oder politische Gesinnung, das Geschlecht, das Alter, die Behinderung und die nationale Herkunft oder die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit nicht zu Nachteilen bei der tatsächlichen Wahrnehmung der politischen Rechte führen.

1. Verstärkung der Repräsentativität

Im jungen Bundesstaat erfolgten die kantonalen Parlamentswahlen bis Ende 19. Jahrhundert nach dem Mehrheitsprinzip. Die Mehrheitsparteien legten die Wahlkreise so fest oder änderten sie so ab, dass ihre Partei in den meisten oder in allen Wahlkreisen die Mehrheit erzielte («*gerrymandering*»). Gegen Ende des 19. Jahrhunderts wurde die Frage des Wahlsystems – und ein Systemwechsel zur Proporzwahl – deshalb an vielen Orten zum wichtigsten staatspolitischen Thema.²²³ Auch die Bundesverfassungen von 1848 und 1874 waren dem Prinzip der Majorzwahl verpflichtet. Die Festlegung der eidgenössischen Wahlkreise, in welchen die Nationalratswahlen erfolgen sollten, stellten deshalb eine «Machfrage ersten Ranges»²²⁴ dar. Die Wahlkreise, die der Bundesrat zunächst vorgeschlagen hatte, vermochte Alfred Escher, der «Zar von Zürich», als Vorsitzender einer Nationalratskommission zugunsten des Freisinns abzuändern. Das Nationalratsgesetz von 1859 sah deshalb im Ergebnis ein «äusserst fragwürdiges Wahlrecht» vor.²²⁵ Konservative und später Sozialdemokraten forderten deshalb mit zunehmendem Nachdruck den Wechsel zum Proporzwahlsystem. Die zwei Gutachten, die der Bund in dieser Angelegenheit einholte, illustrieren deutlich, auf wie vielfältige Weise Demokratie verstanden werden kann. Während François Wille die Verhältniswahl klar befürwortete und als demokatisch pries, lehnte Carl Hilty sie entschieden ab. Hilty, der den Befürwortern des Proporz einen Rückfall in ständisches Gruppendenken vorwarf, machte geltend, dass das Parlament gerade «nicht ein blosses Abbild der Wählerschaft sein» solle und dass keinesfalls alle Parteien – ganz besonders nicht die «unerwünschten» – im Parlament vertreten sein sollten.²²⁶

Die Überwindung der «freisinnigen Hegemonialdemokratie»²²⁷ gelang – wie später die Einführung des Frauenstimmrechts – nicht im ersten Anlauf. In den Jahren 1900 und 1910 scheiterten zwei Volksinitiativen, mit welchen

223 SCHMID, S. 309 f.

224 SCHMID, S. 310.

225 KÖLZ, S. 493; SCHMID, S. 309 f.

226 HILTY, S. 22 und 26; SCHMID, S. 309 f.

227 GRUNER, S. 441.

die Katholisch-Konservativen und die Sozialdemokraten den Wechsel zur Verhältniswahl gefordert hatten. Ein weiteres Volksbegehren wurde 1913 eingereicht, jedoch – und auch dies erinnert an die Einführung des Frauenstimmrechts – während Jahren verschleppt.²²⁸ Erst unmittelbar vor Ausbruch des Landesgeneralstreiks wurde das Vorhaben schliesslich mit grosser Mehrheit gutgeheissen (fast 70% der Stimmenden, 17 Kantone und 5 Halbkantone). Bei den darauf folgenden Neuwahlen des Nationalrats verloren die Freisinnigen ihre absolute Mehrheit, während die Sozialdemokraten ihre Sitzzahl nahezu verdoppeln konnten.²²⁹ Ab dieser Zeit erreichte nie mehr eine Partei die absolute Mehrheit im Nationalrat, alle sollten sich fortan stets in einer Minderheitenstellung befinden²³⁰ und auf die Suche nach Kompromissen angewiesen sein.

2. Verbesserung der Mitwirkung der Frauen

Es lässt sich kaum behaupten, dass die Frauen zu den vereinzelten oder isolierten Minderheiten gehören, die der besonderen Aufmerksamkeit der Demokratie und des Rechtsstaats bedürfen. Frauen bilden keine Minderheit im Sinne des Minderheitenschutzes, weil sie sich weder kulturell, noch sprachlich oder religiös von den Männern unterscheiden und weil sie auch zahlenmässig den Männern nicht unterlegen sind. Zweifellos haben sie aber seit es Rechtsordnungen gibt unter rechtlichen Nachteilen gelitten und wurden – und werden – im gesellschaftlichen Bereich benachteiligt. Diese Geschichte der Geschlechterungleichheit zu überwinden, ist der Anspruch der schweizerischen Bundesverfassung und der UN-Frauenrechtskonvention. Die Nichtbeachtung der Geschichte und das Ausblenden von rechtlichen und gesellschaftlichen Gegebenheiten, bedeutet nichts anderes als «die Fort- und Festschreibung der Gruppen- und damit gleichzeitig der Individualdiskriminierung»²³¹.

Seit dem Jahre 1981 sind Frauen und Männer nicht nur gleichberechtigt. Vielmehr hat der Gesetzgeber für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung zu sorgen (Art. 8 Abs. 3 BV). Im Jahre 1995 hat der Bundesgesetzgeber gestützt auf diesen verbindlichen Gesetzgebungsauftrag das Gleichstellungsgesetz erlassen, das aber nur die Arbeitsverhältnisse nach Obligationenrecht sowie die öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse von Bund, Kantonen und Gemeinden betrifft (Art. 1 GIG) und die Frage der Gleichstellung im Bereich der politischen Rechte nicht berührt.

Bei der Nachführung der Bundesverfassung hatte der Bundesrat in seiner Botschaft darauf hingewiesen, dass viele Vorschläge zur Ergänzung der Gleichstellungartikel eingegangen seien. Dazu habe auch die Forderung gehört, die

228 SCHMID, S. 312.

229 SCHMID, S. 312 f.

230 KÖLZ, S. 730 f.

231 FREIVOEGEL, Kommentar GIG, Art. 3 N 163.

Frauen sollten in den eidgenössischen Behörden gleich stark vertreten sein wie die Männer, nötigenfalls durch Quoten. Ein solche Bestimmung würde jedoch über eine Nachführung hinausgehen, machte der Bundesrat geltend.²³² Er verwies auch auf die Volksinitiative «Für eine gerechte Vertretung der Frauen in den Bundesbehörden», die eine symmetrische Pflicht zur Gleichstellung vorsah. Nach dem Vorschlag dürfen Behörden des Bundes, der Kantone und der Gemeinden, die fünf oder mehr Mitglieder umfassen, «nicht zu mehr als sechzig Prozent aus Angehörigen des gleichen Geschlechts» zusammengesetzt sein. Die Initiative wurde jedoch im Jahre 2000 in der Volksabstimmung abgelehnt.

Der Bund und verschiedene Kantone haben aber dennoch Massnahmen ergriffen, um die Mitwirkung der Frauen in öffentlichen Angelegenheiten zu verbessern.²³³ So verpflichtet etwa die Verfassung des Kantons Waadt die politischen Parteien dazu, auf die Umsetzung des Grundsatzes der ausgewogenen Vertretung von Frauen und Männern zu achten (Art. 86 Abs. 3 KV VD). Sie sieht auch vor, dass der Staat in seinem Handeln darauf zu achten hat, dass «Frauen und Männer in den Behörden ausgewogen vertreten sind» (Art. 6 Abs. 2 lit. e KV VD). Im Kanton Freiburg/Fribourg fördert der Staat «eine ausgewogene Vertretung von Frauen und Männern in den Behörden» (Art. 50 Abs. 1 KV FR). Ausserdem achten Staat und Gemeinden auch «beim Zugang zu öffentlichen Ämtern» auf die Gleichberechtigung von Frauen und Männern (Art. 9 Abs. 2 KV FR). Die Verfassung des Kantons Genf verpflichtet den Staat dazu, eine ausgewogene Vertretung von Frauen und Männern in den Behörden zu fördern und Massnahmen zu treffen, damit die gewählten Personen ihr Privat-, Familien- und Berufsleben mit ihrem Mandat vereinbaren können (Art. 50 KV GE). Schliesslich sind auch im Kanton Appenzell Ausserrhoden Kanton und Gemeinden dazu verpflichtet, darauf hinzuwirken, dass öffentliche Aufgaben gemeinsam von Frauen und Männern wahrgenommen werden (Art. 6 Abs. 4 KV AR). Auf Bundesebene sind das Bundespersonalgesetz vor, dass Arbeitgeber geeignete Massnahmen für die Chancengleichheit von Frau und Mann und zu deren Gleichstellung treffen (Art. 4 Abs. 2 lit. d BPG).

Der UN-Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frauen ist jedoch der Ansicht, dass die bisherigen Massnahmen von Bund und Kantonen nicht genügen, um die tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern im politischen Bereich herzustellen. Er hat der Schweiz deshalb verschiedentlich empfohlen, *«to adopt strict legislative and mandatory political quotas in order to accelerate the process of de facto gender equality»*²³⁴. Obwohl die Gleichstellungsbeauftragte den Ausschuss darauf aufmerksam gemacht hat, dass die

232 Botschaft neue BV, S. 143.

233 Vgl. zu den erfolglosen Quoteninitiativen BGE 123 I 152 und BGE 125 I 21.

234 Committee on the Elimination of Discrimination against Women, reviews of the reports of Switzerland, 2016, verfügbar auf: <<https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20818&LangID=1>>.

Schaffung politischer Quoten im gegenwärtigen politischen Kontext der Schweiz nicht möglich sei und das Land andere Strategien der Gleichstellung verfolge, hielt dieser an seiner Empfehlung fest.

Schon in seinen Reaktionen auf den ersten und zweiten Bericht hatte der Ausschuss Massnahmen zur Förderung der politischen Gleichstellung empfohlen und bedauert, dass die Schweiz keine Quoten vorsehe und Vorschläge zu ihrer Einführung sowohl auf Bundesebenen wie auch in einzelnen Kantonen abgelehnt würden. Der Ausschuss zeigte sich auch besorgt darüber, «dass Frauen – obwohl sie 54 % der Wählerschaft ausmachen – in den politischen Entscheidpositionen, die durch Wahl oder Ernennung besetzt werden, deutlich untervertreten» seien. Trotz einiger Fortschritte gelte dies auch für die Vertretung der Frauen in der Verwaltung, an Gerichten und im diplomatischen Dienst sowie auf internationaler Ebene. Der Ausschuss zeigte sich auch erstaunt darüber, dass Quoten für eine ausgeglichene Vertretung der Geschlechter im politischen Leben in der Schweiz regelmässig abgelehnt werden, «während Regional-, Sprach- und andere Quoten breite Akzeptanz geniessen würden». Er ermunterte die Schweiz deshalb, «nachhaltige Massnahmen zur Erhöhung der Frauenvertretung in gewählten und ernannten Gremien zu ergreifen, einschliesslich vorübergehender Sondermassnahmen». Seit den Gesamterneuerungswahlen von 2019 erscheinen solche Sondermassen im politischen Bereich jedoch nicht mehr geboten. Viel dringlicher erscheinen Massnahmen in anderen, namentlich im wirtschaftlichen und sozialen Bereich.²³⁵

3. Verbesserung der Mitwirkung von Minderheiten und anderen Gruppen

Bund und Kantone haben verschiedene Massnahmen ergriffen, um die tatsächliche Mitwirkung von Minderjährigen und anderen Personengruppen an politischen Entscheidungsprozessen zu verbessern. Die Verfassung des Kantons Freiburg/Fribourg verpflichtet Staat und Gemeinden beispielsweise dazu, die soziale und politische Integration der Jugendlichen zu fördern (Art. 61 KV FR). Der Kanton Waadt sieht vor, dass Staat und Gemeinden Kinder und Jugendliche auf ihre staatsbürgerlichen Aufgaben vorbereiten, indem sie für Staatskundeunterricht sorgen und «Erfahrungen mit der Beteiligung in verschiedenen Formen fördern». Er setzt zu diesem Zweck eine Jugendkommission ein. Darüber hinaus hat er ein «Gremium für Zukunftsfragen» geschaffen, das er – um für die Zukunft vorzusorgen – bezieht (Art. 72 KV VD).

Besondere Massnahmen sind auch zu Gunsten von Menschen mit Behinderungen ergriffen worden. Zu diesen verpflichtet auch die UN-Behindertenrechtskonvention (Art. 29 UN-BRK). Die Rechte von Menschen mit Behinde-

235 Vgl. SCHÜRPF, Die Pandemie wirft die Gleichberechtigung der Frauen um Jahrzehnte zurück, NZZ vom 31. März 2021, verfügbar auf: <https://www.nzz.ch/wirtschaft/die-pandemie-wirft-die-gleichberechtigung-der-frauen-um-jahrzehnte-zurueck-ld.1609483>.

rungen haben denn auch nicht nur Eingang in das Völkerrecht, die Bundesverfassung und die Bundesgesetzgebung gefunden²³⁶, sondern auch in zahlreiche Kantonsverfassungen sowie kantonale Gesetze.²³⁷ So verpflichtet etwa die Verfassung des Kantons Waadt Staat und Gemeinden dazu, die spezifischen Bedürfnisse behinderter Personen und ihrer Familien zu berücksichtigen und Massnahmen zu ergreifen, um ihre Selbständigkeit, die soziale, schulische und berufliche Integration, die Beteiligung am gesellschaftlichen Leben sowie die Entfaltung im Familienumfeld zu gewährleisten (Art. 61 Abs. 1 und 2 KV VD).

Andere Gruppen, namentlich kulturelle Minderheiten, haben dagegen im politischen Bereich noch nicht die Aufmerksamkeit der Verfassungs- und Gesetzgeber gefunden. Sie können sich zwar – wie andere Gruppen und Verbände – an Vernehmlassungsverfahren beteiligen. Im Übrigen praktizieren Bund, Kantone und Gemeinden aber nur vereinzelte und wenig koordinierte Mechanismen, um Anhörungen durchzuführen und Dialoge zu pflegen.²³⁸ Es ist jedoch fraglich, ob diese Massnahmen genügen, um allen Menschen die gleichen Möglichkeiten zu sichern, Einfluss auf politische Entscheide zu nehmen. Um Kindern und Jugendlichen, älteren Menschen, Menschen mit Behinderungen, und vor allem auch nationalen, kulturellen, religiösen und sprachlichen Minderheiten eine angemessene Mitwirkung zu sichern, sind *neue institutionelle Vorkehren* erforderlich. Die bestehenden Institutionen zielen in erster Linie darauf, die Vielfalt abzubilden, die sich aus der kantonalen Gliederung der Schweiz ergibt. Will die Schweiz ihrem Zweck gerecht werden, Vielfalt in einem umfassenden Sinn nicht nur anzuerkennen, sondern wertzuschätzen und zu fördern, sollte sie deshalb eine Überprüfung und Ergänzung ihrer Strukturen und Institutionen vornehmen.

4. *Einführung eines Dreikammerparlaments*

Im Unterschied zu Mehrheitsdemokratien zeichnen sich Konsensdemokratien durch Machtteilung aus: «Die wichtigsten gesellschaftlichen Gruppen werden an der politischen Entscheidfindung und an der Ausübung der Regierungsgewalt beteiligt.»²³⁹ Konsensdemokratien legen Wert auf den Schutz von Min-

236 Vgl. auch Art. 7 Abs. 1 SpG (Verständlichkeit): «Die Bundesbehörden bemühen sich um eine sachgerechte, klare und bürgerfreundliche Sprache und achten auf geschlechtergerechte Formulierungen.»

237 Vgl. etwa Art. 24 Abs. 1 (*Vote des électeurs âgés, malades ou handicapés*) Loi sur les droits politiques (LDP JU): «*S'ils en font la demande au bureau électoral, les électrices et électeurs âgés, malades ou handicapés, peuvent exercer leur droit de vote à leur lieu de résidence, pour autant que celui-ci se trouve dans leur commune politique, jusqu'au dimanche matin à 11 heures.*» sowie Freiburg/Fribourg: Art. 19 Abs. 1 (Stimmabgabe daheim): «Personen, die an den für die Ausübung des Stimmrechts notwendigen Handlungen verhindert sind, können in Anwesenheit einer Delegation des Wahlbüros daheim stimmen.»

238 Vgl. etwa GLASER, S. 470 ff. sowie LADNER, 439 ff.

239 KÜNZLI, S. 319.

derheiten und die Ausgewogenheit der Entscheide; es ist nicht die Mehrheit, die aus den Wahlen hervorgegangen ist, welche die Geschicke alleine und ungehindert bestimmt, vielmehr werden wichtige Entscheide und Rollen zwischen verschiedenen Gruppen ausgehandelt. So wie es keine klaren Gewinner gibt, gibt es auch keine – oder möglichst wenige – klaren Verlierer. Konsensdemokratien gelten denn auch als freundlicher und sanfter als Mehrheitsdemokratien. Sie sehen sich seltener mit gewalttätigen politischen Auseinandersetzungen konfrontiert und weisen weniger ausgeprägte soziale Ungleichheiten auf.²⁴⁰ Vor allem aber gelingt es ihnen besser, einen Ausgleich zwischen Mehrheiten und überstimmten, aber deswegen nicht bedeutungslosen Minderheiten zu finden. Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte verlangt deshalb von seinen Mitgliedstaaten die Abkehr vom Konzept der Mehrheitsdemokratie. Eine Demokratie, so hält er fest, «ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion de la majorité», sondern verlangt zwingend nach einem «équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante»²⁴¹.

Während die Schweiz lange Zeit als Paradebeispiel oder Extremtyp der Konsensdemokratie galt, scheint sie sich seit einiger Zeit allerdings auf den Normalfall zuzubewegen.²⁴² Dies hat damit zu tun, dass die Instrumente der Konsensdemokratie immer öfter durch direktdemokratische Entscheide auf Verfassungsebene überspielt werden. Die Initiative, die ursprünglich vor allem Minderheiten dazu diente, ihre Prioritäten auf die politische Agenda zu setzen, wird damit immer mehr zu einem Instrument der (reinen) Mehrheit. Konsense kommen immer noch dadurch zustande, dass Referenden angedroht oder ergriffen werden, was aber nur jenen Minderheiten nützt, die nicht «im blinden Fleck des Referendums» liegen. Schliesslich werden auf Bundesebene Kompromisse auch dadurch erzielt, dass Entscheide des Parlaments nur zustande kommen, wenn beide Kammern zustimmen. Der symmetrische Bikameralismus stellt aber nur sicher, dass die Vielfalt, auf die es in der Mitte des 19. Jahrhunderts ankam, angemessen abgebildet wurde und politische Entscheide prägen konnte. Die nicht-territoriale Vielfalt bleibt aussen vor.

Um eine Konsensdemokratie zu sein und zu bleiben und um die neue oder neu wahrgenommene Vielfalt des Landes wertzuschätzen, sollte deshalb die Schaffung einer Dritten Kammer ins Auge gefasst werden, die eine Vielfalt abbildet, die jene der Kantone ergänzt. Viele Personengruppen, die in der Schweiz leben, sind in den politischen Behörden der Schweiz nicht oder nicht angemessen vertreten. Soweit diese Personengruppen durch ein sensibles Merkmal, Identität, Lebensform, Sprache oder Religion miteinander verbunden sind,

240 LIJPHART, S. 274; KÜNZLI, S. 321 f.

241 Urteil des EGMR, Rs. 7601/76, § 63 (Young, James and Webster v UK) vom 13. August 1981; zum Ganzen auch HERTIG, S. 1277 ff.

242 VATTER, S. 1 ff.; siehe auch KELLER, S. 937 ff.; KÜNZLI, S. 322 sowie MOECKLI, S. 490 ff.

kann deren tatsächliche Benachteiligung bei der Gestaltung des Gemeinwesens diesem nicht gleichgültig sein. In der Schweiz leben beispielsweise ungefähr 80 000 bis 100 000 Roma, also etwa so viele Personen, wie insgesamt in den Kantonen Obwalden, Uri und Appenzell Innerrhoden wohnhaft sind. Während aber diese kleinen Kantone im Nationalrat mit einem Abgeordneten vertreten sind und im Ständerat mit einem oder zweien, fehlt den Roma eine institutionalisierte Mitwirkungsmöglichkeit. Ähnliches gilt für Jenische, Manouches, Sinti. Es ist kein Zufall, dass das Komitee zur Überwachung der Umsetzung des Rahmenübereinkommens zum Schutz nationaler Minderheiten immer wieder bemängelt hat, dass die Schweiz – weder auf Ebene des Bundes, noch der Kantone und Gemeinden – angemessene Mitwirkungsmöglichkeiten gewährleistet. Bei der Verbesserung der demokratischen Mitwirkung geht es nämlich nicht nur darum, Personengruppen anzuhören, wenn sie von einem Entscheid besonders betroffen sind oder ihre Beteiligung an Vernehmlassungsverfahren vorzusehen. Ziel ist vielmehr die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung aller im Rahmen der politischen Rechte. An dieser haben auch andere kulturelle, religiöse und sprachliche Gruppen ein Interesse, die zwar nicht als nationale Minderheiten anerkannt sind, aber – namentlich weil sie verstreut in der Schweiz leben – trotz bedeutender Gesamtzahl oder trotz bedeutendem Beitrag zur Vielfalt untervertreten sind.²⁴³ Es ist auch davon auszugehen, dass die gegenwärtigen Mitwirkungsmöglichkeiten von Menschen mit Behinderungen den Anforderungen der UN-Behindertenrechtskonvention nicht genügen.²⁴⁴

Die Besetzung der Dritten Kammer müsste gut überlegt sein. Möglicherweise könnten dabei auch Losverfahren eine wichtige Rolle spielen, die ohnehin wichtig wären, um die Repräsentativität der Parlamente zu verbessern. Es haben nicht nur jene Personen massgebliche Beiträge zur Gestaltung des Gemeinwesens beizutragen, die politisch organisiert und bereit sind, sich einem zunehmend anspruchsvollen und kostspieligen Wahlkampf auszusetzen. Es ist deshalb kein Zufall, dass immer mehr Staaten, Regionen und Gemeinden mit neuen Formen der Mitwirkung experimentieren und damit gute Erfahrungen machen.²⁴⁵ Auch die Aufgaben und Zuständigkeiten der Dritten Kammer müssten sorgfältig geklärt werden. Ein symmetrischer Trikameralismus wäre dabei

243 Vgl. auch die Idee, für die Romanen einen eigenen Staat, bzw. einen 27. Kanton zu gründen: BURRI, Ein neuer Kanton für die Schweiz, NZZ vom 6. August 2014, verfügbar auf: <<https://www.nzz.ch/meinung/debatte/der-romanenstaat-1.18357166>>; Er ist ein personales Konstrukt, der erste Kanton auf rein personaler, nicht territorialer Basis. Er besteht aus allen Rätoromanen der Schweiz und geniesst die gleiche Souveränität wie die anderen Kantone. [...] Der Preis, der diesem Unterfangen winkt, ist der Kanton mit all seiner Macht: Ständeratssitz, Teil des Ständeratssitzes, Souveränität mit der gesamten internen Organisationsautonomie und die vollen Kompetenzen eines Kantons mit Hoheit über seine Subjekte. Vgl. auch BURRI, S. 125 ff. sowie AUER, «Absurde Idee «Romanenstaat», NZZ vom 8. August 2014, verfügbar auf: <<https://www.nzz.ch/meinung/debatte/absurde-idee-romanenstaat-1.18358828>>.

244 Vgl. PREVITALI/MONTAVON, S. 1474 ff. sowie FREI, S. 14 f.

245 Vgl. zum Ganzen VAN REYBROUCK.

kaum die beste Option, die Entscheidfindung würde zu langwierig und das Differenzbereinigungsverfahren zu kompliziert. Der Dritten Kammer könnte aber eine Beratungsfunktion zukommen oder die Möglichkeit, mit ihrem (aufschiebenden) Veto eine Vorlage an die anderen Kammern zurückzuweisen.

Auch auf kantonaler Ebene sind Erweiterungen der Repräsentation in Erwägung zu ziehen. Erstaunlicherweise leitet die herrschende Lehre aus dem Demokratieerfordernis ab, dass es den Kantonen verwehrt ist, sich föderalistisch zu organisieren. Föderalistische Strukturen würden, so wird geltend gemacht, der Gleichheit widersprechen. Mit dieser Argumentation wird den Kantonen auch das Recht abgesprochen, ein Zweikammerparlament vorzusehen. Es ist indes nicht einzusehen, weshalb der Bikameralismus – wie er in allen Bundesstaaten, inklusive der Schweiz, vorgesehen ist – nicht auch auf kantonaler Ebene als angemessener Kompromiss zwischen Demokratie- und Föderalismusprinzip angesehen werden könnte, der in der Einheit auch die Vielfalt pflegt und der Mehrheitsdemokratie Schranken setzt, um Kompromisse zu erzwingen. Wo sachliche Gründe vorliegen, namentlich wo es um den Schutz sprachlicher und anderer Minderheiten geht oder um die bessere Beteiligung anderer Gruppen, kann ein Zweikammerparlament durchaus als hinreichend «demokratisch» gelten, um die Mindestanforderung von Art. 51 Abs. 1 BV zu erfüllen. Das Gleiche lässt sich für Quoten sagen, welche die politische Vertretung von Gruppen sicherstellen, die sonst ohne Stimme blieben.²⁴⁶ Die Stimmrechtsgleichheit ist zweifellos ein hoher Wert. Dennoch vermag es nicht zu befriedigen, dass Bundesgericht und Bundesversammlung sehr weitgehend in die Organisationsautonomie eingreifen, um zu verhindern, dass die Kantone ihre Wahlkreise so gestalten, dass diese die Mitwirkung von Regionen garantieren, die eine sprachliche oder kulturelle Eigenständigkeit aufweisen.²⁴⁷ Art. 51 Abs. 1 BV schliesst nicht aus, dass Kantone Quoten einführen oder aufrechterhalten oder eine zweite Parlamentskammer schaffen, die sicherstellt, dass Minderheiten angemessen an der Gesetzgebung beteiligt werden – im Gegenteil. Quoten und andere Massnahmen müssen auch zulässig sein, um vergangenen oder aktuellen Benachteiligungen, wie sie etwa Frauen und Menschen mit Behinderungen betreffen, entgegenzuwirken und die Repräsentativität des Parlaments zu erhöhen. Anhand dieser Überlegungen müssten in beschränktem Mass auch Losverfahren und Ernennungen zulässig sein, wenn sie darauf zielen, die demokratische Legitimation der Gesetzgebung zu erhöhen und Personen zu Parlamentsmitgliedern zu machen, die aufgrund ihrer Gruppenzugehörigkeit, namentlich aufgrund sensibler Merkmale, nur geringe Chancen haben, als Kandidatinnen oder

246 BELSER/MASSÜGER, BSK-BV, Art. 51 N 33; vgl. auch KIENER, Grundrechtsschranken, S. 1303 f., die festhält, dass Quoten einer formellgesetzlichen Grundlage bedürfen und einer strengen Verhältnismässigkeitskontrolle unterstehen.

247 Vgl. dazu BGE 140 I 107 sowie MAHON, S. 1509 ff. und 1515 ff.; BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 34 N 11.

Kandidaten aufgestellt zu werden und einen Wahlkampf erfolgreich zu bestehen. Dies gilt namentlich für nationale Minderheiten, etwa Personen mit nomadisierender Lebensform, aber auch für andere Personen, die sich aufgrund sensibler Merkmale, mit Vorurteilen konfrontiert sehen.²⁴⁸ Auch auf ihre Stimmen ist die Schweiz angewiesen, wenn sie Vielfalt wertschätzen und die Stärke des Volks am Wohl der Schwachen messen will.

E. Schlussbemerkung

Gleichheit, Föderalismus und Demokratie stellen die fundamentalen Prinzipien unseres Verfassungsstaats dar. Sie begründen, prägen und begleiten den schweizerischen Bundesstaat seit seiner Gründung, haben sich aber im Verlaufe der Zeit wesentlich verändert. Die Prinzipien von 1848 haben nur noch wenig mit dem zu tun, was wir heute unter ihnen verstehen.²⁴⁹ Die Gleichheit, die Freiheit und die Demokratie galten damals im Wesentlichen nur für wohlhabende und gesunde christliche Männer, und die Kantone waren die dominanten Akteure, die unter einem losen Dach der Bundesinstitutionen eher punktuell als systematisch miteinander kooperierten, damit die freien und gleichen Männer der kleinen Kantone nicht von jenen der grossen überstimmt wurden.

Der Inhalt und die Tragweite der Strukturprinzipien der Schweiz haben sich im Verlaufe der Geschichte des schweizerischen Bundesstaats so fundamental gewandelt, dass die Begriffe selbst – und das unerschütterte Bekenntnis der Schweizerinnen und Schweizer bekennen sich stets ohne Zögern zur den Werten Gleichheit, Föderalismus und Demokratie, meinen damit aber – je nach Zeit – etwas fundamental Unterschiedliches.²⁵⁰

Heute geht es bei der Gleichheit nicht mehr darum, Bund und Kantonen zu verbieten, Schweizer Männer je nach ihrer Konfession oder kantonalen Herkunft unterschiedlich zu behandeln. Das Ziel der Gleichheit besteht vielmehr darin, allen Menschen unterschiedslos ein Recht auf Gleichheit zu garantieren, das ihre Benachteiligung ausschliesst und bei Bedarf durch besondere Massnahmen überwindet. Gleichheit steht im Dienste der Chancengleichheit aller und erfordert eine aktive Gleichstellungspolitik.

Föderalismus und kantonale Autonomie sind zwar weiterhin Garanten der regionalen Vielfalt der Schweiz. Sie stehen – als Teil einer gesamteidgenössischen Gewaltenteilung und Zusammenarbeit – für die Einschränkung der Mehrheitsdemokratie. Die Unterschiede zwischen den Kantonen, namentlich

248 BELSER/MASSÜGER, BSK-BV, Art. 51 N 24 und 31 m.w.H.; vgl. zum Ganzen auch MARKO/CONSTANTIN, S. 340 ff.

249 KLEY, Eigenheiten Verfassungsrecht, S. 93.

250 Vgl. für die Demokratie BRÜHLMEIER/VATTER, S. 374.

zwischen kleinen, ländlichen und eher konservativen und den grossen, industrialisierten und eher liberalen Kantonen, die zur Gründung des Bundesstaats geführt haben, sind auch heute noch bedeutsam. Die Vielfalt, die in der Einheit zu schützen ist, meint aber nicht mehr nur jene der Kantone und ihrer Bevölkerungen. Sie bezieht sich auf alle Personengruppen, die sich durch Merkmale, die Minderheiten kennzeichnen und von anderen unterscheiden, namentlich Ethnie, Sprache, Religion oder Kultur, aber in keinem Kanton und meist auch in keiner Gemeinde eine Mehrheit bilden. Auch diese Gruppen, die für die Vielfalt der Schweiz immer wichtiger werden, haben Anspruch auf Achtung, Schutz und Förderung.

Gleichermassen gilt die Demokratie weiterhin als Wesensmerkmal der Schweiz. Auch sie hat sich aber fundamental gewandelt, um dem Anspruch besser zu genügen, dass Herrschende und Beherrschte übereinstimmen. Ihr Ziel besteht nicht nur darin, Stimmberichtigen die freie Willensbildung und die unverfälschte Stimmgabe zu ermöglichen. Vielmehr bedürfen auch demokratische Prozesse der ständigen Anpassungen und Verbesserungen, um dem ganzen Volk freie und faire Mitwirkungschancen zu eröffnen.

Ziel dieses Beitrags war es einerseits, diesen fundamentalen Wandel aufzuzeigen, anderseits aber auch geltend zu machen, dass die Anpassungen an neue Einsichten und Bedürfnisse nicht zu einem Ende gekommen, sondern fortzusetzen sind. Der Anspruch, allen Menschen Gleichheit, gleiche Freiheit und gleiche Mitwirkung zu garantieren, die zur Schweiz gehören und diese in ihrer Vielfalt und Einzigartigkeit ausmachen, erfordert ein Überdenken, Überprüfen, Verbessern und Erweitern des Umgangs mit Vielfalt in der Einheit. Dabei ist ein weiteres Strukturprinzip der Schweizerischen Eidgenossenschaft massgebend, die Solidarität, auf welches die Bundesverfassung wortgewaltig in der Präambel verweist, indem sie festhält, dass sich die Stärke des Volks am Wohl der Schwachen bemisst.

Im Folgenden sollen deshalb einige alte und neue Vorschläge zur Diskussion gestellt werden, deren Verwirklichung es der Schweiz erlauben würde, ihren Strukturprinzipien besser gerecht zu werden.

Der *erste* Vorschlag betrifft die *Erweiterung der materiellen Ungültigkeitsgründe* bei eidgenössischen Volksinitiativen. Dass Volksinitiativen auf Teilrevision der Bundesverfassung nach geltendem Recht – oder vielmehr nach der Praxis der Bundesversammlung – gegenwärtig nur für ungültig erklärt werden, wenn sie völkerrechtliches *ius cogens* verletzen, verträgt sich nicht mit den Werten eines Gemeinwesens, das sich zur Gleichheit, zum Föderalismus und zur Demokratie bekennt. Volksinitiativen, die die Gleichheit verletzen und Personen aufgrund bestimmter Merkmale ausschliessen oder herabwürdigen oder deren Rechte und Freiheiten übermässig beschränken, werden auch dann nicht rechtmässig, wenn sie von der Mehrheit des Volks und der Mehrheit der Kantone gutgeheissen werden. Einzelne und Angehörige von vereinzelten oder isolierten Minderheiten sind darauf angewiesen, dass sie vor Einschränkungen ih-

rer Rechte, Freiheiten und Mitwirkungsmöglichkeiten wirksam geschützt werden. Eine Sündenbockverfassungsgebung, die auf Vorurteilen und Stereotypen gegen Menschen und Gruppen von Menschen beruht, sollte nicht zu den Revisionsmöglichkeiten gehören, die die Verfassung zulässt. Auch der Föderalismus und die Vielfalt und Gewaltenteilung, für die er steht, ist auf zusätzliche Schranken der Verfassungsrevision angewiesen. Nach geltendem Recht wären Volksinitiativen zulässig, die die Autonomie der Kantone oder deren Mitwirkungsrechte nicht nur neugestalten oder anpassen, sondern aushöhlen würden. Es müssten Volksinitiativen für gültig erklärt werden, die eine territoriale Neugliederung der Schweiz ohne Vetorechte der betroffenen Kantone vorsehen würde, oder Landessprachen abschaffen würden. Auch die Demokratie stellt keine Schranke der Verfassungsrevision dar, so dass unliebsamen Gruppen die politischen Rechte oder die Staatsbürgerschaft entzogen werden könnte, ohne dass sich die Mehrheit für ihre Entscheide rechtfertigen müsste.

Die Schweiz muss sich deshalb erneut Gedanken über die Schranken der Verfassungsrevision machen, über den richtigen Zeitpunkt des Entscheids über die Zulässigkeit einer Volksinitiative und über die Zuständigkeiten. Dabei sprechen die besseren Gründe dafür, den Entscheid über die Zulässigkeit eines Mehrheitsentscheids nicht einer politischen, sondern einer gerichtlichen Behörde anzuvertrauen. Die allererste erfolgreiche Volksinitiative der Schweiz, das antisemitisch motivierte Schächtverbot, aber auch neue, islamophob motivierte Initiativen, machen deutlich, dass die Demokratie allein weder Gleichheit noch Freiheit wirksam vor unverhältnismässigen Eingriffen zu schützen vermag. Das Gleiche gilt für Volksinitiativen, die zwar das völkerrechtliche *ius cogens* beachten, aber andere Bestimmungen des Völkerrechts verletzen, namentlich die EMRK und die unkündbaren UN-Pakte, und die – wenn gültig und im Referendum angenommen – zu Widersprüchen innerhalb der Bundesverfassung führen und sich nicht umsetzen lassen, ohne fundamentale Bestimmungen des Völkerrechts zu verletzen. Viel spricht deshalb dafür, die PKK-Praxis, die das Bundesgericht für die Überprüfung von Bundesgesetzen entwickelt hat, auch auf die Gültigkeit von Volksinitiativen anzuwenden sowie jenen Volksinitiativen die Gültigkeit abzusprechen, die unantastbare Kerngehalte der Bundesverfassung verletzen oder deren unverhältnismässige Einschränkung vorsehen.

Der *zweite* Vorschlag betrifft die *Gewährleistung kantonaler Verfassungsrevisionen*. Diese dürfen nicht in einziger und letzter Instanz von der Bundesversammlung gewährleistet werden. Es bestehen sonst in diesem Bereich Rechtsschutzlücken. Vielmehr muss es am Bundesgericht sein, kantonale Verfassungsnormen im Rahmen der abstrakten und konkreten Normenkontrolle zu überprüfen – wie es das Bundesgerichtsgesetz eigentlich vorsieht (Art. 82 lit. b BGG).

Der *dritte* Vorschlag betrifft die – immer wieder geforderte und immer wieder abgewiesene – Einführung der *Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen*.

desgesetzen. Es widerspricht der Idee des Föderalismus, dass Kantone zwar an die in der Bundesverfassung vorgesehene Gewaltenteilung und an das übergeordnete Recht gebunden sind, der Bundesgesetzgeber sich aber folgenlos über diese hinwegsetzen kann. Zu den Merkmalen eines Bundesstaats gehört ein neutrales Schiedsgericht, das Streitigkeiten zwischen föderalen Akteuren autoritativ beilegt. In den Anfängen des schweizerischen Bundesstaats mag es sinnvoll gewesen sein, auf ein allmähliches Zusammenwachsen der Schweiz zu hoffen und dem Bundesgericht nicht zu erlauben, ein Bundesgesetz nicht anzuwenden, nachdem dieses sowohl vom Nationalrat, als auch von den im Ständerat versammelten «Abgeordneten der Kantone» gutgeheissen worden war. Heute aber – nach über 170 Jahren offener und «schleichender» Zentralisierung – erscheint eine Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen, die die Autonomie der Kantone oder ihre Mitwirkungsrechte verletzen, geboten.²⁵¹ Dies gilt auch deshalb, weil sich kleinere Kantone und solche, die im besonderen Mass für die regionale, sprachliche und kulturelle Vielfalt der Schweiz stehen, etwa der Kanton Tessin, die französischsprachigen oder die zwei- und mehrsprachigen Kantone, im demokratischen Prozess nicht unbedingt durchsetzen können. Andere multinationale Bundes- und Regionalstaaten sehen zum Schutz ihrer kleineren Nationen oft Vetorechte vor. Die autonome Provinz Bozen-Südtirol beispielsweise verhandelt ihre Autonomie bilateral mit dem Gesamtstaat in Rom – mit der Folge, dass Änderungen der Zustimmung beider Akteure bedürfen und Südtirol seiner Rechte nicht gegen seinen Willen verlustig gehen kann. Einen vergleichbaren – und damit eigentlichen konföderalen Schutz – sehen die spanische Verfassung für die Autonome Gemeinschaft Baskenland vor, Grossbritannien für Schottland, Finnland für die schwedisch-sprechenden Bewohnerinnen und Bewohner der Aland Inseln und Belgien für seine Sprachgemeinschaften. Fehlt es an solchen Zustimmungserfordernissen, die Regionen oder Gruppen Vetorechte verschaffen, ist ein wirksamer Rechtsschutz unerlässlich. Unter diesen Umständen muss ein Kanton vom Bundesgericht die Überprüfung der Verfassungsmässigkeit eines Bundesgesetzes verlangen können. Wie die Kantone sind auch Einzelne und Minderheiten auf eine Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen angewiesen. Auch dem Bundesgesetzgeber muss es verwehrt sein, Kerngehalte der Grundrechte zu verletzen oder unverhältnismässige Einschränkungen der Rechte und Freiheiten Einzelner vorzusehen. Darauf sind alle Personen angewiesen, die im Gesetzgebungsprozess nicht haben teilnehmen können oder sich in diesem nicht durchgesetzt haben.

Der vierte Vorschlag betrifft die *Schaffung eines allgemeinen Diskriminierungsgesetzes*. Dieses soll die bestehenden Spezialgesetze und die Institutionen, die zu deren Umsetzung berufen sind, nicht ersetzen, sondern ergänzen. Die geltende Rechtslage weist gravierende Lücken auf, die sich nicht rechtferti-

251 Vgl. dazu etwa WALDMANN, Subsidiarität.

gen lassen und die die Schweiz daran hindern, das verfassungsrechtliche Versprechen eines wirksamen Schutzes vor Diskriminierung einzulösen und ihre völkerrechtlichen Pflichten zu erfüllen.

Der *fünfte* Vorschlag zielt auf *Einführung des Ausländerstimmrechts*. Vor 50 Jahren gelang es der Schweiz endlich, das Frauenstimmrecht einzuführen. Nun gilt es, die schweizerische Demokratie auch für Ausländerinnen und Ausländer zu öffnen, die schon so lange hier sind, dass sie Bestandteil des Schweizer Volks bilden. Es verträgt sich weder mit dem Prinzip der Gleichheit noch mit jenem der Demokratie, mehr als einen Viertel der ständigen Wohnbevölkerung der Schweiz von der demokratischen Mitwirkung auszuschliessen. Die Demokratie erfordert vielmehr, eine möglichst weitgehende Übereinstimmung von Herrschenden und Beherrschten herzustellen. Um sich diesem Ziel anzunähern haben denn auch Länder wie Chile, Dänemark, Grossbritannien, Irland, Malawi, Neuseeland, die Niederlande, Norwegen, Schweden und Uruguay die politischen Rechte mehr oder weniger weitgehend für Ausländerinnen und Ausländer geöffnet.

Der *sechste* und letzte Vorschlag betrifft die *Schaffung einer Dritten Parlamentskammer*. Die Verwirklichung des Staatszwecks der Schweiz – Förderung der Vielfalt – besteht nicht mehr nur darin, die Autonomie der Kantone und ihre Mitwirkungsrechte zu garantieren, sondern erfordert vielmehr ein umfassendes Konzept zum Umgang mit Vielfalt, das auch jenen Personen und Personengruppen zu Gute kommt, die am ursprünglichen *foedus* nicht beteiligt waren. Die Zusammensetzung der Parlamente ist deshalb zu überprüfen und die Einführung einer zusätzlichen Parlamentskammer zu erwägen. Vielfalt muss nicht nur geduldet werden, sondern eine Stimme haben, die zählt! Und weil die Vielfalt selbst so vielfältig ist, muss auch diese Stimme mehrstimmig erklingen.

Zusammenfassung

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der herausforderungsreichen Aufgabe, gleichzeitig Rechtsgleichheit zu garantieren und Vielfalt zu fördern. Er untersucht den Anspruch auf Gleichheit in einer Gesellschaft, in der Benachteiligungen, Marginalisierungen und Herabsetzungen Einzerner verstärkt wahrgenommen werden und immer mehr Gruppen Gleichstellung fordern. Die Autorin kommt zum Schluss, dass die Schweiz ihren Umgang mit Gleichheit und Vielfalt neu bedenken und ihre Strukturen und Institutionen weiterentwickeln sollte. Der Föderalismus steht zwar für die Vielfalt, schützt aber in erster Linie jene Gruppen, die in einem Kanton eine Mehrheit bilden. Die Rechtsstaatlichkeit garantiert den Einzelnen zwar Rechte und Freiheiten, weist aber beim Rechtsschutz empfindliche Lücken auf. Schliesslich beruht die Demokratie auf

dem Willen der Mehrheit der Stimmberchtigen und stellt daher nur unzureichend sicher, dass staatliche Entscheide vom ganzen Volk ausgehen und für das ganze Volk gefällt werden. Am Schluss des Beitrags werden deshalb einige alte und neue Ideen diskutiert, wie die Schweiz ihren Umgang mit Vielfalt in der Gleichheit verbessern könnte. Dazu gehören die Erweiterung der Ungültigkeitsgründe bei Volksinitiativen, die Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen, die Schaffung eines allgemeinen Diskriminierungsgesetzes, die Einführung des Ausländerstimmrechts sowie die Schaffung einer Dritten Parlamentskammer.

Résumé

Cette contribution aborde la tâche complexe qui consiste à garantir l'égalité en droit et à promouvoir la diversité en même temps. Elle examine la revendication de l'égalité dans une société dans laquelle les désavantages, marginalisations et rétrogradations des individus sont plus fortement perçues et dans laquelle de plus en plus de groupes demandent l'égalité de fait. L'auteure conclut que la Suisse doit repenser son approche de l'égalité et de la diversité et développer ces structures et institutions. Le fédéralisme garantit certes la diversité mais protège principalement les groupes qui forment la majorité dans un canton. L'État de droit cautionne les droits et les libertés des individus, mais la protection juridique présente de graves lacunes. Enfin, la démocratie est fondée sur la volonté de la majorité des personnes ayant le droit de vote et n'assure donc pas suffisamment que les décisions de l'État émanent du peuple tout entier et sont prises pour lui. L'article se termine par l'examen de quelques idées anciennes et nouvelles sur la manière dont la Suisse pourrait améliorer son approche de la diversité dans le contexte de l'égalité. Il s'agit notamment de l'élargissement des motifs d'invalidité des initiatives populaires, de la juridiction constitutionnelle des lois fédérales, de la création d'une loi générale sur la discrimination, de l'introduction du droit de vote pour les étrangères et étrangers et de la création d'une troisième chambre du parlement.

Abstract

This article addresses the challenging task of guaranteeing equality while simultaneously promoting diversity. It examines the claim to equality in a society in which disadvantages, marginalisations, and degradations of individuals are more strongly perceived and an increasing number of groups is demanding substantive equality. The author concludes that Switzerland needs to rethink its ap-

proach to equality and diversity and further develop its structures and institutions. Federalism stands for diversity but primarily protects those groups forming a majority in a canton. The rule of law guarantees rights and freedoms to individuals, yet presents sensitive loopholes when it comes to its effective implementation. Finally, democracy is based on the will of the majority of those entitled to vote and hence does not sufficiently ensure that state decisions emanate from and serve the entire people. The paper ends by discussing some old and new ideas on how Switzerland could improve its engagement with diversity within the framework of equality. These include expanding the grounds for invalidity in popular initiatives, constitutional jurisdiction over federal laws, the creation of a general discrimination law, the introduction of the right to vote for foreigners, and the creation of a third chamber of parliament.

Literatur

- AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zürich/Basel/Genf 2003.
- AUER ANDREAS, *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, Basel/Frankfurt am Main 1983.
- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse*, Bd. I, 3. Aufl., Bern 2013.
- BELSER EVA MARIA, *Accommodating National Minorities in Federal Switzerland – Old Concepts meet New Realities*, in: Alain Gagnon/Michael Burgess (Hrsg.), *Revisiting Unity and Diversity in Federal Countries, Changing Concepts, Reform Proposals and New Institutional Realities*, Leiden/Boston 2018, 79 ff. (zit. *Accommodating National Minorities*).
- BELSER EVA MARIA, *Die Religionsfreiheit und das Verbot der Geschlechterdiskriminierung, Vom Umgang des Staats mit Religionsgemeinschaften, die Frauen von Ämtern ausschliessen, und anderen Grundrechtskollisionen*, in: René Pahud de Mortanges (Hrsg.), *Staat und Religion in der Schweiz des 21. Jahrhunderts, Beiträge zum Jubiläum des Instituts für Religionsrecht*, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 398 ff. (zit. *Religionsfreiheit*).
- BELSER EVA MARIA, *Föderalismuskonzeption der Bundesverfassung*, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), *Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 667 ff. (zit. *Föderalismuskonzeption*).
- BELSER EVA MARIA, *Föderalismus und Minderheitenschutz*, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), *Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 771 ff. (zit. *Föderalismus und Minderheitenschutz*).
- BELSER EVA MARIA, *Kommentar zu Einleitung BV*, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Bundesverfassung*, Basel 2015.
- BELSER EVA MARIA, *Kommentar zu Präambel BV*, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Bundesverfassung*, Basel 2015.
- BELSER EVA MARIA, *The Swiss Ständerat: a Model of Perfect Bicameralism*, in: *Perspectives on Federalism*, Vol. 10, issue 2, 2018 (zit. *Swiss Ständerat*).
- BELSER EVA MARIA, *The White Man's Burden, Arbeit und Menschenrechte in der globalisierten Welt*, Habil. Freiburg, Bern 2007 (zit. *The White Man's Burden*).

BELSER EVA MARIA/MASSÜGER NINA, Kommentar zu Art. 51 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Bundesverfassung*, Basel 2015.

BELSER EVA MARIA/MINDER LILIANE, Kurzgutachten zum Bundesgerichtsentscheid 145 I 73, 2019, verfügbar auf: <https://www.ekr.admin.ch/pdf/Kurzgutachten_zum_Bundesgerichtsentscheid_145_I_73.pdf>.

BELSER EVA MARIA/MOLINARI EVA, Kommentar zu Art. 7 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Bundesverfassung*, Basel 2015.

BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD, *Grundrechte II, Die einzelnen Grundrechte*, Zürich/Basel/Genf 2012.

BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD/WIEDERKEHR RENÉ, *Staatsorganisationsrecht*, Zürich/Basel/Genf 2017.

BIAGGINI GIOVANNI, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft: Kommentar*, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. BV-Kommentar).

BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar zu Art. 5a BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Bundesverfassung*, Basel 2015.

BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX, *Rechtsschutzlücken*, in: Uhlmann Felix, *Evaluation der Bundesrechtspflege*, Zürich 2014, S. 35 ff.

BISAZ CORSIN, *Das Ausländerstimmrecht in der Schweiz, Formen und Rechtsungleichheiten*, in: Glaser Andreas (Hrsg.), *Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer?*, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 107 ff.

BOLLIGER CHRISTIAN, *Abfuhr für einen Angriff auf den freiheitlichen Staat*, in: Linder Wolf/Bolliger Christian /Rielle Yvan (Hrsg.), *Handbuch der eidgenössischen Volksabstimmungen 1848–2007*, Bern 2010, S. 181 f. (zit. Angriff auf freiheitlichen Staat).

BOLLIGER CHRISTIAN, *Abstimmung vom 20.8.1893, Debatte um ein Schächtverbot zwischen Tierschutz und Antisemitismus*, in: Linder Wolf/Bolliger Christian/Rielle Yvan (Hrsg.), *Handbuch der eidgenössischen Volksabstimmung 1848–2007*, Bern 2010, S. 76 ff. (zit. Schächtverbot).

BOLLIGER CHRISTIAN, *Antisozialistische Staatsschutz-Initiative ist nach dem Nein zum Umsturzgesetz abgehakt*, in: Linder Wolf/Bolliger Christian /Rielle Yvan (Hrsg.), *Handbuch der eidgenössischen Volksabstimmungen 1848–2007*, Bern 2010, S. 144 f. (zit. Staatsschutz-Initiative).

- BRÜHLMEIER DANIEL/VATTER ADRIAN, Demokratiekonzeption der Bundesverfassung, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 373 ff.
- BURRI THOMAS, Der Romanenstaat – Versuch einer verfassungsrechtlichen Lösung der Rätoromanenfrage, in: Corsin Bisaz/Andreas Glaser (Hrsg.), Rätoromanische Sprache und direkte Demokratie, Zürich 2015, S. 125 ff.
- CAPOTORTI FRANCESCO, Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities, New York 1979.
- CARONI MARTINA, Wer ist das Volk?, in: Daniel Brühlmeier/Philippe Mastronardi (Hrsg.), Demokratie in der Krise, Zürich 2016, S. 317 ff.
- CHATTON GREGOR T., Les droits fondamentaux dans les constitutions cantonales, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1223 ff.
- CHENEVAL FRANCIS, Demokratie und Internationalisierung, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 357 ff.
- CHRISTMANN ANNA, Die Grenzen direkter Demokratie, Volksentscheide im Spannungsverhältnis von Demokratie und Rechtsstaat, Diss. Bern, Baden-Baden 2012.
- DE TOCQUEVILLE ALEXIS, De la démocratie en Amérique, Bd. I (1839), Paris 1992.
- DIXON ROSALIND/GINSBURG TOM, The forms and limits of constitutions as political insurance, International Journal of Constitutional Law, vol. 14, issue 2, 2017, S. 988 ff.
- EPINEY ASTRID/DIEZIG STEFAN, Kommentar zu Art. 139 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.
- EPINEY ASTRID/DUTTWILER MICHAEL, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau im europäischen Gemeinschaftsrecht und schweizerischem Recht, Konvergenzen und Divergenzen, ZBl 01/2004, S. 34 ff.
- FASSBENDER BARDO, Verfassung als plurales Gefüge, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 187 ff.
- FLEINER FRITZ, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923.

FREI NULA, Mitsprache von Menschen mit Behinderungen in politischen Prozessen, Vorgaben und Umsetzung der Behindertenrechtskonvention, Kurzstudie SKMR, Bern 2019.

FREIVOOGEL ELISABETH, Kommentar zu Art. 3 GlG, in: Kaufmann Claudia/Steiger-Sackmann Sabine (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009.

GIACOMETTI ZACCARIA, Die Demokratie als Hüterin der Menschenrechte, Festrede, in: Universität Zürich (Hrsg.), Jahresbericht 1953/1954, Zürich 1954, S. 3 ff.

GINSBURG TOM, Judicial Review in New Democracies, Constitutional Courts in Asian Cases, Cambridge 2003.

GLASER ANDREAS, Wandel der Volksrechte, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 461 ff.

GRIFFEL ALAIN, Rechtsschutz, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1073 ff.

GRUNER ERICH, Faktoren der Willensbildung im Bundesstaat 1874–1974, ZRS 1974 I, S. 433 ff.

HAFNER FELIX/SCHWEIZER RAINER J., Kommentar zu Art. 1 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014.

HERTIG RANDALL MAYA, La Convention européenne des droits de l'homme, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1267 ff.

HILTY CARL, Frauenstimmrecht, in: Hilty Carl, Politisches Jahrbuch der Schweizerischen Eidgenossenschaft Jg. 11 (1897), Bern 1897, S. 243 ff.

HIRSCHL RAN, Towards Juristocracy, The Origins and Consequences of the New Constitutionalism, Cambridge 2004.

HOLENSTEIN ROLF, Stunde Null, die Neuerfindung der Schweiz 1848: die Privatprotokolle und Geheimberichte der Erfinder, Basel 2018.

HOTTELIER MICHEL, La juridiction constitutionnelle fédérale, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1095 ff.

JAAG TOBIAS, Eigenheiten des kantonalen Verfassungsrechts, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), *Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 107 ff.

JARDIN ANDRÉ, Alexis de Tocqueville, Leben und Werk, Frankfurt/New York 2005.

KÄGI-DIENER REGULA, Kommentar zu Art. 70 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Bundesverfassung*, Basel 2015.

KÄLIN WALTER, Anerkennung der Roma als Minderheit, Kurzgutachten zur Beurteilung von Roma als Minderheit in der Schweiz, SKMR, Bern 2016 (zit. Gutachten).

KÄLIN WALTER, Grundrechte im Kulturkonflikt, Freiheit und Gleichheit in der Einwanderungsgesellschaft, Zürich 2000 (zit. Grundrechte im Kulturkonflikt).

KÄLIN WALTER/LOCHER RETO, Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Synthesebericht, Bern 2015.

KELLER HELEN, Schweizerische Rechtsstaatlichkeit im internationalen Vergleich, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), *Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 935 ff.

KELSEN HANS, Vom Wesen und Wert der Demokratie (1929), in: Matthias Je- staedt/Olivier Lepsius (Hrsg.), *Verteidigung der Demokratie, Abhandlungen zur Demokratietheorie*, Tübingen 2006, S. 149 ff.

KIENER REGINA, Grundrechte in der Bundesverfassung, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), *Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1193 ff. (zit. Grundrechte in der BV).

KIENER REGINA, Grundrechtsschranken, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), *Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1293 ff. (zit. Grundrechtsschranken).

KLEY ANDREAS, Eigenheiten des schweizerischen Verfassungsrechtes, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), *Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 85 ff. (zit. Eigenheiten Verfassungsrecht).

KLEY ANDREAS, Verhältnis von Föderalismus und Demokratie, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), *Verfassungsrecht*

- Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 621 ff. (zit. Föderalismus und Demokratie).
- KNOCH-MUND GABY, Judentum, in: Historisches Lexikon der Schweiz, 2012, verfügbar auf: <<https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/011376/2016-02-01/>>.
- KÖLZ ALFRED, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848, Bern 2004.
- KÜLLING FRIEDRICH, «Schächtverbot», in: Historisches Lexikon der Schweiz, 2012, verfügbar auf: <<https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/011380/2012-01-11/>>.
- KÜNZLI JÖRG, Internationaler Menschenrechtsschutz und die Schweiz, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1245 ff.
- LADNER ANDREAS, Demokratiekonzeptionen in den Gemeinden, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 423 ff.
- LEBSANFT FRANZ/WINGENDER MONIKA (Hrsg.), Europäische Charta der Regional- oder Minderheitensprachen, Ein Handbuch zur Sprachpolitik des Europarats, Berlin 2012.
- LIJPHART AREND, Patterns of Democracy, Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries, 2. Aufl., New Haven/London 2012.
- MAHLMANN MATTHIAS, Schutz der Verfassung, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 211 ff.
- MAHON PASCAL, Les droits politiques, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1499 ff.
- MARKO JOSEPH, Against discrimination: the right to equality and the dilemma of difference, in Marko Joseph (Hrsg.), Human and Minority Rights, Protection by Multiple Diversity Governance, History, Law and Politics in European Perspective, Abingdon/New York 2019, S. 307 ff.
- MARKO JOSEPH, Introduction, in: Marko Joseph (Hrsg.), Human and Minority Rights, Protection by Multiple Diversity Governance, History, Law and Politics in European Perspective, Abingdon/New York 2019, S. 1 ff.
- MARKO JOSEPH/CONSTANTIN SERGIU, Against marginalisation, The right to effective participation, in: Marko Joseph (Hrsg.), Human and Minority Rights, Protection by Multiple Diversity Governance, History, Law and Politics in European Perspective, Abingdon/New York 2019, S. 340 ff.

- MINDER LILIANE DENISE, Die Unverjährbarkeit von Ansprüchen aus Grundrechts- und Kerngehaltsverletzungen, Ein Beitrag zum Umgang mit sozialen Randgruppen in der Schweiz im 19. und 20. Jahrhundert am Beispiel fürsorgerischer Unterbringungen und Fremdplatzierungen, Diss. Freiburg, Zürich/ Basel/Genf 2020.
- MOECKLI SILVAN, Politische Willensbildung in der Schweiz, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 487 ff.
- MÜLLER JÖRG P., Die demokratische Verfassung, Von der Selbstbestimmung der Menschen in den notwendigen Ordnungen des Zusammenlebens, 2. Aufl., Zürich 2009, (zit. Die demokratische Verfassung).
- MÜLLER JÖRG P., Entstehung und Entwicklung der Grundrechte in der Schweiz, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1167 ff. (zit. Entstehung und Entwicklung).
- MÜLLER JÖRG P., Perspektiven der Demokratie, vom Nationalmythos Wilhelm Tell zur Weltsicht Immanuel Kants, Bern 2012, (zit. Perspektiven).
- PAHUD DE MORTANGES RENÉ, Kommentar zu Art. 15 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.
- POLEDNA THOMAS, Stimm- und Wahlrecht, Historisches Lexikon der Schweiz, 2021, verfügbar auf: <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/026453/2021-02-02/>.
- PREVITALI ADRIANO/MONTAVON MICHAEL, L'interdiction des discriminations, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/ Basel/Genf 2020, S. 1453 ff.
- REICH JOHANNES, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, in: Diggelmann Oliver/ Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 333 ff. (zit. Demokratie und Rechtsstaatlichkeit).
- REICH JOHANNES, Switzerland: The State of Liberal Democracy, in: Richard Albert/Landau David/Faraguna Pietro/Drugda Simon (Hrsg.), 2017 Global Review of Constitutional Law, Boston 2018, S. 280 ff. (zit. Liberal Democracy).
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

RÜEGGER VANESSA, Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer, in: Glaser Andreas (Hrsg.), Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer?, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 75 ff.

RÜTSCH BERNHARD, Verhältnismässigkeitsprinzip, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1049 ff.

SCHMID STEFAN G., Entstehung und Entwicklung der Demokratie in der Schweiz, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 287 ff.

SCHWEIZER RAINER J., Entstehung und Entwicklung des schweizerischen Föderalismus, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 531 ff. (zit. Entstehung und Entwicklung).

SCHWEIZER RAINER J., Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 691 ff. (zit. Verteilung der Staatsaufgaben).

SCHWEIZER RAINER J./MÜLLER LUCIEN, Kommentar zu Art. 5a BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014.

SCHWEIZER RAINER J./MÜLLER LUCIEN, Kommentar zu Art. 8 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014.

STÖCKLI ANDREAS, Hat die öffentlich-rechtliche Anerkennung von Religionsgemeinschaften Zukunft?, in: Kühler Anne / Olah Mirjam / Wettlaufer Lenke (Hrsg.), Quae Caesaris Caesari, quae Dei Deo?, Bezüge von Recht und Religion im Wandel, Symposium anlässlich des 60. Geburtstages von Felix Hafner, Zürich/St. Gallen 2018, S. 35–59.

TSCHANNEN PIERRE, Kommentar zu Art. 136 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

TSCHANNEN PIERRE, Perspektiven der schweizerischen Demokratie, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 511 ff. (zit. Perspektiven).

TSCHENTSCHER AXEL, Schutpflichten, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1345 ff.

UHLMANN FELIX/WILHELM MARTIN, Gutachten zuhanden der Bürgergemeinde der Stadt Basel betreffend verfassungskonforme Regelung über den Zugang zu den Basler Zünften und anderen Korporationen, 2021, verfügbar auf: <https://bgbasel.ch/dam/jcr:3e95b761-dc4c-4a6b-bdbc-adfc64147856/Gutachten_Zünfte_09.03.2021.pdf>.

VAN REYBROUCK DAVID, Gegen Wahlen, Warum Abstimmen nicht demokratisch ist, 6. Aufl., Göttingen 2016.

VATTER ADRIAN, Vom Extremtyp zum Sonderfall? Die schweizerische Konsensdemokratie im Wandel: eine Re-Analyse von Lijpharts Studie für die Schweiz von 1997–2007, Schweizerische Zeitschrift für Politikwissenschaft 2008, S. 1 ff.

WALDMANN BERNHARD, Kommentar zu Art. 8 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

WALDMANN BERNARD, Subsidiarität und fiskalische Äquivalenz als Garanten für einen substanziellem Föderalismus? Newsletter IFF 4/2015, verfügbar auf: <https://www.unifr.ch/ius/assets/files/Institut/IST_Federalisme/files/Newsletter_IFF_Monitoring/4_3_subsidiarität_fiskalische_aequivalenz.pdf>. (zit. Subsidiarität).

WINZELER CHRISTOPH, Kommentar zu Art. 72 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

WOODTLI SUSANNA, Gleichberechtigung: der Kampf um die politischen Rechte der Frau in der Schweiz, 2. Aufl., Frauenfeld 1983.

WYTTEBACH JUDITH, Menschenwürde, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1355 ff.

Materialien

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1996 I 1 ff. (zit. Botschaft neue BV).

Botschaft über die Europäische Charta der Regional- oder Minderheitensprachen vom 5. November 1992, BBl 1996 655 ff. (zit. Botschaft Charta Minderheitensprachen).

Botschaft über das Rahmenübereinkommen des Europarats zum Schutz nationaler Minderheiten vom 19. November 1997, BBl 1998 II 1293 ff. (zit. Botschaft RÜ).

Botschaft betreffend das Übereinkommen von 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, BBl 1995 IV 901 ff. (zit. Botschaft UN-Frauenerrechtskonvention).

Urteilsverzeichnis

BGE 145 I 73.

BGE 143 I 361.

BGE 143 I 129.

BGE 142 I 99.

BGE 142 I 49.

BGE 140 I 394.

BGE 140 I 107.

BGE 139 I 292.

BGE 138 I 205.

BGE 136 I 149.

BGE 132 I 49.

BGE 129 II 321.

BGE 129 I 392.

BGE 125 I 417.

BGE 125 I 347.

BGE 125 I 21.

BGE 123 I 152.

BGE 121 I 196.

BGE 116 Ia 359.

BGE 111 Ia 239.

BGE 13 I 1.

Urteil des BGer, 5A_104/2018 vom 2. Februar 2021.

Urteil des BGer, 9C_460/2018 vom 21. Januar 2020.

Urteil des EVG, 750/04 vom 5. April 2006.

Urteile des EGMR, Rs. 60041/08 und 60054/08 (Greens and M.T. v United Kingdom) vom 23. November 2010.

Urteil des EGMR, Rs. 74025/01 (Hirst v United Kingdom) vom 6. Oktober 2005.

Urteil des EGMR, Rs. 27238/95 (Chapman v UK) vom 18. Januar 2001.

Urteil des EGMR, Rs. 7601/76 (Young, James and Webster v UK) vom 13. August 1981.

Urteil des Supreme Court United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 152, N4 (1938).

