

Das Urteil des Richters über den Gesetzgeber

Reflexionen über die Einbürgerungsfälle BGE 129 I 217 ff. und 232 ff.

David Dürr

Erschienen in Festschrift Hans Peter Walter, Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Bern 2005, S. 59 ff.

Richterliche Freiheit nährt die Überzeugung,
das Rechts aus dem Fall und nicht aus dem Gesetz finden zu können.

HANS PETER WALTER¹

Il n' est pas bon que celui qui fait les lois les exécute.

JEAN-JACQUES ROUSSEAU²

Diese Festschrift ehrt einen Richter, der seine Funktion nicht nur mit fachlichem Tiefgang, sondern mit grossem persönlichen Engagement und mit selbstbewusstem Einsatz wahrgenommen hat und wahrnimmt. Dies regt Reflexionen an über die Stellung des Richters im System der Gesamtrechtsordnung und insbesondere zu seinem Verhältnis gegenüber dem Gesetzgeber. Und die Person des Jubilars lässt das Bild eines Richters aufkommen, der seine Aufgabe im Sinn des Worts mit Umsicht ausübt, der sich seiner Verantwortlichkeit für den eigenen Entscheid, aber gleichzeitig auch seiner Einordnung in das Gesamtsystem bewusst ist³. Dass er sich "nur dem lieben Gott gegenüber rechenschaftspflichtig fühle"⁴, mag sich als Eindruck aus seinem temperamentvollen Auftreten ergeben⁵, nicht aber aus dem, was er selbst von der Stellung des Richters im Kontext der Gesamtrechtsordnung hält: "Weder kann die Rechtsfindung sich wertungsfrei mit dem positivistisch Vorgegebenen bequemen, noch sich darüber

¹ WALTER, Splitterndes Privatrecht, recht 1997, 1 ff.

² ROUSSEAU, Du contrat social, Buch III, Kapitel 4.

³ WALTER, a.a.O., 5. Der eingangs zitierte Satz zeigt denn auch, wie Walter um seine - von Eugen Huber bewusst vorgesehene - Freiheit weiss und sie durchaus wahrnehmen will, gleichzeitig aber auch daran erinnert, dass der Richter nicht aus sich selbst heraus entscheiden kann; dazu unten Ziffer 3.

⁴ Plädoyer 5/2003, 10 ff., 11.

⁵ Und etwa dazu, dass er die vielbeschworene Überlastung des Bundesgerichts so dramatisch nicht findet, WALTER, Justizreform, in: GAUCH/THÜRER (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung - Analysen, Erfahrungen, Ausblick, Zürich 2002, 130, 138.

hinwegsetzen und allein nach sittlichen Grundsätzen entscheiden. die dem Regelungsdenken der etatistisch vorgegebenen Ordnung fern stehen."⁶

Zu solch grundsätzlichen Fragen des Verhältnisses zwischen dem Richter und dem Gesetzgeber passen zwei kürzliche Bundesgerichtsentscheide, bei denen Hans Peter Walter zwar nicht selbst mitgewirkt hat, wo es aber die Richter unternommen haben, Mutiges *über* den Gesetzgeber zu befinden.

1. Die beiden Einbürgerungsrechtsentscheide

Am 9. Juli 2003 hatte die öffentlichrechtliche Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts einen mutigen Tag. Sie intervenierte gegen den Gesetzgeber, ja spezifischer noch: gegenüber Handlungen des höchsten Souveräns in unserem Land, gegenüber dem Volk als dem Gesellschaftskörper mit der ultimativen Normsetzungshoheit. Und dies erst noch in einer Materie, die politisch intensiv debattiert wird und somit sehr zentral in die Domäne des *demokratischen* Gesetzgebers fällt: In zwei Entscheiden betreffend die Einbürgerung von Ausländern hob das Bundesgericht das Abstimmungsresultat des Stimmvolks der Gemeinde Emmen über konkrete Einbürgerungsgesuche auf⁷ und erklärte eine Volksinitiative der Schweizerischen Volkspartei (SVP) der Stadt Zürich mit dem Titel "Einbürgerungen vors Volk!" für ungültig⁸. Die Begründung ging bei beiden Fällen im Kern dahin, dass das Stimmvolk als solches, genauer noch: seine Willensäusserung in Form der Urabstimmung, für Einbürgerungsentscheide nicht rechtens sei; dies namentlich unter den Gesichtspunkten des Diskriminierungsverbots⁹ und des Begründungsgebots^{10 11}. Mit anderen Worten: Einbürgerungsentscheide durch das Stimmvolk sind willkürlich.

Dies mag beim schnellen Hinsehen nicht als ausgesprochen mutig auffallen. Ein genauerer Blick lässt aber eine bemerkenswerte Besonderheit mit Bezug auf die gerügte Willkür sichtbar werden: So negativ "Willkür" im Kontext des staatlichen Handelns besetzt ist und denn auch ein traditionelles Argument der Verfassungsgerichtsbarkeit darstellt, so positiv besetzt ist es im Zusammenhang mit der Stellung des Stimmvolks als dem obersten Souverän der staatlich organisierten Gesellschaft: Das letzte Wort sei - aus tiefer demokratischer Legitimation heraus - beim Souverän; *dessen* Willkür ist

⁶ WALTER, Splitterndes Privatrecht, a.a.O., 8.

⁷ BGE 129 I 217 ff., 1 P. 228/2002 (nachstehend a.a.O. Emmen)

⁸ BGE 129 I 232 ff., 1 P. 1/2003 (nachstehend a.a.O. Zürich)

⁹ A.a.O. Emmen, 223 ff.

¹⁰ A.a.O. Emmen, 230 f., einlässlich a.a.O. Zürich, E. 3, 234 ff.

¹¹ Daneben im Entscheid Emmen, a.a.O. 243 ff., auch unter dem Gesichtspunkt der Privatsphäre der Einbürgerungskandidaten, die hier vorliegend nicht weiter thematisiert wird.

nicht Sakrileg, sondern Tugend!¹² Weshalb also der höchstrichterliche *Vorwurf* der Willkür?

Man könnte versucht sein, diese Auffälligkeit mit dem Hinweis beiseitezulegen, im Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes über die Kantone sei eine Relativierung der demokratischen Souveränität als Ausfluss der föderalistischen Staatsstruktur nichts ausserordentliches. Gegenüber dem *kantonalen* Gesetzgeber hatte und hat das Bundesverfassungsgericht diese Kompetenz ja seit jeher, und es hat denn auch schon verschiedentlich davon Gebrauch gemacht¹³. Doch die beiden Urteile vom 9. Juli 2003 tangieren die Basis der Volksdemokratie noch viel spezifischer, nämlich in zweierlei Hinsicht:

- Bei der SVP-Einbürgerungsinitiative ging es nicht bloss um bestimmte Anforderungen an die Einbürgerung, also um materielle Voraussetzungen für bestimmte Rechtsfolgen, sondern es ging um das ausgeprägte Anliegen, *wer* für den Einbürgerungsentscheid zuständig sei, nämlich der oberste demokratische Souverän des Stimmvolkes selbst.
- Beim Gegenstand der Initiative wie auch bei der Abstimmung in Emmen ist seinerseits ein zentraler Aspekt der Volksdemokratie tangiert, nämlich wer Mitglied eben dieser Volkssouveränität sein soll¹⁴.

Nicht zufällig hatten die beiden Bundesgerichtsentscheide denn auch politische Reaktionen ausgelöst, namentlich wiederum seitens der (insofern bezeichnenderweise) Schweizerische *Volks*-Partei genannten Organisation¹⁵. Dies soll jedoch nicht Gegen-

¹² Besonders ausgeprägt ist dieses Paradigma in der Schweiz mit ihrer starken direkt-demokratischen Tradition. Es basiert aber auf einer generellen europäisch-aufklärerischen Grundoptik, die beispielsweise sehr prononciert bei ROUSSEAU'S Contrat social prominenten Ausdruck findet, etwa im Buch II, Kapitel 1 "Que la souveraineté est inaliénable"; vgl. aber auch den eingangs zitierten Rousseau-Satz, sowie bei Fussnote 34 hienach

¹³ Politisch brisante Beispiele waren etwa BGE 106 113 Ia 46 betreffend Besteuerung, in dem die vom Volk angenommene Gesetzgebung aufgehoben wurde; dies übrigens im Gegensatz zu Versuchen, sogenannte "Reichtumssteuer"-Abstimmungen rechtlich zu bekämpfen, vgl. BGE 99 Ia 638 betreffend Baselland oder BGE 106 Ia 46 betreffend Aargau. Ein weiteres Beispiel bildet die Aufhebung von vom Volk angenommenen Gesetzesbestimmungen über die Reproduktionsmedizin durch das Bundesgericht, BGE 119 Ia 460.

¹⁴ Jedenfalls soweit das Bürgerrecht gleichzeitig Voraussetzung für das Stimmrecht bildet.

¹⁵ So namentlich zwei kurz nach den beiden Bundesgerichtsentscheiden von den Kantonen Aargau und Luzern lancierten Standesinitiativen; ferner eine parlamentarische Initiative der Ständeräte Wicki und Pfisterer, welche vom SVP Ständerat Jenny wie folgt unterstützt wurde: "Das Bundesgericht hat mit seinem Verbot von Einbürgerungsentscheiden an der Urne die Verfassung völlig neu ausgelegt. "Lausanne" hat sich über den Souverän gestellt, die Judikative sollte keine Politik betreiben. In der Demokratie sind Entscheide nicht zwingend zu begründen. Eine Verweigerung des Bürgerrechts hat nichts mit der Verletzung von Menschenrechten zu tun.", so gemäss Zitat NZZ vom 10.12.2003, 17. Im selben Zusammenhang zu erwähnen ist die in Emmen sogleich nach

stand der vorliegenden juristischen Abhandlung sein. Auf juristischer Ebene wurden die beiden Entscheide primär staatsrechtlich kommentiert, mithin so, wie sie auch selbst begründet sind, namentlich unter dem Gesichtspunkt des Verbots willkürlichen oder diskriminierenden staatlichen Handelns beziehungsweise des Begründungsgebots¹⁶. Hier nachstehend sei nicht diese staatsrechtliche Einordnung das Thema, sondern ein rechtstheoretischer beziehungsweise methodologischer Aspekt; und zwar ein solcher, der – passend zum Jubilar dieser Festschrift – spezifisch bei der Funktion des Richters ansetzt.

2. Richter als Gesetzgeber versus Gesetzgeber als Richter

Die methodologische, aber vielleicht nicht weniger brisante Aussage der beiden Entscheide geht dahin, dass im Fall der Einbürgerung konkreter Personen nicht Gesetzgebung, sondern Einzelfallentscheidung vorliegt, dass diese auf ihre sehr spezifische *Entscheidungs*-Art vonstatten gehen muss, und zwar auch dann, wenn der sogenannte Gesetzgeber damit betraut ist¹⁷. Also: Der Gesetzgeber als Richter.

Üblicherweise befasst sich die Methodenlehre mit der genau umgekehrten Konstellation, mit dem Richter als Gesetzgeber. Und *die* zentrale Frage geht regelmässig dahin, ob und wie weit der Richter Gesetzgeber sein darf oder soll. In der Schweiz ist dies bekanntlich Gegenstand des so prominenten wie auch international immer wieder beachteten Art. 1 Abs. 2 ZGB¹⁸. Brisant und nicht selten kontrovers behandelt ist dabei die Frage, wie weit der Richter in den Hoheitsbereich des Gesetzgebers eingreifen darf: Darf der Richter einzig im Fall einer echten Lücke ausnahmsweise Gesetzgeber "spielen", namentlich deshalb, damit überhaupt entscheiden und damit der Anspruch des Bürgers auf Streiterledigung durch den Staat erfüllt wird¹⁹? Oder darf er auch *gegen* den Gesetzgeber urteilen? – das bekannte Thema der "unechten Lücke"²⁰.

Bei dieser Thematik kommt regelmässig das Argument der demokratischen Legitimation auf, daraus namentlich jenes der Suprematie des Gesetzgebers und damit die

den Bundesgerichtsentscheiden von der SVP-Fraktion eingereichte Interpellation 31/03 vom 19. Juli 2003.

¹⁶ Vgl. etwa das von EHRENZELLER zu Handen der Gemeinde Emmen vorgelegte Rechtsgutachten vom 12. September 2003 betreffend das Einbürgerungsverfahren.

¹⁷ A.a.O. Emmen, 230 f., unter Hinweis auf a.a.O. Zürich, 237.

¹⁸ Vor allem MEIER-HAYOZ, *Der Richter als Gesetzgeber*, Zürich 1951; BK-MEIER-HAYOZ; N 132 ff. zu Art. 1 ZGB; ZK-DÜRR, N 358 ff. zu Art. 1 ZGB.

¹⁹ ZK-DÜRR, N. 47 ff. Vorbemerkungen zu Art. 1 und 4 ZGB, mit Hinweisen.

²⁰ So der bekannte, auf ERNST ZITELMANN zurückgehende Begriff im Zentrum der Grundsatzfragen der richterlichen Rechtsfindung, ZK-DÜRR, N 318 ff. zu Art. 1 ZGB, mit Hinweisen. Vgl. auch zum Thema der teleologischen Reduktion, WALTER, *Splitterndes Privatrecht*, a.a.O., 4 mit Verweisen.

Rangordnung der Legislative als *erster* Staatsgewalt im Gegensatz zum *zweiten*²¹ Rang der Judikative – dies die staatsrechtliche Seite der Problemstellung des Richters als Gesetzgeber.

Demgegenüber thematisiert die methodologische Seite der Problemstellung etwas anderes: Was unterscheidet *von der Sache her* (nicht vom zuständigen Organ her) Urteilen von Legiferieren. Zugehörige Stichwörter sind: Individuell/konkret versus generelle/abstrakt beziehungsweise Normanwendung versus Normsetzung. Hier interessiert nicht so sehr, *wer* das eine oder das andere besorgt, sondern das Bewusstsein dafür, in welchem der beiden Funktionsbereiche man steht. Praktische Konsequenz daraus ist dann beispielsweise, dass der Richter, wenn er keine Norm findet, er eine solche zuerst erstellen soll, und zwar *bevor* er sie dann auf den konkreten Fall anwendet. Dass er allein es ist, der bald den "Hut des Gesetzgebers", bald den "Hut des Richters" trägt, ist unter diesem Gesichtspunkt weniger relevant als dass er sich jeweils bewusst ist, welchen der beiden Hüte er aufhat. Und dieses Bewusstsein seinerseits führt ihn dazu, jeweils Modus-gemäss zu handeln, konkret bei der Lückenfüllung eben "modo legislatoris"²². Hier hat der Richter nicht in seiner eigenen, sondern in einer anderen Art zu handeln.

Dasselbe Bild lässt sich nun auch auf die hier interessierende, genau umgekehrt gelagerte Situation übertragen, wenn es nämlich um die Frage geht, wie weit er in seiner eigentlichen Urdomäne, der Normsetzung des Generell/Abstrakten operiert, oder aber ausnahmsweise als Richter, als Entscheider im Individuell/Konkreten. Auch der Gesetzgeber hat sich hier jeweils bewusst zu sein, welchen Hut er trägt. Trägt er ausnahmsweise den Hut des Richters, so hat er ausnahmsweise nicht "modo legislatoris", sondern "modo iudicis" zu handeln, also nicht in seiner eigenen, sondern in einer anderen Art.

Diese Fragen um die Rolle des Gesetzgebers als Richter werden erstaunlich wenig behandelt, weder methodologisch²³ noch staatsrechtlich²⁴. Dies obwohl (oder weil?) sie sehr grundsätzliche Aspekte der Rechtsordnung tangieren, und dabei methodischen Gesichtspunkten, wie sie vor allem bei der richterlichen Rechtsfindung vertraut sind, fundamentale Bedeutung angedeihen lassen. Nachstehend seinen drei Teilthemen herausgegriffen: Was macht den spezifischen "modus iudicis" aus? (Ziff. 3.1 hienach)

²¹ Zur Hierarchie der Rechtsorgane statt vieler SEILER, Gewaltenteilung, Bern 1994, 184 mit Hinweisen.

²² ZK-DÜRR, N 472 ff. zu Art. 1 ZGB mit zahlreichen Hinweisen.

²³ Generell lässt sich nur wenig Methodologie zur Gesetzgebung ausmachen, vgl. immerhin einige bekannte Werke in der schweizerischen Literatur: NOLL, Gesetzgebungshre, Reinbek 1973, RHINOW, Rechtssetzung und Methodik, Basel/Stuttgart 1979, MÜLLER GEORG, Elemente einer Rechtssetzungslehre, Zürich 1999.

Was bedeutet er in Relation zu Gesetzgebung (Ziff. 3.2 hienach), und wie ist in diesem Kontext die Souveränität des Volkes als dem obersten Gesetzgeber einzuordnen (Ziff. 3.3 hienach)?

3. Richten, Legiferieren, Herrschen

3.1 Modus iudicis

Die juristische Methodenlehre, soweit sie - wie üblich - mit der *richterlichen* Rechtsfindung befasst ist, behandelt die Methode der Gesetzgebung naheliegenderweise eher am Rande; typischerweise dann, wenn der Richter ausnahmsweise den Hut des Gesetzgebers trägt. Das Besondere an der methodologischen Thematik liegt dann jeweils darin, dass Legiferieren strikt als *Modus* zu behandeln ist, *rein* methodologisch, *gar* nicht institutionell²⁵. Es interessiert dann nicht, *wer* Gesetzgebung ausübt, sondern was "Gesetzgeben" ist. Hier geht es gleichsam um "Legiferieren per se". Dieses Thema ist – wie bereits erwähnt - methodologisch vertraut²⁶.

Hier vorliegend geht es nun um den genau umgekehrten Fall: Um den modus iudicis des Gesetzgebers und insoweit um "Judizieren per se", um das, was Richten bedeutet, und zwar unabhängig davon, ob es der Richter ist, der das Geschäft besorgt, oder ausnahmsweise der sogenannte Gesetzgeber. Richten heisst, den konkreten Streitfall entscheiden, ein Urteil erlassen, das als Rechtsurteil letztlich mit den Zwangsmitteln der Rechtsordnung durchgesetzt werden kann²⁷. Die Dezision, das Stellungnehmen*müssen*, die letzte Antwort auf die im Streit vorgetragenen Standpunkte, stehen im Zentrum von Richten²⁸. Wenn hier nun spezifisch der Modus interessiert, das was im Entscheidungsprozess "abläuft", das was Richten auch dann ausmacht, wenn ausnahmsweise nicht der Richter agiert, so werden namentlich folgende Topoi relevant:

- Richten heisst *Werten*, ein Aspekt, der die Methodenlehre seit jeher begleitet, sei es zunächst eher als "Eingeständnis" dahin, dass das Ideal der rein rationalen Subsumtion nicht immer zutreffen möge, sei es – spätestens seit ESSER²⁹ - also seinerseits methodologisch legitimes Fundament, ja letztlich als Basis all jener Aspekte,

²⁴ Vgl. immerhin JAAG, Die Abgrenzung zwischen Rechtssatz und Einzelakt, Zürich 1985, sowie die Literatur unter den Hinweisen in Berichtsfall Zürich, a.a.O., 235.

²⁵ DÜRR, Institution und Methode, in Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht Zürich, Zürich 2000, 499 ff.

²⁶ Es geht um nichts anderes als um den Gegenstand von Art. 1 Abs. 2 ZGB.

²⁷ FORSTMOSER, Einführung in das Recht, 3. A., Bern 2003, 140 ff.

²⁸ Dies namentlich auch aus rechtspsychologischer Sicht, anschaulich etwa WEIMAR, Psychologische Strukturen richterlicher Entscheidung, Bern 1996.

²⁹ JOSEF ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis, Frankfurt am Main, 1972.

die vermeintlich so rational daherkommen. Werten versteht sich traditionellerweise als Gegensatz zum *rationalen Deduzieren*, bei dem Bezug genommen wird zu einem Massstab, *an dem* die anstehende Streitfrage gemessen wird. Im Gegensatz dazu ist Werten quasi das, was man selbst macht; was nicht aus dem rein logisch operierenden "Kopf" und damit gleichsam vom ausserhalb positionierten "Ich" kommt³⁰, sondern aus dem zutiefst eigenen "Bauch".

- Doch auch Werten operiert mit einer Massstabsebene, sei es das ESSER'sche Vorverständnis, das – bewusst oder unbewusst – in den Entscheidungsvorgang hineingetragen wird – sei es etwa auch der Streitfall als solcher, der aus sich selbst Kriterien zu seiner Lösung hergibt³¹; denn selbst in diesem Fall wird der vorgegebene Sachverhalt an etwas anderem gemessen und sei es "nur" an jener Wirklichkeitsalternative, wie sie eigentlich sein sollte.
- Zum Modus des Richtens gehört wohl auch der Aspekt des *Zurücknehmens der eigenen Person*, was starke Richterpersönlichkeiten wie den Jubilar dieser Festschrift nicht ausschliessen soll. Die Unparteilichkeit, die "Objektivität", die "Neutralität" des Richters. Der Postulat- oder Idealcharakter dieses Aspekts ist längst bekannt. Es geht also nicht um die wirklichkeitsfremde Betrachtungsweise, wonach die tatsächlich amtierenden Richterinnen und Richter als unbeeinflussbare "Subsumtionsautomaten" operieren sollen³². Vielmehr zeigt sich, dass das, was im institutionellen Rahmen etwa der Gewaltentrennung zum Ausdruck kommt, namentlich in der personellen Separierung zwischen der Person/dem Gremium/der Instanz der Gesetzgebung einerseits und der Person des Richters oder der Richterin andererseits, nicht allein von der gesellschaftsorganisatorischen Dimension der Staatsverfassung her begründet ist, sondern sich ebensosehr aus dem Wesen des *modus iudicis* ergibt: *Richten heisst, eine Instanz ausserhalb seines Willens akzeptieren*.
- Sei es also im tiefen Inneren des Wertens, sei es im rationalen Bezugnehmen auf eine Norm, sei es schliesslich im Sich-nicht-Begnügen-mit-seiner-eigenen-Person – der Modus des Richters zeichnet sich wohl am ehesten aus durch ein eigenartiges dualistisches Spannungsverhältnis zwischen der "eigenen" Dezision und der Bezugnahme auf etwas "ausserhalb"; beziehungsweise mit einem Negativpostulat ausgedrückt, *dass der richterliche Entscheid nicht selbst und allein generiert werden darf*. Mut mag richterliches Entscheiden trotzdem brauchen, auch Verantwort-

³⁰ Vgl. Hinweise bei DÜRR, Die Person und ihr Gegenstand - der Gegenstand und seine Person, Festschrift Peter Forstmoser, Zürich 2003, 51, 58 ff.

³¹ Oft auch "realistisches" Element genannt, BK-Meier-Hayoz, N. 210 ff. zu Art. 1 ZGB, ZK-DÜRR, N. 167 ff. zu Art. 1 ZGB.

³² WALTER, Splitterndes Privatrecht, a.a.O., 4 mit Verweisen; OGOREK, Richterkönig oder Subsumtionsautomat, Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1986.

tung soll der Richter tragen, doch soll er seine normative Anstrengung (auch) darauf richten, dass der Entscheid *nicht* in ihm allein gründet³³.

Wenn nun also – wie in den beiden hier besprochenen Bundesgerichtsentscheiden – ein Organ, welches typischerweise für Gesetzgebung zuständig ist, ausnahmsweise konkrete Einzelfälle beurteilen soll, so sollte es jedenfalls etwas nicht tun: Nämlich allein und nur aus sich selbst heraus entscheiden. Dies mag für den Gesetzgeber, der gewohnt ist, nicht etwas anderes anzuwenden, sondern den Inhalt von Normen selbst zu kreieren, ungewohnt sein. Doch hat er sich bei der Beurteilung von Einzelfällen bewusst zu sein, dass er hier hinsichtlich seiner *Funktion* gar nicht Gesetzgeber *ist*; dass er – um das obige Bild zu verwenden – den Richterhut trägt und insofern letztlich Richter *ist*³³. Oder wie es ROUSSEAU pointiert formuliert: "Ce qu'ordonne même le souverain sur un objet particulier n'est pas une lois mais un décret, ni un acte de souveraineté mais de magistrature."³⁴.

3.2 Suprematie von Richter oder Gesetzgeber?

Das Sich-selbst-zurücknehmen des Richters passt dazu, dass er – zumindest in der kontinentaleuropäischen Rechtstradition³⁵ - als die zweite oder dritte, jedenfalls nicht als die erste Staatsgewalt bezeichnet wird. Das heisst die Suprematie soll beim Gesetzgeber liegen. Er gibt die Norm *vor*, alsdann hat sie der Richter anzuwenden, ohne sie zu ändern. Zeitlich, funktionell und autoritativ geht also der Gesetzgeber dem Richter vor³⁶.

Geht es nun darum, anhand der beiden Einbürgerungsrechtsfälle den Gesetzgeber als Richter zu betrachten, so gerät das Verhältnis zwischen der ersten und der zweiten Staatsgewalt beziehungsweise der Gesichtspunkt der Gesetzgeber-Suprematie in ein zirkuläres Dilemma: Ein und dasselbe Organ – konkret das Stimmvolk als Gesetzgebungsorgan – soll sich einerseits als Einzelfallentscheider zurücknehmen, sich dem Gesetzgeber als Normhersteller unterordnen, und andererseits eben diese Stellung des Gesetzgebers selbst innehaben. Jene oben dargestellte dualistische Spannungsbeziehung zwischen Normgebung und –anwendung, zwischen Vorgabe und Nachbezug, zwischen generell/abstrakt und individuell/konkret kann hier nicht entstehen. Es fehlt das "andere" Organ. Die Situation ist wiederum vergleichbar mit jener vertrauten gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB, wo der Richter ausnahmsweise beide Funktionen selbst

³³ Aus erkenntnistheoretischer Sicht stellt sich gar die Grundsatzfrage, worin der Ich-Träger solchen Entscheidens besteht, Hinweise bei DÜRR, Die person und ihr Gegenstand, a.a.O., 59 ff.

³⁴ ROUSSEAU, du contrat social, Buch II, Kapitel 6.

³⁵ Anders im Common Law Bereich, vgl. neustens die anschauliche rechtshistorische Abhandlung von THEODORE W. RUGER, A Question which convulses a Nation: The early Republic's greatest Debate about the Judicial Review Power, Harvard Law Review 2004 (117) 826 ff., vgl. auch WALTER, Splitterndes Privatrecht, a.a.O., 4.

wahrnehmen muss und sich dabei des Kunstgriffs der sich nacheinander aufsetzenden beiden Hüte bedient³⁷. Ebenso soll nun der als Richter amende Gesetzgeber für den konkreten Fall den Richterhut aufsetzen - dies der oben dargelegte "modus iudicis".

Zu diesem Entscheider-Modus gehört nun aber - wie dargelegt - die Bezugnahme zu etwas "ausserhalb" stehendem, zur Vorgabe des Generell/Abstrakten, und dabei spezifisch zu jener *Vor*-Schrift, die supremative Verbindlichkeit beansprucht. Wer aber soll diese Primärfunktion wahrnehmen, wenn der dafür sonst vorgesehene Träger, der sogenannte Gesetzgeber nämlich, hier ausnahmsweise gerade als Richter amtet?

Dies legt es nahe, das Paradigma der Priorität des Gesetzgebers vor dem Gesetzesanwender grundsätzlich in Frage zu stellen; nicht in dem Sinn, dass die vom Gesetzgeber erlassene Norm ihrerseits eine noch allgemeinere Norm anwenden soll³⁸, sondern dahin, dass Normsetzung und -anwendung, generell/abstrakt und individuell/konkret, Vorgabe und Nachvollzug je *gegenseitig* relationale Dualitäten darstellen. So besehen bilden das Allgemeine und das Individuelle beziehungsweise das Abstrakte und das Konkrete je zwei Seiten des Gleichen, bildet die allgemeine Norm das Allgemein/Abstrakte *des* Individuell/Konkreten, und es findet sich die "Gesetzmässigkeit" im normativen Druck des konkreten Streitfalls. Der Gesetzgeber schreibt mithin in abstrakter Form *nach*, was der Regelungsbedarf *vorgibt*³⁹.

Dieser "Nachvollzug von Rechtsprechung durch Gesetzgebung"⁴⁰ ist denn auch ein Phänomen unserer Rechtswirklichkeit, das sich nicht als Ausnahmerecheinung, sondern geradezu als flächendeckendes Phänomen feststellen lässt. Von Interesse ist dabei insbesondere, dass die Willensbildung des Gesetzgebers im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses bei diesem sehr häufigen Phänomen letztlich nichts anderes ist als das, was man sich als "autonomen" politischen Entscheid vorstellt⁴¹. Betrachtet aus konsequent systemtheoretischer Optik ist der politische Entscheid vielleicht nichts anderes als das Gefühl des Selbstentscheidens, das im politischen Gremium abläuft, dieweil es – vielleicht unbewusst – die im konkreten Regelungsbedarf vorgegebene Gesetzmässigkeit *nachvollzieht*⁴².

Übertragen auf die Problemstellung der beiden Einbürgerungsrechtsfälle bedeutet dies: Selbst wenn das Gesetzgebungsorgan beanspruchen wollte, die für seine eigene kon-

³⁶ DURIZZO, Der Nachvollzug von Rechtsprechung durch Gesetzgebung, Diss. Basel 2003 (nicht publiziert), 12 ff. mit Hinweisen.

³⁷ Siehe oben Ziff. 2.

³⁸ Zur Normhierarchie Verfassung-Gesetz vgl. statt vieler SEILER, a.a.O., 184 mit Hinweisen.

³⁹ Dies entsprechend dem sogenannten "realistischen" Rechtsfindungselement, ZK-DÜRR, N 167 ff. zu Art. 1 ZGB.

⁴⁰ Vgl. Diss. DURIZZO, a.a.O.

⁴¹ DURIZZO, a.a.O. 78 ff.

⁴² DURIZZO, a.a.O. 46 ff., 78 ff.

krete Entscheidung massgebende Norm selbst zu schaffen, so käme dies nicht auf den völlig autonomen politischen Entscheid hinaus, sondern würde nichts anderes bedeuten, als dass das betreffende Organ die im Regelungsbedarf liegende Gesetzmässigkeit selbst *finden* müsste. Allemal müsste aber beides – das individuell Konkrete wie das generell Abstrakte – zum Tragen kommen. Und dies wiederum kann dann unter Umständen bedeuten, dass gewisse Entscheidabläufe ungeeignet sind, namentlich - so das Bundesgericht in den beiden Berichtsfällen - die Volksabstimmung an der Urne⁴³.

Mag sich auf diese Weise die Suprematie des Gesetzgebers methodologisch überwinden lassen, so bleibt doch der Einwand der staatsorganisatorischen Stellung des Stimmvolks als dem letzten Garanten der demokratischen Legitimation. Gibt es auch dazu einen methodologischen Gesichtspunkt?

3.3 Souveränität des Stimmvolkes

Die methodologische Beleuchtung dieses staatspolitischen Themas kann an die soeben dargestellte gegenseitig relationale Struktur zwischen Gesetzgebung und Urteilspraxis anknüpfen: Gesetzgebung als Nachvollzug dessen, was in den Dingen liegt; Gesetzgebung, die nicht von "oben" herab auf die Welt kommt, sondern sich "in" der Welt findet und gleichsam daraus herausdestilliert werden soll. Eben dieses Bild trifft ja auch auf die Volkssouveränität zu, und dabei nicht so sehr auf die Souveränität, als vielmehr auf das Volk. Insofern ist das politische Postulat der demokratischen Verankerung der Rechtsordnung beim Volk das Pendant zur rechtsphänomenologischen Feststellung, dass die von der Gesellschaft formulierten Normen darin vorgegeben sind – ein weites Feld, dass den Rahmen dieses Aufsatzes bei weitem sprengen würde⁴⁴.

Doch etwas kann es immerhin auch hier hergeben: Wenn das Staatsvolk die oberste Souveränität der Gesetzgebung beansprucht, so lässt sich dies nicht daraus begründen, dass es als solche die autonome Entscheidungsgewalt *hat*, dass es zum "Herrschen" berufen wäre, sondern dass sie ihm aus dem konkreten historischen und gesellschaftspolitischen Kontext heraus zugeordnet wird, und zwar ihm als Gremium, als Organ. Mit anderen Worten, auch der "Souverän" ist Organ, insofern bloss Teil eines weiteren Kontextes. Er *ist* nicht das Ganze, sondern er nimmt gewisse Funktionen des Ganzen wahr.

Dies wiederum nimmt der Problemstellung des Einbürgerungsrechts die Dramatik. Es spricht auf diese Weise nichts Grundsätzliches mehr dagegen, die Befugnis des sogenannten Souveräns einzuschränken. Ja, die Problemstellung lautet nicht so sehr dahin, wie weit die Souveränität eines Organs beschränkt, sondern wie weit die betreffende

⁴³ a.a.O. Zürich, 241 ff., 243 f.

⁴⁴ Es käme dies nachgerade auf ein Revival der Theorie des Naturrechts hinaus (was keineswegs ein Sakrileg sein muss).

Funktion zum Tragen kommen soll; es geht dann nicht mehr um den *Gesetzgeber*, sondern um die *Gesetzgebung*; nicht um Souveränität des Stimmvolks, sondern um den Gesetzescharakter des Gesetzes. Souveränität, Geltung, Normativität soll dann bloss noch dem zukommen, was Gesetz und nur Gesetz ist; nicht auch dem, was individuelle Entscheidung ist, selbst dann nicht, wenn es (ausnahmsweise) vom sogenannten Gesetzgeber erbracht wird. Anders gewendet: Insoweit ist der Gesetzgeber gar nicht Gesetzgeber und insoweit kann er auch nicht Souveränität beanspruchen.

4. Konklusion: Souveränität des Richters?

Ja, in letzter Konsequenz dieser Überlegungen kann es ein souveränes *Organ* gar nicht geben. Souveränität kann höchstens einer bestimmten *Funktion* des Rechts zukommen. Und auch dies wird schwer fallen. Denn namentlich die Funktion der Gesetzgebung - versteht man sie nach dem Vorstehenden nicht als supremativ, sondern als gegenseitig relational zur Gesetzesanwendung - wird sich als souveräne Funktion nicht eignen. Wenn schon, müsste die Schlüsselfunktion, und *insofern* Souveränität, eher dort lokalisiert werden, wo es um das gegenseitige Bezugnehmen zwischen der allgemeinen Gesetzmässigkeit und dem konkreten Streitfall geht. Und dies wiederum liegt näher bei der richterlichen als bei der gesetzgebenden Funktion. Also: Souveränität des Richters?

Rechtstheoretisch, methodologisch spricht einiges für eine solche Betrachtungsweise, auch wenn sie in klarem Widerspruch stehen würde zur kontinentaleuropäischen Tradition bezüglich des Verhältnisses von Richter und Gesetzgeber⁴⁵. Methodologisch hingegen spricht vieles für und eigentlich höchstens ein Grund gegen die Souveränität des Richters, nämlich dass es Souveränität an sich nicht gibt, dass vielmehr jede Funktion innerhalb des Gesamtphänomens Rechts ihren Sinn einzig aus gegenseitiger Relationalität zu anderen Funktionen oder Organen schöpft, dass die Stabilität des Rechtssystems - so es eine solche gibt - nicht in einem Fixpunkt beispielsweise eines souveränen Organs verankert werden kann, sondern sich allenfalls aus seiner wesensmässigen Zirkularität ergibt.

Jedenfalls regen die beiden Einbürgerungsrechtsentscheide - nebst ihren aufschlussreichen Aussagen im vertrauten staatsrechtlichen Kontext - zu sehr grundsätzlichen Fragen über den Aufbau und das Funktionieren einer Rechtsordnung an. Sie thematisieren Zusammenhänge einer Gesellschaftsstruktur jenseits von institutionellen Trägerschaften, Organen etc.; solche, die sich stärker nach Funktionen und Abläufen richten. Relevant ist dabei nicht so sehr die formelle Gewaltentrennung im Sinn der Abgrenzung zwischen *Gesetzgeber* und *Richter*, sondern die materielle Differenzierung in Gesetz-

⁴⁵ Dies unter Umständen anders in der Tradition des Common Law, vgl. oben N 35.

gebung und *Richten*; nicht so sehr die Priorität der einen Instanz vor der anderen, sondern die Wichtigkeit des gegenseitig-relationalen Bezugnahme der verantwortlichen Akteure; nicht so sehr die in einer Körperschaft institutionalisierte Souveränität, sondern das Verstehen und Nachvollziehen der gesamtgesellschaftlichen Zirkularität.

Und dabei - dies passt wiederum zum Jubilar dieser Festschrift - spielt nicht der Gesetzgeber, sondern der Richter die Schlüsselrolle.