

Direkte Demokratie und völkerrechtliche Verpflichtungen im Konflikt

Funktionellrechtlich differenzierte Herstellung praktischer Konkordanz zwischen der Beachtung des Völkerrechts und konfligierenden Volksinitiativen im schweizerischen Bundesverfassungsrecht

Johannes Reich*

I.	Volksinitiative und Völkerrecht	980
II.	Ausgestaltung und Wirkung der Volksinitiative	982
A.	Verfassungsrechtliche Ausgestaltung	982
1.	Typen von Volksinitiativen	982
2.	Verfahren, Gültigkeit, Mehrheiten	983
a.	Tiefe Hürden für das Zustandekommen	983
b.	Gültigkeit, Abstimmungsempfehlung, Gegenentwurf	984
c.	Hohe Hürden für den Erfolg in der Abstimmung von Volk und Ständen	984
B.	Verfassungsrechtliche Grenzen der Volksinitiative	985
C.	Einwirkungen der Volksinitiative auf das politische System	986
1.	Responsivität, Interaktion und Deliberation	986
2.	Innovation in der Verhandlungs- und Konkordanzdemokratie	989
3.	Volksinitiativen als parteipolitisches Marketing	990
4.	Verfassungsrechtliche Folgerungen	992
III.	Verfassungsrechtlicher Kontext	992
A.	“Bund und Kantone beachten das Völkerrecht”	992
B.	Eigengeartete verfassungsrechtliche Prägung	995
C.	Verfassungspolitik, verfassungsgeleitete Gesetzgebung und Verfassungsrechtspflege	998
IV.	Völkerrecht und Volksinitiative in der Verfassungsrechtspflege der Bundesversammlung	1000
A.	Wissenschaftlicher “ <i>Cantus firmus</i> ” mit beschränktem rechtspraktischem Widerhall	1000
B.	“Rheinau-Praxis”	1001
C.	Anerkennung inhaltlicher Begrenzungen der Volksinitiative	1002
D.	“Verwahrungsinitiative”	1003
E.	Zwischenfazit: Beharrungsvermögen des <i>Status quo</i>	1004
V.	Funktionellrechtlich differenzierte Herstellung praktischer Konkordanz	1006
A.	Dogmatisches Konzept	1006
B.	Verfahren der Herstellung praktischer Konkordanz	1008

* *lic. iur.* (Universität Zürich), LL.M. (Yale Law School), Rechtsanwalt (Zürich), Doktorand (Universität Basel). – Von Oktober 2006 bis Juni 2007 als Stipendiat des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung und der Janggen-Pöhn-Stiftung Gast am Institut. – Grundzüge dieses Beitrags gehen auf einen in der Referentenbesprechung des Instituts am 11. Juni 2007 gehaltenen Vortrag des Autors zurück. Für konstruktive Kritik zu ersten Teilentwürfen bin ich Prof. Dr. Dieter Grimm, LL.M. (Harvard), Richter am Bundesverfassungsgericht a.D., Jedidiah J. Kroncke, Ph.D. (Berkeley), J.D. (Yale), Ass.-Prof. Dr. Daniela Thurnherr, LL.M. (Yale), Prof. Dr. Benjamin Schindler, M. Jur. (Oxon.), PD Dr. Peter Uebersax und Prof. Dr. Rainer Wahl dankbar. Für geäußerte Meinungen, Ideen und Fehler ist allein der Autor verantwortlich.

1. Verfassungsrechtspflege: Prüfung der Gültigkeit einer Volksinitiative	1008
a. Rechtsgrundlage	1008
b. Integrierende Auslegung von Art. 139 Abs. 2 BV	1008
2. Verfassungspolitik: Abstimmung von Volk und Ständen	1012
3. Verfassungsgeleitete Gesetzgebung durch die Bundesversammlung	1013
4. Verfassungsrechtspflege durch Gerichte und Verwaltungsbehörden	1014
C. Anwendung des verfassungsrechtlichen Modells	1016
1. Volksinitiative “für die Ausschaffung krimineller Ausländer”	1016
2. Geltende Rechtslage	1017
3. Verfassungsrechtspflege: Entscheid über die Gültigkeit	1017
4. Verfassungspolitik und verfassungsgeleitete Gesetzgebung	1020
5. Verfassungsrechtspflege	1021
VI. Folgerungen	1022
Summary	1024

I. Volksinitiative und Völkerrecht

“Ausländerinnen und Ausländer, die missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen haben, (...) verlieren unabhängig von ihrem ausländerrechtlichen Status ihr Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz.” Diese Ergänzung des Art. 121 BV verlangt eine am 7. März 2008 zu Stande gekommene Volksinitiative.¹ Begehren mit vergleichbaren, zumeist im Kontext der Migrationspolitik angesiedelten Zielsetzungen haben die seit Jahrzehnten mit unterschiedlicher Intensität geführte Debatte über die Begrenzung der materiellen Reichweite der Volksinitiative im

Abkürzungen: AER – American Economic Review; APSR – American Political Science Review; AuG – Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (SR 142.20); aBV – “alte” Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, in Kraft vom 29. Mai 1874 bis zum 31. Dezember 1999; AJP – Aktuelle Juristische Praxis; AS – Amtliche Sammlung des Bundesrechts; BBl. – Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft; BGE – Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts; BPR – Bundesgesetz vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (SR 161.1); BJPS – British Journal of Political Science; BV – Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, in Kraft seit 1. Januar 2000 (SR 101); E-BV – Entwurf für eine Änderung der BV; EMRK – [Europäische] Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, für die Schweiz in Kraft getreten am 28. November 1974 (SR 0.101); FK – Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Genfer Flüchtlingskonvention; SR 0.142.30); IJRL – International Journal of Refugee Law; IPBPR – Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2); nBV – angenommene, aber noch nicht in Kraft getretene Änderung der BV (vgl. Anm. 3); NZZ – Neue Zürcher Zeitung; ParlG – Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz) vom 13. Dezember 2002 (SR 171.10); PublG – Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (SR 170.512); SR – Systematische Sammlung des Bundesrechts (<www.admin.ch/ch/d/sr/sr.html>); SPSR – Swiss Political Science Review; StGB – Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0); ÜbBest – Übergangsbestimmung; UN-Charta – Charta der Vereinten Nationen (SR 0.120); VPB – Verwaltungspraxis der Bundesbehörden; VVWA – Verordnung über den Vollzug der Weg- und Ausweisung von ausländischen Personen (SR 142.281); WÜRv – Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (SR 0.111); ZBJV – Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins; ZBl. – Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht; ZSR – Zeitschrift für schweizerisches Recht.

¹ Schweizerische Bundeskanzlei, Eidgenössische Volksinitiative “für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)”. Zustandekommen, BBl. 2008, 1927 f.

rechtswissenschaftlichen Schrifttum neu entfacht.² Im Fokus steht die formulierte Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung, welche den direkten Zugriff der Stimmberechtigten auf die Verfassungsgebung erlaubt (Art. 139 [neu] BV³). Einzig "zwingende Bestimmungen des Völkerrechts" dürfen durch Volksinitiativen nicht angetastet werden (Art. 139 Abs. 2 BV). Das Parlament ist verpflichtet, Volksinitiativen, welche diese Grenze missachten, "für ganz oder teilweise ungültig" zu erklären. Der Text der Bundesverfassung klärt jedoch nicht abschliessend, wie mit Volksinitiativen zu verfahren ist, die zwar im Widerspruch zu völkerrechtlichen Verpflichtungen stehen, "zwingende Bestimmungen des Völkerrechts" aber nicht tangieren.

Diesem Beitrag liegt das Verständnis der Volksinitiative als mehrgliedriges Verfahren von Verfassungspolitik, verfassungsgeleiteter Gesetzgebung und Verfassungsrechtspflege zu Grunde. Auf dieser Basis wird das verfassungsrechtliche Modell funktionellrechtlich differenzierter Herstellung praktischer Konkordanz zur Bewältigung von Widersprüchen zwischen der Beachtung des Völkerrechts und konfligierenden Volksinitiativen verfassungstheoretisch aufgearbeitet. Die damit einhergehende Rationalisierung der Volksinitiative als verfassungsrechtliches Verfahren erhellt – nach Verfahrensstand und Behörde differenziert – Potentiale für einen schonenden Ausgleich. Zugleich wird der stark

² Allein 2007 und 2008 u.a. Andreas Auer, *Statt Abbau der Volksrechte – Ausbau des Rechtsstaates*, NZZ 10. September 2008, 15; ders./Bénédicte Tornay, *Aux limites de la souveraineté du constituant*, AJP 14 (2007), 740-747; Robert Baumann, *Völkerrechtliche Schranken der Verfassungsrevision*, ZBl. 108 (2007), 181-210; Giovanni Biagini, *Völkerrechtlich problematische Initiativen*, NZZ 16. Mai 2007, 17; Bernard Dutoit/Stephen V. Berti/Peter Isler/Pascal Pichonnaz/Daniel Thüerer/Hans Peter Walter, *Volksinitiativen. Gefahren des Missbrauchs*, ZSR 126 (2007) I, 429-434; Bernhard Ehrenzeller/Roger Nobs, *Die Verantwortung liegt bei Volk und Ständen*, NZZ 16. Mai 2007, 17; Astrid Epiney, *Stellung und Bedeutung des Völkerrechts. Demokratie, Rechtsstaat und Gewaltenteilung im Gleichgewicht*, NZZ 4. September 2007, 18; Thomas Gächter/Matthias Kradolfer, *Von schwarzen Schafen. Gedanken zur Ausschaffungsinitiative aus juristischer Sicht*, Asyl 23 (2008) I, 12-20, 19; Helen Keller/Markus Lanter, *Strapaziertes Völkerrecht. Zweifelhafte Position des Bundesrates zur Einbürgerungsinitiative*, NZZ 13. Februar 2007, 16; Helen Keller/Markus Lanter/Andreas Fischer, *Volksinitiativen und Völkerrecht. Die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung*, ZBl. 109 (2008), 121-154; Giusep Nay, *Unhaltbare Lücken im Grundrechtsschutz*, Plädoyer 25 (2008) V, 28 f., 29; ders., *Sollen Volksinitiativen ungültig sein, wenn sie nur gegen nicht-zwingendes Völkerrecht verstossen?*, Plädoyer 24 (2007) III, 29; Heribert Rausch, *Volksinitiativen als Motor der Gesetzgebung*, ZSR 127 (2008) I, 425-445; Daniel Thüerer, *Wer hat Angst vor dem Völkerrecht? Wer vor den Volksrechten? Keine unlösbaren Widersprüche, sondern gegenseitige Stärkung*, NZZ 17. August 2007, 17; Pierre Tschannen, *Wem gehört die Verfassung? Neuer Streit um die Gewaltenteilung*, ZBJV 143 (2007), 793-806, 801; David R. Wenger, *Was weiss die Politik schon vom Recht. Szenarien einer Umsetzung der Einbürgerungsinitiative*, ZBl. 108 (2007), 424-434; Tristan Zimmermann, *Quelles normes impératives du droit international comme limite à l'exercice du droit d'initiative par le peuple?*, AJP 14 (2007), 748-760.

³ Bis zur (mittlerweile unwahrscheinlich gewordenen, vgl. Anm. 8) Inkraftsetzung der Bestimmungen über die Allgemeine Volksinitiative gemäss dem Bundesbeschluss über die Änderung der Volksrechte (Änderung vom 4. Oktober 2002), angenommen von Volk und Ständen am 9. Februar 2003 (BBl. 2003, 3111 f.), teilweise in Kraft gesetzt per 1. August 2003 (AS 2003, 1949-1952), bleibt Art. 139 BV in seiner ursprünglichen Fassung vom 18. April 1999 (AS 1999, 2589 f.) in Kraft (Ziff. II des erwähnten Bundesbeschlusses). Ohne den expliziten Zusatz "[alt]" bezieht sich das Zitat von Art. 139 BV im Text stets auf die (neue) Fassung vom 4. Oktober 2000 (in Kraft seit 1. August 2003).

von explizit oder implizit rechtspolitischen Argumenten durchsetzte Diskurs um die Volksinitiative, ihre Grenzen und ihr Verhältnis zum Völkerrecht auf das positive Verfassungsrecht zurück verlagert.

Die verfassungsdogmatische Begründung des Modells erfolgt in mehreren Argumentationsschritten. Abschnitt II verschafft einen Überblick über die normative Ausgestaltung der Volksinitiative und arbeitet deren empirische Wirkungsweise im politischen Gesamtsystem der Schweiz auf. Anschliessend wird das eigengeartete verfassungsrechtliche Umfeld der Volksinitiative beleuchtet (Abschnitt III.), um im vierten Abschnitt die bisherige Praxis zu den inhaltlichen Beschränkungen der Volksinitiative zusammenfassend zu würdigen. Im fünften Abschnitt werden die verschiedenen Stränge zu einem verfassungsrechtlichen Modell verknüpft und am Beispiel der eingangs erwähnten, derzeit hängigen Volksinitiative praxisnah erläutert. Die hauptsächlichen Folgerungen werden schliesslich im sechsten Abschnitt zusammengefasst.

II. Ausgestaltung und Wirkung der Volksinitiative

A. Verfassungsrechtliche Ausgestaltung

1. Typen von Volksinitiativen

Die Volksinitiative bezieht sich auf die Änderung der Bundesverfassung, entweder auf eine vollständige (Totalrevision; Art. 138 BV) oder eine partielle (Teilrevision; Art. 139 BV). Die Volksinitiative auf Totalrevision stellt die gesamte geltende Verfassungsurkunde zur Disposition, während mit der Volksinitiative auf Teilrevision innerhalb eines in sich thematisch geschlossenen Rahmens die Ergänzung, Änderung oder Aufhebung einer oder mehrerer Bestimmungen verlangt wird. Die einzige bisher erfolgreich lancierte Initiative auf Totalrevision scheiterte deutlich.⁴ Demgegenüber hatten Stimmberechtigte und Kantone seit der Einführung dieses direkt-demokratischen Rechts im Jahr 1891 bis Ende August 2009 über 169 durch Volksinitiativen vorgeschlagene partielle Änderungen der Bundesverfassung zu befinden.⁵ In mehr als 95 % der Fälle handelte es sich dabei um formu-

⁴ Art. 138 Abs. 2 i.V.m. Art. 193 Abs. 3 BV; die von den faschistischen "Frontisten" und katholisch-konservativen Gruppen eingereichte Volksinitiative "für eine Totalrevision der Bundesverfassung" wurde am 8. September 1935 von 72,3 % der Abstimmenden und allen Kantonen verworfen (BBl. 1935 II, 446). – Mangels der verfassungsrechtlichen Möglichkeit einer Volksinitiative auf Teilrevision wurde ein am 3. August 1880 eingereichtes und am 31. Oktober 1880 verworfenes Begehren, das lediglich auf die Änderung von Art. 39 aBV (Einführung eines Banknotenmonopols des Bundes) zielte, formell als Totalrevision behandelt; vgl. Botschaft betreffend die eidgenössische Abstimmung vom 31. Oktober 1880 über Abänderung der Bundesverfassung (vom 23. November 1880), BBl. 1880 IV, 499-504.

⁵ Botschaft des Bundesrates vom 21. Juli 1891 betreffend die eidgenössische Volksabstimmung vom 5. Juli 1891, BBl. 1891 IV, 1-10. – Daten: Schweizerische Bundeskanzlei, Volksinitiative. Übersicht in Zahlen, <www.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis_2_2_5_9.html> (Stand: 8. Februar 2009; aktuell bis

lierte Volksinitiativen.⁶ Dabei ist die von einem 7 bis 27 Stimmberechtigten umfassenden Komitee verfasste Initiative bei fristgerechter Unterstützung durch 100.000 Stimmberechtigte unverändert, „so wie sie lautet“, der Abstimmung „zu unterbreiten“ (Art. 68 Abs. 1 Bst. e BPR; Art. 99 ParlG).⁷ Demgegenüber fristet die Volksinitiative in der Form der allgemeinen Anregung, welche das Parlament verpflichtet, den konkreten Verfassungstext „im Sinn der Initiative“ auszuarbeiten, ein Schattendasein (Art. 139 Abs. 4 [alt] BV). Dessen ungeachtet hat sich deren Ablösung durch die allgemeine Volksinitiative, mit welcher Änderungen sowohl des Bundesverfassungsrechts als auch des Bundesgesetzesrechts hätten angestrebt werden können, als nicht durchführbar erwiesen.⁸

2. Verfahren, Gültigkeit, Mehrheiten

a. Tiefe Hürden für das Zustandekommen

Nach der formellen Vorprüfung der Unterschriftenliste durch die Bundeskanzlei wird der Initiativtext veröffentlicht, was die Sammelfrist auslöst (Art. 179 BV; Art. 69, Art. 72 BPR; Art. 13 PublG). Eine Volksinitiative kommt zu Stande, sofern sie binnen 18 Monaten von 100.000 Stimmberechtigten (Art. 136 Abs. 1 BV) –

zu den Abstimmungen von Volk und Ständen vom 27. September 2009; vgl. <www.admin.ch/ch/d/pore/va/vab_1_3_3_1.html> sowie <www.bk.admin.ch/aktuell/abstimmung/va/002/index.html?lang=de>).

⁶ Vgl. Schweizerische Bundeskanzlei, Chronologie Volksinitiativen, <www.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis_2_2_5_9.html> (Stand: 08. Februar 2009): 269 zu Stande gekommene Volksinitiativen, davon 11 in der Form der allgemeinen Anregung, wobei die genaue Zuordnung strittig sein kann; vgl. Pierre Tschannen, Die Formen der Volksinitiative und die Einheit der Form, ZBl. 103 (2002), 2-29, 13/FN 39.

⁷ Alfred Kölz, „So wie die Initiative lautet“, ZBl. 98 (1997), 241-251, 242 f., 249-251 (mit der hauptsächlichen Begründung, dass eine Änderung des Textes durch das Parlament dem Wesen der Volksinitiative als „Antrag aus dem Volk an das Volk“, dazu Anm. 23, widerspräche); Tschannen (Anm. 6), 10; ähnlich der Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates „Parlamentarische Initiative Parlamentsgesetz“, BBl. (2001), 3467-3620, 3573.

⁸ Mit dem Bundesbeschluss über die Änderung der Volksrechte (Anm. 3), wurden die Verfassungsgrundlagen für die Einführung der allgemeinen Volksinitiative als Antrag zur „Annahme, Änderung oder Aufhebung von Verfassungs- oder Gesetzesbestimmungen“ (Art. 139a Abs. 1 nBV) unter Verzicht auf die Volksinitiative in der Form der allgemeinen Anregung geschaffen; zur allgemeinen Volksinitiative Giovanni Biaggini, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007, Art. 139a BV, N 2-11. Die einfachgesetzliche Umsetzung hat sich jedoch als zu komplex erwiesen, weshalb die Verfassungsänderung rückgängig gemacht und die Volksinitiative in der Form der allgemeinen Anregung beibehalten werden soll; vgl. Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates, Parlamentarische Initiative „Verzicht auf die Einführung der allgemeinen Volksinitiative“, BBl. 2008, 2891-2902; Stellungnahme des Bundesrates, BBl. 2008, 2907 f.; Parlamentarische Geschäftsdatenbank „Curia Vista“ <www.parlament.ch/homepage/cv-curia-vista.htm>; Nr. 06.458.

aktuell 2 % aller Stimmberechtigten⁹ – mit ihrer Unterschrift unterstützt wird (Art. 138 Abs. 1, Art. 139 Abs. 1 BV).

b. Gültigkeit, Abstimmungsempfehlung, Gegenentwurf

Eine Volksinitiative wird von der Bundesversammlung – den beiden gleichberechtigten Kammern des Parlaments, dem National- und dem Ständerat (Art. 142 Abs. 2 BV), – für ganz oder teilweise ungültig erklärt, wenn sie “die Einheit der Form, die Einheit der Materie oder zwingende Bestimmungen des Völkerrechts” verletzt (Art. 139 Abs. 2 BV; Art. 98 Abs. 1 ParlG).¹⁰ Ganz oder teilweise gültige Volksinitiativen empfiehlt die Bundesversammlung den Stimmberechtigten zur Annahme oder Ablehnung (Art. 100 ParlG). Bundesrat und Parlament können der Initiative einen eigenen Vorschlag (“Gegenentwurf”) auf Verfassungsstufe oder infrakonstitutioneller Ebene gegenüber stellen (Art. 139 Abs. 3 Satz 3, Art. 181 BV; Art. 101 ParlG; Art. 74 Abs. 2 BPR). Auf diese Weise wird regelmässig versucht, dem Initiativkomitee eine goldene Brücke zum Rückzug ihres Begehrens zu bauen (vgl. Art. 73 Abs. 2 Satz 1 BPR).

c. Hohe Hürden für den Erfolg in der Abstimmung von Volk und Ständen

Volksinitiativen auf Teilrevision der Bundesverfassung bedürfen zu ihrer Annahme einer doppelten Mehrheit: Erstens der überwiegenden Zustimmung der Abstimmenden (“Volksmehr”) insgesamt, zweitens derjenigen der in diesem Zusammenhang als “Stände” bezeichneten 26 Kantone (“Ständemehr” als Mehrheit der “Standesstimmen”).¹¹ Zur Ermittlung einer Standesstimme ist das Ergebnis der Volksabstimmung im jeweiligen Kanton massgebend, wobei sechs Kantone aus historischen Gründen je nur eine halbe Standesstimme zukommt (Art. 142 Abs. 3, 4 BV). Eine Volksinitiative muss daher wenigstens 12 Standesstimmen auf sich vereinigen. Diese doppelte Hürde von Volks- und Ständemehr hat sich als hoch erwiesen: Von den bis Ende August 2009 abgestimmten 169 Volksinitiativen auf Teilrevision der Bundesverfassung wurden lediglich 16 angenommen.¹² Die

⁹ Basis: 4.970.220 Stimmberechtigte, einschliesslich 114.460 Auslandschweizer (vgl. Art. 2 Bundesgesetz über die politischen Rechte der Auslandschweizer; SR 161.5) per 1. Juni 2008; vgl. BBl. 2008, 6163-6165.

¹⁰ Hervorhebungen hinzugefügt.

¹¹ Die Bundesverfassung verwendet den Ausdruck “Stand”, der weder ein französisches noch ein italienisches Pendant kennt, für “Kanton” in jenen Fällen, in welchen die Kantone als Organe des Bundes an dessen Willensbildung beteiligt sind; vgl. Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl. 1997 I, 1-642, 359/FN 1; vgl. aber Art. 45 BV. Zur Genese André Holenstein, Stände (Version: 11. Februar 2005), in: e-HLS. Historisches Lexikon der Schweiz, <www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D8539.php>.

¹² Folgende Volksinitiativen wurden von Volk und Ständen bis zum 26. September 2009 angenommen: (16.) “Für die Unverjährbarkeit pornografischer Straftaten an Kindern” (Abstimmungsergebnis: BBl. 2009, 605; Datum des Inkrafttretens: 30. November 2008; eingefügte Bestimmung: Art. 123b BV); (15.) “Für Lebensmittel aus gentechnikfreier Landwirtschaft” (BBl. 2006, 1062; 27. Novem-

tiefe unmittelbare Erfolgsquote von 9,5 % täuscht jedoch leicht über den signifikanten Einfluss hinweg, den Volksinitiativen indirekt auf die Rechtsetzung ausüben (vgl. II., C., 1.).

B. Verfassungsrechtliche Grenzen der Volksinitiative

Volksinitiativen haben die "Einheit der Form" und die "Einheit der Materie" zu wahren (Art. 139 Abs. 2, Art. 194 Abs. 2 und 3 BV). Diese Erfordernisse werden gemeinhin als "formelle Schranken" der Volksinitiative bezeichnet. Die Einheit der Materie schützt die freie Willensbildung der Stimmberechtigten, indem sie einen die Zielsetzungen des Begehrens verbindenden sachlichen Zusammenhang verlangt (Art. 75 Abs. 2 BPR).¹³ Die Einheit der Form verpflichtet die Initianten, sich entweder für die formulierte Initiative oder die allgemeine Anregung zu entscheiden (Art. 75 Abs. 3 BPR).

Nach Art. 139 Abs. 2 und Art. 194 Abs. 2 BV ist der zulässige Inhalt von Volksbegehren durch "zwingende Bestimmungen des Völkerrechts" begrenzt. Anerkannt ist ferner, dass tatsächlich unmögliche oder faktisch offensichtlich undurchführbare Begehren ungültig sind.¹⁴ Gültig sind demgegenüber sowohl zeit-

ber 2005; Art. 197 Ziff. 2 ÜbBest BV); (14.) "Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter" (BBl. 2004, 2201; 8. Februar 2004; Art. 123a BV); (13.) "Für den Beitritt der Schweiz zur Organisation der Vereinten Nationen (UNO)" (BBl. 2002, 3692; 3. März 2002; Art. 197 Ziff. 1 ÜbBest BV); (12.) "Für einen arbeitsfreien Bundesfeiertag (1. August-Initiative)" (BBl. 1993 IV, 266; 1. Juli 1994; Art. 110 Abs. 3 BV); (11.) "Zum Schutze des Alpengebietes vor dem Transitverkehr" (BBl. 1994 II, 701; 20. April 1994; Art. 84 BV, Art. 196 Ziff. 1 ÜbBest BV); (10.) "Stopp dem Atomkraftwerkbau (Moratorium)" (BBl. 1991 I, 309; 23. September 1990; Art. 196 Ziff. 4 ÜbBest BV); (9.) "Zum Schutz der Moore – Rothenthurm-Initiative" (BBl. 1988 I, 572; 6. Dezember 1987; Art. 78 Abs. 5 BV); (8.) "Zur Verhinderung missbräuchlicher Preise" (BBl. 1983 I, 928; 28. November 1982; nachgeführt in Art. 96 BV); (7.) "Rückkehr zur direkten Demokratie" (BBl. 1949 II, 582; 28. Oktober 1949; nachgeführt in Art. 165, Art. 141 Abs. 1 lit. b, Art. 140 Abs. 1 lit. c BV); (6.) "Kursaalspiele (Spielbanken)" (BBl. 1929 I, 94; 14. März 1929; revidiert, siehe Art. 106 BV); (5.) "Für die Unterstellung von unbefristeten oder für eine Dauer von mehr als 15 Jahren abgeschlossenen Staatsverträgen unter das Referendum (Staatsvertragsreferendum)" (BBl. 1921 I, 424; 16. April 1921; revidiert, siehe Art. 140 Abs. 1 lit. c, Art. 141 Abs. 1 lit. d BV); (4.) "Für ein Verbot der Errichtung von Spielbanken" (BBl. 1921 II, 302 f.; 16. April 1921; aufgehoben, siehe Art. 106 BV); (3.) "Proporzwahl des Nationalrates" (BBl. 1918 V, 100; 11. Dezember 1918; Art. 149 Abs. 2 Satz 1 BV); (2.) "Für ein Absinthverbot" (BBl. 1908 IV, 572; 7. Oktober 1908; per 1. März 2005 aufgehoben, AS 2005, 971 f.); (1.) "Für ein Verbot des Schlachtens ohne vorherige Betäubung" (BBl. 1893 IV, 401, 405 f.; 22. Dezember 1893; Art. 25^{bis} aBV, dazu BGE 33 I 723 E 3, 731-733), aufgrund der Abstimmung vom 2. Dezember 1973 auf bundesgesetzliche Ebene (Art. 20 Tierschutzgesetz, SR 455) zurückgestuft (BBl. 1974 I, 312).

¹³ BGE 1P.668/2003 E 2.4, 128 I 190 E 3.2., 196 f.; 125 I 227 E 3b, 196 f.; 123 I 63 E 4b, 71; Pierre Tschannen, Schutz der politischen Rechte, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Bd. VII/2. Grundrechte in der Schweiz und Liechtenstein, Heidelberg/Zürich/St. Gallen 2007, § 220, N 48 f. Vgl. die ungültig erklärte Volksinitiative "für weniger Militärausgaben und mehr Friedenspolitik" auf "Curia Vista" (Anm. 8; Nr. 94.062).

¹⁴ Vgl. Botschaft BV (Anm. 11), 445; Biaggini (Anm. 8), Art. 139 BV, N 14; Keller/Lanter/Fischer (Anm. 2), 137; Pierre Tschannen, Stimmrecht und politische Verständigung, Basel/Frankfurt am Main 1995, 79 f.; Luzius Wildhaber, Art. 118 aBV, in: Jean-François Au-

lich rückwirkende Volksinitiativen, als auch solche, die sich gegen bestimmte Ausgabenbeschlüsse (z.B. Beschaffung neuer Kampfflugzeuge) wenden oder auf Verordnungsrecht (z.B. Tempolimit im Strassenverkehr) zielen.¹⁵ Darüber hinaus entspannt sich im Schrifttum vor allem ab der Mitte des 20. Jahrhunderts eine Kontroverse darüber, ob bestimmte Fundamentalnormen und Gestaltungsprinzipien der Bundesverfassung der Volksinitiative entzogen sind. In der Praxis der Bundesversammlung stiess diese Diskussion bisher auf nur beschränkten Widerhall (vgl. IV., A.).

C. Einwirkungen der Volksinitiative auf das politische System

1. Responsivität, Interaktion und Deliberation

Die weitgehende Absenz inhaltlicher Beschränkungen und die tiefen Hürden für das Zustandekommen von Volksinitiativen ermöglichen es auch politischen und gesellschaftlichen Gruppierungen ohne Durchsetzungschancen im Parlament, von den politischen Eliten unzureichend aufgenommene oder tabuisierte Themen auf die politische Tagesordnung zu setzen.¹⁶ Bundesversammlung und Bundesrat können auf diesen Impuls insbesondere durch Gegenentwürfe differenziert reagieren. Die Unterstützung einer Volksinitiative durch die Bundesversammlung ist äusserst

bert/Kurt Eichenberger/Jörg Paul Müller/René A. Rhinow/Dietrich Schindler (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1988, N 52, 111-118, je m.w.H.

¹⁵ Zur Rückwirkung: Botschaft zur Volksinitiative "für die Unverjährbarkeit pornografischer Straftaten an Kindern" und zum Bundesgesetz über die Verfolgungsverjährung bei Straftaten an Kindern, BBl. 2007, 5369-5392, 5372; Botschaft BV (Anm. 11), 447; gl. M. Kurt Eichenberger, Alfred Kölz, Dietrich Schindler, je in: ZBl. 93 (1992), 405-419, 412 f., 420-430, 429 f., 388-404, 403. – Die am 6. Juni 1993 abgelehnte Volksinitiative "für eine Schweiz ohne neue Kampfflugzeuge", richtete sich in der Sache gegen den Ausgabenbeschluss zur Beschaffung neuer Kampfflugzeuge für die Schweizer Luftwaffe (BBl. 1992 VI, 471-486, 476 f.). – Die am 26. August 1989 abgelehnte Volksinitiative "pro Tempo 130/100" (BBl. 1987 II, 1417-1436) zur Anhebung des Tempolimits auf Autobahnen (von 120 auf 130 km/h) und anderen Strassen ausserhalb des Siedlungsgebiets (von 80 auf 100 km/h) zielte auf die entsprechende Bestimmung in Art. 4a Verkehrsregelverordnung (SR 741.11).

¹⁶ Vgl. zuletzt die Fallstudie von Dominic Höglinger, Verschafft die direkte Demokratie den Benachteiligten mehr Gehör?, SPSR 14 (2008), 207-243, 236 f.; ferner Bruno S. Frey/Iris Bohnet, Democracy by Competition. Referenda and Federalism in Switzerland, Publius 23 (1993), 71-81, 81; Hanspeter Kriesi, Le système politique suisse, 2. Aufl., Paris 1998, 101 f.; Wolf Linder/Georg Lutz, Direkte Demokratie, in: Ulrich Klöti/Peter Knoepfel/Hanspeter Kriesi/Wolf Linder/Yannis Papadopoulos/Pascal Sciarini (Hrsg.), Handbuch der Schweizer Politik, 4. Aufl., Zürich 2006, 103-124, 113; René Rhinow, Grundprobleme der schweizerischen Demokratie, ZSR 103 (1984) II, 111-273, 209; Pascal Sciarini/Alexandre H. Trechsel, Démocratie directe en Suisse. L'élite politique victime des droits populaires?, SPSR 2 (1996), 201-232, 207; Tschannen (Anm. 14), 188, 293 a.E.; Hans Werder, Die Bedeutung der Volksinitiative in der Nachkriegszeit, Diss., Bern 1978, 11, 27, 50 f.

selten: Seit 1891 wurden lediglich 3 % aller Begehren zur Annahme empfohlen.¹⁷ Für gewählte Behörden bildet die Volksinitiative jedoch einen starken Anreiz für eine responsive Politikgestaltung: Trotz der tiefen direkten Erfolgsquote von 9,5 % fanden in rund einem Drittel der Fälle zentrale Anliegen von Volksinitiativen Niederschlag in der späteren Gesetzgebung.¹⁸

Anders als die *“no-talk-just-vote drive-through referenda”*¹⁹ kalifornischer Prägung lässt die Volksinitiative keine Umgehung der gewählten Behörden zu. Vielmehr integriert sie Parlament und Regierung in einen mehrstufigen deliberativen Prozess, der für die Entscheidungsfindung der Stimmberechtigten von elementarer Bedeutung ist. Dabei stützt sich ein informierter Entscheid der Stimmberechtigten notwendig auf die im Prozess der öffentlichen Meinungsbildung der politischen Eliten ausgetauschten Argumente. Empirisch belegt ist, dass einer intensiv geführten Abstimmungskampagne das Gewicht der Sachargumente im individuellen Entscheidungsprozess relativ zu anderen Faktoren (Parteipräferenz, Favorisierung des *Staus quo*, Behördenvertrauen) signifikant erhöht.²⁰ Die Verwoben-

¹⁷ Basis: 169 abgestimmte Volksinitiativen bis 26. September 2009. Zur Annahme empfohlen wurden die Volksinitiativen Nr. 2, 5, 6, 12 und 13 gemäss Anm. 12. Daten: wie Anm. 6; Rausch (Anm. 2), 438-440 konstantiert deshalb einen “behördlichen Abwehrreflex”.

¹⁸ Dominique Joyce/Yannis Papadopoulos, *Votations moteur. Les logiques de vote blanc et de la participation*, in: Yannis Papadopoulos (Hrsg.), *Elites politiques et peuple en Suisse*, Lausanne 1994, 245-275, 260; Kriesi (Anm. 16), 119-121; Werder (Anm. 16), 160 f.; zur Wirkungsweise in den amerikanischen Einzelstaaten den Überblick über die empirische Literatur bei Timothy Besley/Anne Case, *Political Institutions and Policy Choices. Evidence from the United States*, *Journal of Economic Literature* 41 (2003), 7-73, 45-47. – Zur Diskursivität und Responsivität Lars P. Feld/Gebhard Kirchgässner, *Direct Democracy, Political Culture, and the Outcome of Economic Policy. A Report on the Swiss Experience*, *European Journal of Political Economy* 16 (2000), 287-306, 289-295; Bruno S. Frey/Gebhard Kirchgässner, *Diskursethik, Politische Ökonomie und Volksabstimmungen*, *Analyse & Kritik* 15 (1993), 129-149, 139-142; Jörg Paul Müller, *Der politische Mensch – menschliche Politik*, Basel/Genf/München 1999, 59; Daniel Thüer, *Abstimmungsdemokratie und deliberative Demokratie*, in: ders., *Kosmopolitisches Staatsrecht. Grundidee Gerechtigkeit*, Zürich/Basel/Genf/Berlin 2005, 41-63, 49-51; zum daraus erwachsenden Prozessnutzen Bruno S. Frey/Alois Stutzer, *Happiness, Economy and Institutions*, *Economic Journal* 110 (2000), 918-938, 921, 932 f.

¹⁹ Akhil Reed Amar, *America’s Constitution. A Biography*, New York 2006, 309. – Echte Deliberation wird unter anderem dadurch erschwert, dass nach Article II § 8 (c) Constitution of the State of California Initiativen ohne parlamentarische Beratung oder Stimmempfehlung vorgelegt werden und pro Abstimmungstermin durchschnittlich rund 12 Initiativen zur Abstimmung gelangen; vgl. Brian P. Janiske/Ken Masugi, *Democracy in California*, Lanham MD etc. 2003, 58.

²⁰ Hanspeter Kriesi, *Argument-Based Strategies in Direct-Democratic Votes: The Swiss Experience*, *Acta Politica*, 40 (2005), 299-316, 313 f. und die Fallstudie zu zwei obligatorischen Referenden vom 20. Februar 1994 (BBl. 1994 II, 696-700) von Hanspeter Kriesi, *Individual Opinion Formation in a Direct Democratic Campaign*, *BJPS* 32 (2002), 171-185, 184 f.; dagegen schloss Hans Peter Hertig, in: Erich Gruner/Hans Peter Hertig, *Der Stimmbürger und die “neue” Politik*, Bern/Stuttgart 1983, 108-111, 131-136 aus der Korrelation (nicht: Kausalbeziehung) zwischen Werbeausgaben und einem bestimmten Abstimmungsausgang auf eine “kognitive Überforderung des Stimmbürgers”, eine These, die (ohne empirische Abstützung) prominent von Giovanni Sartori, *The Theory of Democracy Revisited*, Chatham NJ 1987, 115 (“[Direct democracy would] quickly and disastrously founder on the reefs of *cognitive incompetence*.”) vertreten wird; vgl. die differenzierten Analysen zur Käuflichkeit von Abstimmungen bei Wolf Linder/Regula Zürcher/Christian Bolliger, *Gespaltene Schweiz – geeinte Schweiz. Gesellschaftliche Spaltungen und Konkordanz bei den Volksabstimmun-*

heit von repräsentativen und direkt-demokratischen Elementen erlaubt den Stimmberechtigten andererseits, bei ihrer Entscheidung auf kognitive Abkürzungsstrategien (*“shortcuts”*) zurückzugreifen:²¹ Die Bundesversammlung ist aufgrund von Art. 100 ParlG verpflichtet, eine Abstimmungsempfehlung abzugeben. Entsprechende Vorschläge gehen auch von den politischen Parteien aus. Jede Volksinitiative führt daher zu einer temporär binär strukturierten, in ein zustimmendes und ein ablehnendes Lager aufgeteilten Parteienlandschaft. Diese ermöglicht den Stimmberechtigten eine rational vereinfachte Entscheidungsfindung, indem sie sich von ihrer Parteipräferenz oder von Behördenvertrauen leiten lassen.²² Das Verhalten der politischen Eliten ist daher für den individuellen Abstimmungsentscheid von elementarer Bedeutung. Dieser durch ein Volksbegehren in Gang gesetzten deliberativen Interaktion zwischen Parlament, Regierung, intermediären Gruppen und Stimmberechtigten wird die viel zitierte Charakterisierung der Volksinitiative als *“Antrag aus dem Volk (...) an das Volk”*²³ nicht gerecht. Gleiches gilt für den im deutschen Schrifttum verwendeten Begriff *“Volksgesetzgebung”*.²⁴

gen seit 1874, Baden 2008, 213 und Alexander H. Trechsel, Volksabstimmungen, in: Klöti *et al.* (Anm. 16), 459-487, 463-465.

²¹ Hanspeter Kriesi, *Direct Democratic Choice. The Swiss Experience*, Lanham MD etc. 2005, 8 f., 137-142, wogegen *“shortcuts”* in Kalifornien (Anm. 19) praktisch ausschliesslich von Interessengruppen beeinflusst werden; vgl. Arthur Lupia, *Shortcuts Versus Encyclopedias. Information and Voting Behavior in California Insurance Reform Elections*, APSR 88 (1994), 63-76.

²² Kriesi (Anm. 21), 9 f., 237; ders., *How Citizens Decide in Direct-Democratic Votes. Experiences from Switzerland*, Portuguese Journal of Social Science 3 (2004), 3-13, 7 f., 11 f. – Die Volksinitiative *“Volkssouveränität statt Behördenpropaganda”*, welche die Informationstätigkeit des Bundesrates im Vorfeld von Abstimmungen weitgehend zu unterbinden suchte, wurde am 1. Juni 2008 vom Volk (75,2 %) und sämtlichen Ständen verworfen, vgl. Anm. 9; zum indirekten Gegenentwurf zur Initiative Anm. 113.

²³ Fritz Fleiner, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Tübingen 1923, 398. – Das Schrifttum identifiziert Fritz Fleiner (1867-1937) denn auch zumeist als Urheber dieses oft zitierten Diktums. Am Ursprung der Passage dürfte jedoch BGE 25 I 64 E 5, 77 vom 2. März 1899 (*“Darin, dass es sich um einen Antrag aus dem Volke an das Volk handelt, erblickt denn auch die staatsrechtliche Literatur das Wesen der Initiative (...)”* – Kursivdruck hinzugefügt) stehen, mit Hinweisen auf Jakob Dubs, *Das Oeffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Erster Theil*, Zürich 1878, 145; Carl Hilty, *Das Referendum im Schweizerischen Staatsrecht*, AöR 2 (1887), 167-219/367-440, 417 ff.; Albert Keller, *Das Volksinitiativrecht nach den Schweizerischen Kantonsverfassungen*, Diss., Zürich 1889, 57; Alois von Orelli, *Das Staatsrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft*, in: Heinrich Marquardsen (Hrsg.), *Handbuch des Oeffentlichen Rechts*. Bd. IV/1. Halbbd./2. Abt., Freiburg im Breisgau 1885, 103; Gustav Vogt, *Referendum, Veto, Initiative in den neuen schweizerischen Kantonsverfassungen*, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 19 (1873) 350-380, 379. In den angeführten Publikationen werden zwar teilweise ähnliche (v.a. von Hilty (Anm. 23), 419 und Keller (Anm. 23), 58, 60), jedoch keine wortgleichen Formulierungen verwendet.

²⁴ Gl. M. Wolf Linder, *Schweizerische Demokratie. Institutionen, Prozesse, Perspektiven*, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 2005, 242.

2. Innovation in der Verhandlungs- und Konkordanzdemokratie

Mit dem fakultativen Referendum können 50.000 Stimmberechtigte oder acht Kantone eine Volksabstimmung über die von der Bundesversammlung beschlossenen Bundesgesetze und bestimmte Staatsverträge herbeiführen (Art. 141 Bst. a-c, Art. 165 Abs. 1, 2 BV). Findet das Referendum eine Mehrheit der Abstimmenden, ist es im Sinne eines "Volksvetos" erfolgreich (Art. 142 Abs. 2 BV). Zwischen 1874 und 2005 wurde das fakultative Referendum zwar lediglich in etwas mehr als 7 % der möglichen Fälle erfolgreich lanciert, doch erlitten knapp 47 % der von der Bundesversammlung verabschiedeten Vorlagen in der Referendumsabstimmung Schiffbruch.²⁵ Daher schwebt die Referendumsdrohung gleich einem Damoklesschwert über der parlamentarischen Entscheidungsfindung und zwingt bereits in einem frühen Stadium des Rechtsetzungsverfahrens zu einem möglichst breiten Konsens. Letzterer ist für den Erfolg der Vorlage in der Referendumsabstimmung nachweislich entscheidend.²⁶ Daher hat das fakultative Referendum die plebiszitäre, liberal dominierte Mehrheitsdemokratie der Gründerjahre des 19. Jahrhunderts in eine Verhandlungs- und Konkordanzdemokratie transformiert.²⁷ Die Regierungsbeteiligung einer Partei geht indessen nicht generell mit einem Rückgang oppositioneller Strategien in Volksabstimmungen einher.²⁸ Zudem lassen sich seit den späteren 1990er-Jahren eine deutliche Zunahme der Wettbewerbselemente und

²⁵ Eigene Berechnung aufgrund der Daten nach Wolf Linder, *Direct Democracy*, in: Ulrich Klöti/Peter Knoepfel/Hanspeter Kriesi/Wolf Linder/Yannis Papadopoulos/Pascal Sciarini (Hrsg.), *Handbook of Swiss Politics*, 2. Aufl., Zürich 2007, 101-120, 111.

²⁶ Hanspeter Kriesi, *Role of the Political Elite in Swiss Direct-Democratic Votes*, *Party Politics* 12 (2006), 599-612, 605 f., 616 f.; Linder/Zürcher/Bolliger (Anm. 20), 110 f.; Sciarini/Trechsel (Anm. 16), 207.

²⁷ Die Theorie der "repräsentativen Umbildung des fakultativen Referendums" geht auf Leonard Neidhart, *Plebiszit und pluralitäre Demokratie*, Bern 1970, 287 f., 313 f. zurück und hat insofern kanonischen Status erlangt, als dass spätere Untersuchungen lediglich weitere Gründe für die Hinwendung zur Konkordanzdemokratie anführen; vgl. Kriesi (Anm. 16), 99 f., 110 f.; Linder (Anm. 24), 301; Linder/Lutz (Anm. 16), 115; Adrian Vatter, *Consensus and Direct Democracy. Conceptual and Empirical Linkages*, *European Journal of Political Research* 38 (2000), 171-192, 185; kritisch zum Erklärungswert des Begriffs "Konkordanz" Leonhard Neidhart, *Eigentlich ist die Schweiz eine Rätedemokratie*. Ein Beitrag zur Konkordanzdebatte, *NZZ* 24. Februar 2009, 15 der auf die fehlende monarchische und parlamentarische Tradition der Schweiz verweist und die Räte mit ihren bestimmte gesellschaftliche Gruppen repräsentierenden Mitgliedern als ein konstitutives Merkmal des schweizerischen politischen Systems hervorhebt. Vgl. ferner Arend Lijphart, *Democracies. Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*, New Haven CT/London 1984, 23-30.

²⁸ Vgl. Christian Bolliger, *Konkordanz und Konfliktlinien in der Schweiz, 1945 bis 2003*, Diss., Bern/Stuttgart/Wien 2007, 463 f., 481 f.; Linder/Zürcher/Bolliger (Anm. 20), 208 f.; Regula Zürcher, *Konkordanz und Konfliktlinien in der Schweiz [1848-1947]*, Diss., Bern/Stuttgart/Wien 2006, 415. – Entgegen landläufiger Meinung dürfte die Regierungsbeteiligung der heutigen Christlich-demokratischen Volkspartei zudem nicht wesentlich für das Ende der "Referendumsstürme" der 1880er-Jahre verantwortlich gewesen sein; vgl. Christian Bolliger/Regula Zürcher, *Deblockierung durch Kooptation? Eine Fallstudie zur Aufnahme der Katholisch-Konservativen in die schweizerische Landesregierung 1891*, *SPSR* 10 (2004), 59-92, 85-88.

eine Abnahme der Verständigungsbereitschaft der Parteien beobachten.²⁹ Diese tektonischen Verschiebungen im politischen System ändern nichts daran, dass die Konkordanzdemokratie angesichts zahlreicher "Vetospiele"³⁰ nicht zuletzt im Bereich der Aussenpolitik zur Beibehaltung des *Status quo* tendiert³¹ und mit einer gewissen Diffusion von politischer Verantwortlichkeit einhergehen kann. Die unmittelbar auf die Verfassungsgebung durchgreifende Volksinitiative erscheint daher als ein zum Referendum komplementäres Instrument. Das fakultative Referendum erweist sich jedoch meist als politisch effektiver, da nach der gesetzlichen Regelung von der Lancierung bis zur Abstimmung über eine Volksinitiative mehr als fünf Jahre verstreichen können.³² Im Zeitraum zwischen dem 4. Dezember 1995 und dem 23. März 2007 betrug allein die parlamentarische Behandlungsdauer einer Volksinitiative durchschnittlich 572 Tage.³³

3. Volksinitiativen als parteipolitisches Marketing

Die auf Joseph A. Schumpeter zurückgehende und von der *Public Choice*-Theorie weiterentwickelte Definition der Politik als Wettbewerb der Parteien um

²⁹ Adrian Vatter, Vom Extremtyp zum Normalfall? Die schweizerische Konsensusdemokratie im Wandel, SPSR 14 (2008), 1-47, 36 f.; ferner Bolliger (Anm. 28), 473 f.; ders./Wolf Linder/Regula Zürcher, Volksentscheide sind Testfälle für die Konkordanz, NZZ 12. März 2008, 19; Linder/Zürcher/Bolliger (Anm. 20), 210 f. – Nach dem zwischenzeitlichen Abschied vom System der Allparteienregierung – im Anschluss an die unterbliebene Wiederwahl von Christoph Blocher als Bundesrat vom 12. Dezember 2007 und bis zur Wahl von Ueli Maurer als Bundesrat am 10. Dezember 2008 war die grösste Parlamentsfraktion vorübergehend nicht mehr im Bundesrat vertreten – steckt das seit 1959 weitgehend stabile Konkordanzsystem derzeit in einer Phase der Neuorientierung; vgl. Leonhard Neidhart, Die "Konkordanzdämmerung", NZZ 7. Juli 2008, 9. Am verfassungsrechtlich vorgegebenen Konsenszwang vermag dies freilich wenig zu ändern.

³⁰ Der Ausdruck "*veto player*" geht auf George Tsebelis, Decision Making in Political Systems. Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartyism, BJPS 25 (1995), 289-325, 293 zurück und ist definiert als "an individual or collective actor whose agreement is required for a policy decision".

³¹ Gebhard Kirchgässner, Direct Democracy: Obstacle to Reform?, Constitutional Political Economics 19 (2008), 81-93, 83, 85 f., 90 f.; ders., The Status Quo Bias in Direct Democracy. Empirical Results for Switzerland 1981-1999. Paper Presented at the World Meeting of the Public Choice Societies, Amsterdam (30. März 2007), 15/N. 34 m.w.H. (wonach ein Schweizer Franken, der in eine Gegenkampagne investiert wird, im Vergleich zu einer befürwortenden Kampagne eine um 60 % grössere Wirkung entfaltet); René Rhinow, Die schweizerische Demokratie im Wandel, Recht 18 (2000), 129-137, 131-133; Tschannen (Anm. 14), 327, 494-496; Adrian Vatter/Markus Freitag, Die Janusköpfigkeit von Verhandlungsdemokratien, SPSR 8 (2002), 53-80, 74 und bereits Vogt (Anm. 23), 379 (das Referendum als "wahre Schlachtbank für jede schöpferische Legislation" bezeichnend, das der Ergänzung durch die Volksinitiative bedürfe).

³² Dem Bundesrat verbleiben nach dem Einreichen (Sammelfrist: 18 Monate) einer zustande gekommenen Volksinitiative 12 (bei einem Gegenentwurf 18) Monate zur Ausarbeitung einer Botschaft (Art. 97 Abs. 1 Bst. a, Abs. 2 ParlG), der Bundesversammlung 30 (bei einem Gegenentwurf eventuell weitere 12) Monate ab dem gleichen Zeitpunkt (Art. 100, 105 ParlG); bis zur Volksabstimmung können weitere 10 Monate verstreichen (Art. 74 Abs. 1 BPR). Beim fakultativen Referendum ordnet der Bundesrat nach der Sammelfrist von 100 Tagen die Volksabstimmung an (Art. 59-59c BPR).

³³ Boris Burri, Statistik über die Erlasse der Bundesversammlung, LeGes 18 (2007), 319-326, 324.

Wählerstimmen³⁴ liefert Hypothesen für die Nutzung der Volksinitiative durch etablierte Parteien. Als “*Issue-Voting*” wird das empirische Phänomen bezeichnet, wonach Stimmberechtigte aufgrund abnehmender Parteibindung (“*partisan dealignment*”) ihren Wahlentscheid nicht mehr primär aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer sozial, kulturell oder religiös determinierten Gruppe, sondern mit Blick auf bestimmte Sachthemen fällen.³⁵ In Antizipation dieser Entwicklung lässt sich die Volksinitiative für parteipolitisches Marketing als Wahlhelferin nutzen.³⁶ Die Volksinitiative als “institutionalisiertes *going public*”³⁷ der Parteien vermag den medialen Fokus auf zentrale Punkte des jeweiligen Parteiprogramms zu lenken. Der Mobilisierung der Wahlberechtigten sind polarisierende, bekannte und als dringlich eingeschätzte Themen wie die Asylpolitik, die Frage der europäischen Integration, Sozialausgaben oder die Ausgestaltung der Armee nachweislich besonders förderlich.³⁸ Programmatisch homogene und thematisch fokussierte Parteien an beiden Enden des politischen Spektrums besitzen daher einen komparati-

³⁴ Joseph A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism, and Democracy*, 5. Aufl., London/Boston/Sydney 1974, 269; Anthony Downs, *An Economic Theory of Democracy*, New York 1957, 28 (“[P]arties formulate policies in order to win elections, rather than win elections in order to formulate policies.”); differenzierend zur Verwertbarkeit des Modells im schweizerischen Kontext Bruno S. Frey, *Direct Democracy. Politico-Economic Lessons from Swiss Experience*, AER 84 (1994), 338-342, 340 f.; Thüerer (Anm. 18), 43; vgl. auch Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main 1992, 401-405.

³⁵ Allgemein Bernt Aardal/Pieter van Wijnen, *Issue Voting*, in: Jacques Thomassen (Hrsg.), *The European Voter*, Oxford/New York 2005, 192-212, 194 f., 205 f.; Russel J. Dalton/Hans-Dieter Klingemann, *Citizens and Political Behavior*, in: dies. (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Political Behavior*, Oxford/New York 2007, 3-26, 11; zur Relevanz im schweizerischen Kontext: Wolf Linder, *Parteien-, Persönlichkeits-, Europa oder Traditionswahl? Eine systematische Untersuchung des Einflusses von Sachthemen auf den Wahlentscheid*, in: Hanspeter Kriesi/Wolf Linder/Ulrich Klöti (Hrsg.), *Schweizer Wahlen 1995*, Bern/Stuttgart/Wien 1998, 131-160, 157-159; auf breiter empirischer Basis differenziert zum anhaltenden Einfluss der “kulturellen und sozialen Umwelt” auf individuelle politische Entscheide in der Schweiz Linder/Zürcher/Bolliger (Anm. 20), 195 f.

³⁶ Jüngere Beispiele für dieses Phänomen sind die “Ausschaffungsinitiative” der Schweizerischen Volkspartei (vgl. Anm. 1 sowie Abschnitt V., C.) sowie die Volksinitiativen “Für faire Steuern. Stopp dem Missbrauch beim Steuerwettbewerb (Steuergerechtigkeits-Initiative)” (BBl. 2006, 9101-9105) und “Für den Schutz vor Waffengewalt” (BBl. 2007, 6211-6213) der Sozialdemokratischen Partei. Die Sammelfristen fielen jeweils teilweise in den Wahlkampf für die National- und Ständeratswahlen vom 21. Oktober 2007.

³⁷ Hanspeter Kriesi, *Strategische und politische Kommunikation*, in: Frank Esser/Barbara Pfetsch (Hrsg.), *Politische Kommunikation im internationalen Vergleich*, Wiesbaden 2007, 208-239, 227, den von Samuel Kernell, *Going Public. New Strategies of Presidential Leadership*, 3. Aufl., Washington D.C. 1997, 1 f. als “a strategy whereby a president promotes himself and his policies (...) by appealing directly to the American public for support” definierten Begriff auf direkt-demokratische Institutionen der Schweiz insgesamt adaptierend.

³⁸ Hanspeter Kriesi/Pascal Sciarini, *The Impact of Issue Preferences on Voting Choices in the Swiss Federal Elections 1999*, BJPS 34 (2004), 725-747, 727, 744, 746; Sarah Nicolet/Pascal Sciarini, *When Do Issue Opinions Matter, and to Whom? The Determinants of Long-Term Stability and Change in Party Choice in the 2003 Swiss Elections*, SPSR 12 (2006), 159-190, 168 f., 186.

ven Vorteil, entsprechende Anliegen mit Volksinitiativen auf die politische Agenda zu setzen.³⁹

4. Verfassungsrechtliche Folgerungen

Aufgrund der empirischen Wirkungsweise der Volksinitiative lässt sich folgern, dass letztere als Korrektiv zur repräsentativen Politikgestaltung die Handlungsalternativen von Bundesversammlung und Bundesrat beschränkt und gleichzeitig zu einer inhaltlichen Erweiterung "des politisch Denkbaren und Möglichen"⁴⁰ führt. Das System der halb-direkten Demokratie funktioniert ähnlich einem Schwamm,⁴¹ der vielfältige gesellschaftliche Anliegen absorbiert. Gleichzeitig wird der demokratische Entscheidungsprozess um eine nur beschränkt berechenbare Variable, um eine "*dose d'imprévisibilité*",⁴² angereichert. Diesem Kontrollverlust über den politischen Prozess, den die politischen Eliten angesichts der Instrumente der direkten Demokratie erleiden, steht die tragende Rolle von Parlament und Regierung sowohl im "*bargaining process*" bis zur Ansetzung der Abstimmung von Volk und Ständen als auch im Rahmen des öffentlichen Meinungsbildungsprozesses gegenüber. Daraus wird ersichtlich, dass Bundesversammlung und Bundesrat auch im Fall der mittels Volksinitiative angestrebten Verfassungsgebung erhebliche verfassungspolitische Einflussmöglichkeiten verbleiben. Wie zu zeigen sein wird, lassen sich diese im Hinblick auf die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen den völkerrechtlichen Verpflichtungen und mit diesen konfligierenden Volksinitiativen nutzen.

III. Verfassungsrechtlicher Kontext

A. "Bund und Kantone beachten das Völkerrecht"

In der Tradition des gemässigten Monismus (Adoption) bilden Völker- und Landesrecht nach schweizerischer Rechtsauffassung eine einheitliche Ord-

³⁹ Kriesi/Sciarini (Anm. 38), 746; Nicolet/Sciarini (Anm. 38), 186; Claes H. de Vreese, *Political Parties in Dire Straits? Consequences of National Referendums for Political Parties*, *Party Politics* 12 (2006), 581-598, 593 f.

⁴⁰ Linder/Lutz (Anm. 16), 119; ähnlich Kriesi (Anm. 16), 99, 101.

⁴¹ Kriesi (Anm. 16), 109: "[G]râce aux institutions de la démocratie directe, le système politique suisse fonctionne largement *comme un éponge* (...)." – Wie die empirische Literatur belegt – vgl. Hanspeter Kriesi, *Political Mobilisation, Political Participation and the Power of the Vote*, *West European Politics* 31 (2008), 147-168, 161, m.w.H. – sind die Zugangsmöglichkeiten ("*entry-points*") zum politischen System damit auch für soziale Bewegungen zahlreich, was radikale Tendenzen dämpft; Migranten sehen sich in der Schweiz jedoch mit ungünstigen politischen Bedingungen konfrontiert, wenn es darum geht, ihre Anliegen in den politischen Prozess einzubringen; vgl. dazu auch unter III., B., Haupttext zu Anm. 61/62.

⁴² Yannis Papadopoulos, *Synthèse et perspective*, in: ders. (Anm. 18), 277-302, 286.

nung.⁴³ Sind staatsvertragliche Normen direkt verbindlich (*self-executing*) kann sich der Einzelne in einem Gerichts- oder Verwaltungsverfahren unmittelbar auf diese berufen.⁴⁴ Der Rang des Völkerrechts bestimmt sich auch in der monistischen Rechtsordnung landesrechtlich.⁴⁵ Die Rechtsprechung ging unter der Geltung der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 von einem generellen Vorrang des Völkerrechts aus, schloss aber Durchbrechungen dieses Prinzips nicht aus.⁴⁶ Dazu zählt die sog. “Schubert-Rechtsprechung” des Bundesgerichts, wonach ein jüngeres Bundesgesetz einem älteren Staatsvertrag vorgehen soll, sofern die Bundesversammlung “einen allfälligen Widerspruch zwischen einer Bestimmung des

⁴³ BGE 131 V 66 E 3.1, 70; 125 II 417 E 4d, 425; 122 II 234 E 4a, 237; Alberto Achermann, Der Vorrang des Völkerrechts, in: Thomas Cottier/Alberto Achermann/Daniel Wüger/Valentin Zellweger, Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht, Bern 2001, 33-92, 38 f.; Bundesamt für Justiz/Direktion für Völkerrecht, Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht im Rahmen der schweizerischen Rechtsordnung, VPB 53 (1989) Nr. 54, 393-436, 403 f.; Walter Kälin, Der Geltungsgrund des Grundsatzes “Verfassungsrecht bricht Landesrecht”, in: Guido Jenny/Walter Kälin (Hrsg.), Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen. Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1988, Bern 1988 [zugleich ZBJV 124^{bis}], 45-65, 55-57, 64 f.; Helen Keller, Offene Staatlichkeit: Schweiz, in: Armin von Bogdandy/Pedro Cruz Villalón/Peter M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum. Bd. II. Offene Staatlichkeit – Wissenschaft vom Verfassungsrecht, Heidelberg 2008, § 23, N 57; Yvo Hangartner, Völkerrecht und schweizerisches Landesrecht, in: Walter Schlupe (Hrsg.), Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends. Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller, Bern/Stuttgart/Wien 1993, 651-681, 654 f.; Jörg Paul Müller/Luzius Wildhaber, Praxis des Völkerrechts, 3. Aufl., Bern 2001, 164-177; Kerstin Odendahl, Bundesverfassung und Völkerrecht in Wechselbeziehung, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastrorandi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2008, N 43; Anne Peters, Völkerrecht. Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Kap. 8, N 3 f.; dies./Isabella Pagotto, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht in der Schweiz, Ius. full 3 (2004), 54-65, 55; Daniel Thürer, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in: ders./Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 11, N 19-22; Andreas R. Ziegler, Einführung in das Völkerrecht, Bern 2006, N 273; kritisch zur herrschenden Monismus/Dualismus-Dichotomie Armin von Bogdandy, Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say. On the Relationship Between International and Domestic Constitutional Law, International Journal of Constitutional Law 6 (2008), 397-413, 397-401.

⁴⁴ Ständige Rechtsprechung: BGE 126 I 240 E 2b, 125 III 277 E 2d/aa, 281; 121 V 246 E 2b, 248 f.; 120 Ia 1 E 5b, 11; 106 Ib 182 E 3, 187; 105 II 49 E 3, 57 f.; 100 Ib 226 E 3, 230; 98 Ib 387; Direktion für Völkerrecht, Rechtsgutachten vom 3. März 1998, VPB 64 (2000) Nr. 20, 272-274, 273; Yvo Hangartner, Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Normen, ZSR 127 (2007) I, 137-158, 141-153; Peters/Pagotto (Anm. 43), 63-65.

⁴⁵ Georg Dahm/Jost Delbrück/Rüdiger Wolfrum, Völkerrecht, Bd. I/1, 2. Aufl., Berlin 1988, 102 f.; Kälin (Anm. 43), 53 f.; Philip Kunig, Völkerrecht und staatliches Recht, in: Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 4. Aufl., Berlin 2007, N 32 f.; Dietrich Schindler, Der Vorrang des Völkerrechts und des Europarechts vor dem nationalen Recht als Problem der demokratischen Legitimation des Rechts, in: Isaak Meier/Kurt Siehr (Hrsg.), Rechtskollisionen. Festschrift für Anton Heini, Zürich 1995, 321-333, 322 f.; Thürer (Anm. 43), § 11, N 13; vgl. auch Daniela Thurnherr, The Reception Process in Austria and Switzerland, in: Helen Keller/Alec Stone Sweet, A Europe of Rights, Oxford/New York 2008, 311-391, 329.

⁴⁶ Für den Vorrang des Staatsvertragsrecht BGE 105 Ib 294 E 1a, 296; 109 Ib 165 E 7b, 173; 112 Ib 183 E 2a, 185; 113 II 359 E 3a, 362; 125 II 417 E 4c, 425; 122 II 485 E 3a, 487; 122 II 234 E 4e, 239. Ausnahmen in BGE 119 IV 65 E 1, 67 f. Zum Völkergewohnheitsrecht BGE 115 Ib 496 E 5b, 499 f.

Landesrechts und dem internationalen Recht bewusst in Kauf genommen“ hat.⁴⁷ Art. 5 Abs. 4 BV kodifiziert diese Rechtslage insoweit, als dass er entgegen dem ursprünglichen Entwurf, wonach “Völkerrecht (...) entgegenstehendem Landesrecht vor[gehen]” sollte, nicht einen ausnahmslosen Vorrang, sondern die offene Anweisung, wonach Bund und Kantone das Völkerrecht “beachten”, fest schreibt.⁴⁸ Neben dem Wortlaut und der Genese von Art. 5 Abs. 4 BV erschliesst sich die Differenziertheit der getroffenen Lösung aus dem systematischen Zusammenhang: Art. 139 Abs. 2 BV, Art. 139 Abs. 3 [alt] BV/Art. 139a Abs. 2 nBV, Art. 193 Abs. 4 sowie Art. 194 Abs. 2 BV räumen nur zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts absoluten Vorrang ein. Würde Art. 5 Abs. 4 BV einen durchgehenden Vorrang des Völkerrechts vorschreiben, wären die vorgenannten Bestimmungen sinn- und zwecklos. Daher vermag es zumindest seit dem Inkrafttreten der Bundesverfassung vom 18. April 1999 nicht mehr zu überzeugen, einen absoluten Vorrang des Völkerrechts aus dem im Rechtsstaatsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) enthaltenen Erfordernis der “Parallelität der Formen” abzuleiten.⁴⁹ Gemäss dem letztgenannten Grundsatz kann “eine Rechtsnorm (ausser durch eine übergeordnete Norm) nur im gleichen Verfahren abgeändert werden (...), in welchem sie ursprünglich erlassen worden ist.”⁵⁰ Im Verhältnis zwischen Völkerrecht und Lan-

⁴⁷ BGE 99 Ib 39 in Sachen *Ernst Schubert*, Regeste (Leitsatz) 2.1 (Hervorhebungen hinzugefügt). Dazu BGE 133 V 367 E 11.1.1, 387; 119 V 171 E 4, 177; 116 IV 262 E 3b/cc, 268; 112 II 1 E 8, 13; 111 V 201 E 2b, 203. Art. 5 Abs. 4 BV lässt deren Fortsetzung zu, verlangt dies aber nicht, so Protokoll der Beratungen der Verfassungskommission (Subkommission 1) Nationalrat (Sitzung vom 14. Mai 1997 in Bern), 11; Biaggini (Anm. 8), Art. 5 BV, N 30; Pascal Mahon, Art. 5 BV, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon, *Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zürich/Basel/Genf 2003, N 20 f. Eine gesetzliche Verankerung der “Schubert-Praxis” wird deshalb geprüft: vgl. Postulat Nr. 07.3764 auf “Curia Vista” (Anm. 8).

⁴⁸ BGE 133 V 367 E 11.1.2, 387; 131 V 66 E 3.2, 70; Botschaft BV (Anm. 11), 134 f.; Bundesrat, Reform der Bundesverfassung, Verfassungsentwurf 1995, Bern 1995, 52 (“Völkerrecht geht entgegenstehendem Landesrecht vor.”); Protokoll der Beratungen der Verfassungskommission (Subkommission 1) Nationalrat (Sitzung vom 14. Mai 1997 in Bern), 9; Giovanni Biaggini, Das Verhältnis der Schweiz zur internationalen Gemeinschaft, *AJP* 6 (1999), 722-729, 727 f.; Martin Kayser/Dagmar Richter, Die neue schweizerische Bundesverfassung, *ZaöRV* 59 (1999), 985-1106, 1024-1027; Helen Keller, Rezeption des Völkerrechts, Berlin etc. 2003, 359 f.; Heinrich Koller, Der Einleitungsartikel und die Grundrechte der neuen Bundesverfassung, *AJP* 8 (1999), 656-665, 661; Pascal Mahon, Art. 5 BV, in: Aubert/Mahon (Anm. 47), N 17, 21; Peters (Anm. 43), Kap. 8 N 30; René Rhinow, Grundzüge des schweizerischen Verfassungsrechts, Basel/Genf/München 2003, N 3201, 3233; Daniel Thüerer, Völkerrecht und Landesrecht. Thesen zu einer theoretischen Problemschreibung, *SZIER* 9 (1999), 217-224, 222; vgl. auch Thomas Cottier/Maya Hertig, The Prospects of 21st Century Constitutionalism, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 7 (2003), 261-328, 312: “Indeed, absolute supremacy of ‘higher law’ may overstrain a system whose level of integration is, compared with classical nation states, relatively low, and, in the end, counter-productive.”; ähnlich von Bogdandy (Anm. 43), 403, 412.

⁴⁹ In diesem Sinn jedoch Epiney (Anm. 2), 8 sowie unter der aBV dies., Das Primat des Völkerrechts als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips, *ZBl.* 95 (1994), 537-561, 557, 559 f.; identisch argumentierend schon Walther Burkhardt, Die Staatsrechtliche Wirkung der Staatsverträge (1915), in: Aufsätze und Vorträge 1910-1938, Bern 1970, 177-199, 187 f.; ähnlich Bundesamt für Justiz/Direktion für Völkerrecht (Anm. 43), 402.

⁵⁰ BGE 105 Ib 72 E 6a, 81. Statt aller BGE 130 I 185, 203; E. 5.3, 130 I 140, 149; E 4.3.2, 126 V 183 E 5a, 191; 108 Ib 479 E 2 und E 2a, 481 sowie E 2c, 482; 98 Ia 105 E 2d, 111, 94 I 39 E 3a, 36 und E 4,

desrecht bedeutet dies lediglich, dass sich ein Staat seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht unter Berufung auf einen internen Rechtsakt entledigen kann. Dies erschliesst sich aber bereits aus Art. 27 und Art. 46 Abs. 1 WÜR.V.⁵¹ Folgerichtig besteht keine organisationsrechtliche Symmetrie zwischen Abschluss und Kündigung von Staatsverträgen.⁵² Für die Rangfrage nicht einschlägig ist ferner Art. 190 BV. Dieser beschlägt aufgrund seiner systematischen Einordnung lediglich die Kontrollkompetenz des Bundesgerichts und der "anderen rechtsanwendenden Behörden".⁵³

B. Eigengeartete verfassungsrechtliche Prägung

Über die Gültigkeit einer Volksinitiative befindet die Bundesversammlung (Art. 139 Abs. 2 BV; Art. 98 Abs. 1 ParlG). Sie hat die Rechtsfrage zu beantworten, ob die "Initiative die Einheit der Form, die Einheit der Materie oder zwingende Bestimmungen des Völkerrechts" verletzt und nimmt daher einen Akt der Verfassungsrechtspflege vor.⁵⁴ Der Entscheid ergeht als einfacher Bundesbeschluss (Art. 163 Abs. 2 BV; Art. 29 Abs. 1 ParlG), ist mithin nicht anfechtbar. Al-

37; René Rhinow/Beat Krähennann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung. Ergänzungsband, Basel/Frankfurt am Main, 1990, 43, 185 f.

⁵¹ Vgl. Internationaler Gerichtshof, *Electronica Sicula S.p.A (ELSI); United States v. Italy*; 20. Juli 1989, Ziff. 73. – Zu den unterschiedlichen verfassungs- und völkerrechtlichen Perspektiven Anne Peters, *The Globalization of State Constitutions*, in: Janne Nijman/André Nollkaemper (Hrsg.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford/New York 2007, 251-308, 258-270.

⁵² Für Unterzeichnung und Ratifikation ist grundsätzlich (siehe Art. 7a Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz; SR 172.010) der Bundesrat (Art. 184 Abs. 2 BV), für die Genehmigung die Bundesversammlung (Art. 166 Abs. 2 BV; Art. 24 Abs. 2 und 3 ParlG) zuständig, wobei Staatsverträge obligatorisch (Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV) oder fakultativ (Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV) dem Referendum unterliegen können. Die Kündigungskompetenz liegt dagegen allein beim Bundesrat (vgl. Art. 184 Abs. 1 BV), auch wenn aufgrund von Art. 166 Abs. 1 BV und Art. 24 Abs. 1 ParlG zumindest bei zu erwartenden erheblichen Auswirkungen der Kündigung eine parlamentarische Mitwirkung zu fordern ist; vgl. Bernhard Ehrenzeller, *Legislative Gewalt und Aussenpolitik*, Basel/Frankfurt am Main 1993, 540-544; Odenahl (Anm. 43), N 19; Dietrich Schindler, Art. 85 Ziff. 5 aBV, in: Aubert *et al.* (Anm. 14), N 55 m.w.H.; Daniel Thürer/Franziska Isliker, Art. 166 BV, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Anm. 43), N 57 f.

⁵³ BGE 117 Ib 367 E 2e, 372; Andreas Auer, *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, Basel/Frankfurt am Main 1983, N 174; Walter Haller, Art. 113 aBV, in: Aubert *et al.* (Anm. 14), N 177; Peters (Anm. 43), Kap. 8 N 30.

⁵⁴ Vgl. Moritz von Wyss, *Maximen und Prinzipien des parlamentarischen Verfahrens*, Diss., Zürich 2001, 142; ferner Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Volksbegehren zum Schutze der Stromlandschaft Rheinfall-Rheinau, BBl. 1954 I, 721-772, 733 ("Die Frage, ob die Initiative gültig sei (...), ist eine reine Rechtsfrage. Sie muss daher nur nach rechtlichen, nicht nach politischen Gesichtspunkten beurteilt werden."); Biaggini (Anm. 8), Art. 139 BV, N 10; Dutoit/Berti/Isler/Pichonnaz/Thürer/Walter (Anm. 2), 432 f.; Keller/Lanter/Fischer (Anm. 2), 150; ohne Begründung a. M. Staatspolitische Kommission des Ständerates, Bericht. Parlamentarische Initiative "Beseitigung von Mängeln der Volksrechte", BBl. 2001, 4803-4841, 4830 (wonach es sich "um einen politischen Entscheid" handle); unentschieden Botschaft BV (Anm. 11), 77.

lein dieser Umstand lässt auf wesentliche Unterschiede zwischen der Bundesverfassung und dem Idealtypus des europäischen Verfassungsstaates der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts schliessen, der sich die von Hans Kelsen entwickelte Idee einer konzentrierten, auf die legislative Tätigkeit erstreckte Verfassungskontrolle zu eigen machte.⁵⁵ Demgegenüber ist das 19. Jahrhundert besonders im Bereich der Gewaltengliederung in der schweizerischen Bundesverfassung gegenwärtige Vergangenheit: In der Tradition des Art. 60 der ersten Bundesverfassung vom 12. September 1848 hält Art. 148 Abs. 1 BV fest, dass die Bundesversammlung “unter Vorbehalt der Rechte von Volk und Ständen die oberste Gewalt im Bund” ausübt.⁵⁶ Um zu gewährleisten, dass “die richterliche Gewalt nicht über die gesetzgebende sich erhebe”,⁵⁷ erklärt der in seinem Gehalt seit 1874 unveränderte Art. 190 BV folgerichtig “Bundesgesetze und Völkerrecht” als “für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend”.⁵⁸ Neben Bundesgesetzen und Staatsverträgen sind “auch das Völkergewohnheitsrecht, die allgemeinen Regeln des Völkerrechts und Beschlüsse von internationalen Organisationen, die für die Schweiz verbindlich sind” grundsätzlich auch dann anzuwen-

⁵⁵ Vgl. Hans Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL 5 (1929), 30-88, 52-57, 78-81 sowie Alec Stone Sweet, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford/New York 2000, 32, 37-40.

⁵⁶ Hervorhebungen hinzugefügt. – Zum historischen und verfassungstheoretischen Hintergrund Auer (Anm. 53), N 106-112; Walter Haller, *Das schweizerische Bundesgericht als Verfassungsgericht*, in: Christian Starck/Albrecht Weber (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*. Teilband I: Berichte, 2. Aufl., Baden-Baden 2007, 91-129, 100-103; Alfred Kölz, *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848*, Bern 1992, 569 f.; Stefan Oeter, *Die Beschränkung der Normenkontrolle in der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit*, ZaöRV 50 (1990), 545-598, 584-586, 547-563; Hansjörg Seiler, *Gewaltenteilung. Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung*, Bern 1994, 426 f., 442, 630-632. – Zum Begriff der “Gewaltengliederung” Christoph Möllers, *Gewaltengliederung*, Tübingen 2005, 25; ders., *Dogmatik der grundgesetzlichen Gewaltengliederung*, AöR 132 (2007), 493-538, 501 f.; Rhinow (Anm. 48), N 2054; Seiler (Anm. 56), 197 f.

⁵⁷ Bundesrat Jakob Dubs, 77. Sitzung des Schweizerischen Nationalrates vom Montag, 5. Februar 1872, in: *Protokoll über die Verhandlungen des Schweizerischen Nationalrates betreffend Revision der Bundesverfassung. 1871/1872*, Bern 1873, 501 a.E., das in der Botschaft BV (Anm. 11), 428 (“Damit sich die richterliche nicht über die gesetzgebende Gewalt erhebe, (...)”) wiederum – jedoch ohne Nachweis – zur Rechtfertigung des Art. 190 BV angeführt wird. – Art. 113 Abs. 3 aBV (Art. 190 BV) geht damit auf einen der “markantesten und schillerndsten Vertreter des jungen Bundesstaates” (Marco Jorio, Jakob Dubs, in: Urs Altermatt (Hrsg.), *Die Schweizer Bundesräte*, Zürich/München 1991, 162-167, 166), den damaligen Bundesrat, vormaligen Zürcher Regierungs-, Stände- und Nationalrat und späteren Bundesrichter Jakob Dubs (1822-1879), zurück; Dubs äusserte sich nur sechs Jahre später, inspiriert von der in *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) postulierten ausgreifenden U.S.-amerikanischen Verfassungsgerichtsbarkeit, kritisch zu Art. 113 Abs. 3 aBV; siehe Dubs (Anm. 23), Zweiter Theil, 92.

⁵⁸ Hervorhebung hinzugefügt. – Die Bestimmung steht in der Tradition des 19. Jahrhunderts, wie ein Verfassungsvergleich (vgl. z.B. Art. 120 der niederländischen Verfassung) erhellt; vgl. Christian Tomuschat, *Das Bundesverfassungsgericht im Kreise nationaler Verfassungsgerichte*, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. Bd. I, Tübingen 2001, 245-288, 246-249.

den, wenn sie der Verfassung widersprechen.⁵⁹ Zweck von Art. 190 BV ist es demnach, das in Art. 148 Abs. 1 BV festgehaltene Prinzip der *Parlamentssuprematie* gegenüber den Gerichts- und Verwaltungsbehörden abzusichern. Alleinige „Hüterin der Bundesverfassung“ ist die Bundesversammlung gleichwohl nicht.⁶⁰ Die Verantwortung zur Durchsetzung, Sicherung und Fortentwicklung des Bundesverfassungsrechts ist im schweizerischen Verfassungsrecht auf verschiedene Akteure verteilt (vgl. III., C.).

Wo die Reichweite der Verfassungsgerichtsbarkeit durch Art. 190 BV beschränkt ist, greift die politische Nachkontrolle des fakultativen Referendums: Verabschiedet die Bundesversammlung ein Bundesgesetz oder ratifiziert sie einen besonders gearteten Staatsvertrag, können 50.000 Stimmberechtigte oder acht Kantone innerhalb von 100 Tagen eine Volksabstimmung über die Vorlage erzwingen (Art. 141 Abs. 1 BV). Aufgrund des damit einhergehenden Zwangs zu einem möglichst breiten parlamentarischen Konsens (vgl. II., C., 2.) ist angesichts der sozioökonomischen und föderalistischen Strukturierung des schweizerischen Bundesstaates regelmässig gewährleistet, dass Interessen politisch artikulationsfähiger Minderheiten im Meinungsbildungsprozess auch ohne die präventive Wirkung einer umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit berücksichtigt werden. Dieser politische Mechanismus spielt gegenüber nicht-traditionellen, geographisch nicht konzentrierten Minderheiten überwiegend ausländischer Staatsangehörigkeit indessen nicht im gleichen Mass. Nicht auszuschliessen ist deshalb, dass die Interessen dieser potentiellen „*discrete and insular minorities*“⁶¹ des schweizerischen Verfassungsrechts, da gleichsam im „blinden Fleck“ des Referendums liegend, eher übergangen zu werden drohen.⁶²

Ferner reduzierte das Inkrafttreten der Europäischen Menschenrechtskonvention am 28. November 1974 die Reichweite von Art. 190 BV. Die im gemässigten Monismus begründete direkte Anwendbarkeit der EMRK zog in Verbindung mit dem konventionsrechtlichen Individualbeschwerdeverfahren (Art. 34 EMRK) eine

⁵⁹ BGE 133 II 450 E 6.1, 460. – Im Grundsatz zulässig ist die vorfrageweise Überprüfung von Bundesverordnungen: BGE 131 II 735 E 4.4, 742; 131 II 13 E 6.1, 25 f.; 129 II 249 E 5.4., 263. Kantonales Recht kann abstrakt und konkret überprüft werden, BGE 122 I 18, 20 E 2a (ständige Rechtsprechung). Zum Sonderproblem der Kantonsverfassungen vgl. Art. 51 Abs. 2 BV und BGE 131 I 85 E 2.4, 89; 116 Ia 359 E 4, 366; 111 Ia 239 E 3, 241; 104 Ia 215 E 1b, 214 f.

⁶⁰ Entgegen Auer (Anm. 53), N 139 (Bundesversammlung als „*seule gardienne*“ der BV). – Zur Unangemessenheit des Begriffs in modernen, ausdifferenzierten Gesellschaften Marie Theres Fögen, *Das Lied vom Gesetz*, München 2007, 38 f.

⁶¹ Der Begriff entstammt United States Supreme Court, *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152, N. 4 (1938) und bezeichnet diejenigen gesellschaftlichen Gruppen, welche durch die auch Minderheiten regelmässig wirkungsvoll schützenden politischen Mechanismen („... those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities ...“) nicht den notwendigen Schutz erfahren, was eine genauere Prüfung durch die Gerichte notwendig machen kann („... which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry ...“). In *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365, 372 (1971) wurden „[a]liens as a class“ zu diesen „discrete and insular minorities“ gezählt.

⁶² Johannes Reich, *An Interactional Model of Direct Democracy. Lessons from the Swiss Experience*. SSRN Working Paper. July 23, 2008, 26-30 m.w.H. (verfügbar unter <<http://ssrn.com/author=568933>>); vgl. auch vorne Anm. 41.

institutionelle Kräfteverschiebung zu Gunsten der Judikative nach sich. Diese sah sich mit der Herausforderung konfrontiert, wie mit nach Art. 190 BV "massgebenden" Bundesgesetzen zu verfahren ist, wenn diese der als Staatsvertrag gleichermaßen "massgebenden" EMRK widersprechen. 1991 ist das Bundesgericht dazu übergegangen, Bundesgesetze auf ihre Übereinstimmung mit der EMRK zu überprüfen.⁶³ Entscheidungen des Bundesgerichts unterliegen der Revision, wenn "der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einem endgültigen Urteil festgestellt hat, dass die EMRK oder die Protokolle dazu verletzt worden sind".⁶⁴ Im Zusammenspiel von Art. 190 BV, Art. 34 EMRK und dem gemäßigten Monismus kommt der EMRK damit eine verfassungsähnliche Sonderstellung zu, die sie rechtspraktisch von anderen Staatsverträgen abhebt.

C. Verfassungspolitik, verfassungsgeleitete Gesetzgebung und Verfassungsrechtspflege

Durchsetzung, Sicherung und Fortentwicklung des Bundesverfassungsrechts im Allgemeinen und der Grundrechte im Besonderen lassen sich im Anschluss an René Rhinow im Terminus "Verfassungsverwirklichung" bündeln.⁶⁵ Aus der Zusammenschau der vorangehenden Abschnitte (insbesondere II., C., 4. sowie III., A. und B.) ergibt sich, dass die Bundesverfassung die "Verfassungsverwirkli-

⁶³ BGE 117 Ib 367 E 2e, 372 f.; 128 III 113 E 3, 116; 125 II 417 E 4d, 425; 123 II 193 E 4c, 202 (kritisch BGE 125 III 209 E 6e, 128); Keller (Anm. 48), 358-360; Helen Keller/Alec Stone Sweet, Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems, in: dies. (Anm. 45), 677-710, 686 (Konvention als "surrogate, or shadow, Constitution"); Jörg Paul Müller, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), 53-98, 65 f.; Giuseppe Naya, Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa, ZSR 124 (2005) II, 97-111, 100-103; Peters (Anm. 43), Kap. 8 N 35 ("Quasi-Verfassungsgerichtsbarkeit"); Thurnherr (Anm. 45), 330-335, 367 f.; Rainer Wahl, Das Verhältnis der EMRK zum nationalen Recht. Die Relevanz unterschiedlicher Entwicklungspfade, in: Stephan Breitenmoser/Bernhard Ehrenzeller/Marco Sassöli/Walter Stoffel/Beatrice Wagner Pfeifer (Hrsg.), Human Rights, Democracy and the Rule of Law. Liber Amicorum Luzius Wildhaber, Zürich/St. Gallen/Baden-Baden 2007, 865-894, 887 f., 890 f. – Giovanni Biaggini, Die Staatsrechtswissenschaft und ihr Gegenstand. Wechselseitige Bedingtheiten am Beispiel der Schweiz, in: Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Berlin 2007, 267-291, 286 f. beschreibt diesen Wendepunkt mit Blick auf den Zweck von Art. 190 BV (vgl. Haupttext zu Anm. 57/58) treffend als "Überlistung des 'Immunsystems'".

⁶⁴ Art. 122 Bst. a Bundesgesetz über das Bundesgericht (SR 173.110). Bst. b und c verlangen kumulativ, dass "eine Entschädigung nicht geeignet ist, die Folgen der Verletzung auszugleichen;" und, dass "die Revision notwendig ist, um die Verletzung zu beseitigen"; Thurnherr (Anm. 45), 373 f.

⁶⁵ Rhinow (Anm. 48), N 394 f.; ders., Politische Funktionen des Rechts, ZSR 127 (2008) II, 181-206, 194 f.; für eine wissenschaftsgeschichtliche und verfassungsdogmatische Einordnung vgl. Johannes Reich, Konzeptionalisierung der "Verfassungsverwirklichung" als gestufter Prozess der Rechtskonkretisierung, in: Giovanni Biaggini/Georg Müller/Jörg Paul Müller/Felix Uhlmann (Hrsg.), Demokratie – Regierungsreform – Verfassungsfortbildung. Symposium für René Rhinow zum 65. Geburtstag, Basel 2009, 113-123, 114-116. Ähnlich der Ansatz von Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995 (Nachdruck 1999), N 41-48; ferner Christian Hillgruber, Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2008), 7-56, 15, 20.

chung" in besonderem Mass in die Verantwortung der Bundesversammlung und des Bundesrates stellt. Die schweizerische Bundesverfassung ist mithin auf eine "Freiheits- und Grundrechtspolitik" auch der politischen Behörden angewiesen.⁶⁶ Die "Verfassungsverwirklichung" als Konzept, nach welchem verfassungsrechtlich vorgegebene materielle Zielsetzungen und Wertungen der tatsächlichen Durchsetzung in der Lebenswelt bedürfen, verlangt daher die Abgrenzung desjenigen Kompetenzrahmens, welche die betreffende mit der "Verfassungsverwirklichung" befasste Behörde aufgrund der ihr verfassungsrechtlich aufgetragenen Funktion zu beachten hat. Die materiellrechtliche Verfassungsinterpretation bedarf mithin einer funktionellrechtlichen Ergänzung.⁶⁷

Zur präziseren Bestimmung der jeweiligen Organkompetenz zur "Verfassungsverwirklichung" wird daher vorgeschlagen, diesen Begriff in drei funktionellrechtlich differenzierte Kategorien aufzuspalten:

Verfassungspolitik lässt sich als Verfahren der Erzeugung von positivem Verfassungsrecht definieren. Verfassungspolitik ist verfassungsrechtlich zwar durch die Verpflichtung zur Beachtung des Völkerrechts (Art. 5 Abs. 1 BV) und – absolut – durch die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts (Art. 139 Abs. 2 BV, Art. 193 Abs. 4, Art. 194 Abs. 2 BV) umgrenzt, darüber hinaus aber inhaltlich nicht vollständig determiniert.⁶⁸ Verfassungspolitik transzendiert das positive Verfassungsrecht notwendig.⁶⁹ Institutionell sind nicht nur Bundesversammlung, Bundesrat, Volk und Stände sondern sämtliche Akteure der öffentlichen Meinungsbildung, insbesondere die politischen Parteien, Verbände und Massenmedien, aber auch die Rechtswissenschaft in die Verfassungspolitik eingebunden.⁷⁰ Diese Öffnung des Verfassungsrechts zur "Zivilgesellschaft" bei seiner eigenen Erneuerung kommt positivrechtlich in Art. 147 BV zum Ausdruck: "Kantone, die politischen Parteien und die interessierten Kreise" werden "bei der Vorbereitung wichtiger Erlasse", einschliesslich Verfassungsänderungen, "zur Stellungnahme eingeladen".⁷¹

⁶⁶ René Rhinow, Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und Freiheitspolitik, in: Recht als Prozess und Gefüge. Festschrift für Hans Huber, Bern 1981, 427-446, 435, 443 f., 446; ders. (Anm. 48), N 399, 403; ähnlich Georg Müller, Schutzwirkungen der Grundrechte, in: Merten/Papier (Anm. 13), § 204, N 9 f.; Rainer J. Schweizer, Art. 35 BV, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Anm. 43), N 14.

⁶⁷ Im Anschluss an Horst Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1961), 53-102, 72 f., 102.

⁶⁸ Stärker eingegrenzt ist die Verfassungspolitik freilich, wenn man jenseits der "zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts" weitere "materielle Schranken" befürwortet; vgl. dazu IV., A. und den Meinungsstand in Anm. 74.

⁶⁹ Dieter Grimm, Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen, München 2001, 21.

⁷⁰ Die hier vorgenommene weite Umschreibung der "Akteure der Verfassungspolitik" adaptiert Elemente des Akteurbegriffs, wie er dem "extended model of dynamic representation" von Kriesi (Anm. 41), 151 f. zu Grunde liegt.

⁷¹ Dieses sog. Vernehmlassungsverfahren – französisch und italienisch treffender als "procédure de consultation" bzw. "procedura di consultazione" bezeichnet – kommt aufgrund von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Bundesgesetz über das Vernehmlassungsverfahren (SR 172. 061) auch bei Verfassungsänderungen zur Anwendung.

Alle “wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen” haben in der Form des unter der Bundesverfassung stehenden Bundesgesetzes zu ergehen (Art. 164 Abs. 1 BV). Deren Erlass liegt, unter Vorbehalt des fakultativen Referendums, im alleinigen Aufgabenbereich der Bundesversammlung (Art. 163 Abs. 1, Art. 141 Abs. 1 Bst. a BV). Bundesgesetze sind für die rechtsanwendenden Behörden zwar “massgebend” (Art. 190 BV), doch ändert die eingeschränkte gerichtliche Kontrollkompetenz (Anwendungsvorrang) nichts am Geltungsvorrang der Bundesverfassung. Gleichzeitig geht der Erlass von Bundesgesetzen über blosser Deduktion des Verfassungsrechts hinaus. Sie enthält notwendig eigen- und selbständige Elemente.⁷² Für den Erlass von Bundesgesetzen wird daher vorliegend der Ausdruck der verfassungsgeleiteten Gesetzgebung verwendet.

Der Terminus der Verfassungsrechtspflege bezeichnet schliesslich die Anwendung von Rechtssätzen der Bundesverfassung im Hinblick auf den konkreten Einzelakt oder einen generell-abstrakten infrakonstitutionellen Erlass. Die Verfassungsrechtspflege obliegt im Regelfall Gerichts- und Verwaltungsbehörden, betreffend Art. 139 Abs. 2 BV aber der Bundesversammlung (vgl. III., B. und IV., B.).

IV. Völkerrecht und Volksinitiative in der Verfassungsrechtspflege der Bundesversammlung

A. Wissenschaftlicher “Cantus firmus” mit beschränktem rechtspraktischem Widerhall

Die inhaltliche Reichweite der Demokratie wurde in der Doktrin vor allem ab der Mitte des 20. Jahrhunderts unter dem Titel der “materiellen Schranken der Verfassungsrevision” thematisiert. Zwar führte der wissenschaftliche Diskurs kaum zu einem tragfähigen Konsens, doch erscheint die Auseinandersetzung angesichts ihrer Intensität und Persistenz gleichsam als “*Cantus firmus*”⁷³ der Dogmatik des öffentlichen Rechts der Schweiz. Der vor dem Hintergrund der in den 1940er-Jahren und vor allem in der darauffolgenden Dekade einsetzenden Renaissance des Naturrechts entwickelten Konzeption eines der Disposition des Verfassungsgebers entzogenen “*bloc des idées incontestables*” der Bundesverfassung war kein durchschlagender Erfolg beschieden.⁷⁴ Auf grösseren rechtspraktischen

⁷² Rainer Wahl, Der Vorrang der Verfassung und die Eigenständigkeit des Gesetzesrechts, in: Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, Frankfurt am Main 2003, 161-187, 181.

⁷³ Oswald Sigg, Die Eidgenössischen Volksinitiativen 1892-1939, Diss., Bern 1978, 65.

⁷⁴ Werner Kägi, Rechtsfragen der Volksinitiative auf Partialrevision, ZSR 75 (1956) II, 739a-885a, 817a f.; ähnlich Hans Nef, Materielle Schranken der Verfassungsrevision, ZSR 61 (1942) I, 108-147, 133, 139, 147; weitgehend Karl Spühler, Die Schranken der politischen Rechte nach der Verfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Diss., Winterthur 1962, 278, 282 f., 285, 304 f.; eng Fritz Fleiner, Le Droit des Minorités en Suisse, in: Mélanges Maurice Hauriou, Paris 1929, 285-296, 291 (Gleichberechtigung der Landessprachen); Fritz Fleiner/Zaccaria Giacometti, Schweizerisches

Widerhall stiess die von Zaccaria Giacometti aufgrund eines aus heutiger Sicht politökonomisch anmutenden Gedankengangs entwickelte, bisweilen als normative Aussage missverständene Formel der "Demokratie als Hüterin der Menschenrechte": Stimmberechtigte seien nicht nur an der Verfassungsgebung beteiligt, sondern auch Rechtsunterworfenen und damit "Nutznieser der Freiheitsrechte", sodass sie keinerlei Interesse an freiheitsbeschränkenden Volksinitiativen haben könnten. Daher seien sie "wesensgemäss" dazu berufen, "das Amt eines Wächters der Menschenrechte" auszuüben, sofern die Freiheitsidee als "ethische Kraft wirksam" sei, und sich im Sinne "einer echten Demokratie" bewährt habe.⁷⁵

B. "Rheinau-Praxis"

Die im gleichen Jahr aus Anlass des Zustandekommens der Volksinitiative "Schutz der Stromlandschaft und Verleihung Rheinau" verfasste, vom 4. Mai 1954 datierte Absage des Bundesrates an inhaltliche Beschränkungen des Initiativrechts liest sich gleichsam als Echo Zaccaria Giacomettis: Die Demokratie, so der Bundesrat, sei "die Staatsform des Vertrauens in die Einsicht und den guten Willen des Volkes".⁷⁶ Daher hätte es "wohl wenig Sinn, die Demokratie dadurch retten zu wollen (...), Volk und Ständen das Recht zur Willensäusserung in einer wichtigen Verfassungsfrage" aufgrund der Befürchtung zu entziehen, dass die Abstimmenden "demagogischen Einflüssen unterliegen und einen Entscheid treffen könnten, der den Staat und seine demokratischen Einrichtungen in ihren Grundlagen erschüttern könnte (...)".⁷⁷

Die sog. "Rheinau-Initiative" strebte die Aufhebung der Konzession für die Errichtung und den Betrieb eines Niederdruck-Laufkraftwerks zur Elektrizitätsgewinnung bei Rheinau im Kanton Zürich an.⁷⁸ Die Konzession beruhte auf völker-

Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, 706 f. (Revisionsbestimmungen); Markus Scherer, Die Kerngehalte von Grundrechten, Bern 2001, 170-173 (grundrechtliche Kerngehalte); generell ablehnend Jean-François Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel 1967, N 327-332; Marcel Bridel/Pierre Moor, *Observation sur la hiérarchie des règles constitutionnelles*, ZSR 87 (1968) I, 405-423, 412-415; Walther Burckhardt, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, 2. Aufl., Zürich 1944, 213.

⁷⁵ Zaccaria Giacometti, *Die Demokratie als Hüterin der Menschenrechte*, in: Universität Zürich (Hrsg.), *Jahresbericht 1953/54*, Zürich 1954, 3-23, 8 f.: "Unsere Frage ist mit anderen Worten nicht dogmatischer, sondern empirischer Art. Sie geht lediglich dahin, ob Volk und Volksvertretung als Verfassungsgesetzgeber und einfacher Gesetzgeber die Menschenrechte in der Rechtswirklichkeit, also tatsächlich gefährden oder vernichten, und nicht, ob das demokratische Dogma in seinen letzten Forderungen, in der Idee, zur Vernichtung der Freiheitsrechte führe. Das letztere wird zutreffen." (Hervorhebungen hinzugefügt). – Giacometti lässt sich daher nicht als Zeugen für eine ungebundene Volksherrschaft aufrufen; so aber Gregor A. Rutz, *Direkte Demokratie ist kein Auslaufmodell*, NZZ 26. Juni 2007, 17.

⁷⁶ Bericht des Bundesrates Rheinfal-Rheinau (Anm. 54), 751.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Vgl. BBl. 1953 I, 673-677 (Zustandekommen); 1954 I, 775-824 (Protokolle und Verleihungen). – Die Volksinitiative wurde abgelehnt (BBl. 1955 I, 63 f.), das Kraftwerk gebaut, am 27. Mai 1962 jedoch

rechtlichen Vereinbarungen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Grossherzogtum Baden, da die Landesgrenze im entsprechenden Staubereich zwischen dem Rheinfall bei Schaffhausen und Rheinau weitgehend im Rhein verläuft. Erstmals offen mit der Frage konfrontiert, ob mit Volksinitiativen Verfassungsrecht geschaffen werden dürfe, das staatsvertragliches Völkerrecht verletzt, führte der Bundesrat aus, dass es "keine unserer Verfassung übergeordnete Vorschriften" gebe, "welche die Aufstellung einer gültigen Verfassungsvorschrift verhindern könnten", sodass auch "die Sätze des Völkerrechts und die Verpflichtungen aus einem Staatsvertrag (...) für den Verfassungsgeber keine absoluten Hindernisse" bildeten.⁷⁹ Nach der 1954 eingeschlagenen und in ihrem Kern weiterhin massgebenden "Rheinau-Praxis" sind völkerrechtswidrige Volksinitiativen gültig. Werden diese von Volk und Ständen angenommen, sollen die zuständigen Behörden im Verständnis der "Rheinau-Praxis" verpflichtet sein, entsprechende Staatsverträge neu auszuhandeln oder zu kündigen, sofern sich die entsprechende Verfassungsbestimmung nicht völkerrechtskonform auslegen lässt.⁸⁰

C. Anerkennung inhaltlicher Begrenzungen der Volksinitiative

Erst die 1992 eingereichte Volksinitiative "für eine vernünftige Asylpolitik" zog eine vorsichtige Einschränkung der "Rheinau-Praxis" nach sich. Die Initiative forderte, dass "illegal eingereiste Asylbewerber und solche, deren Gesuch rechtskräftig abgewiesen worden ist" im Widerspruch zum Prinzip des *non-refoulement* "umgehend und ohne Beschwerdemöglichkeit aus der Schweiz weggewiesen" werden sollten.⁸¹ Unter Verweis auf das Schrifttum, wonach "zumindest die Normen des zwingenden Völkerrechts durch Bestimmungen der Bundesverfassung nicht verletzt werden" dürften, empfahl der Bundesrat der Bundesversammlung, die Volksinitiative "für eine vernünftige Asylpolitik" für ungültig zu erklä-

Art. 24^{sexies} aBV/Art. 78 BV zum "Natur- und Heimatschutz" in die Verfassung aufgenommen. Die Flusslandschaft Rheinfall-Rheinau ist seit 1983 im Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler (BLN) von nationaler Bedeutung aufgeführt; vgl. Art. 6 Abs. 1 Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz (SR 451) und Nr. 1410 f. des Anhangs der Verordnung über das BLN (SR 451.11); zum ungenügenden Vollzug des Schutzkonzepts Arnold Marti, Das Schutzkonzept des Natur- und Heimatschutzgesetzes auf dem Prüfstand, Schweizerische Juristen Zeitung 104 (2008), 81-90.

⁷⁹ Bericht des Bundesrates Rheinfall-Rheinau (Anm. 54), 750.

⁸⁰ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Republikanische Volksbegehren "zum Schutze der Schweiz" (4. Überfremdungsinitiative), BBl. 1976 I, 1337-1372, 1338, 1353, 1355, 1358; Botschaft über die Volksinitiative "zum Schutze des Alpengebietes vor dem Transitverkehr", BBl. 1992 II, 877-921, 903; Botschaft zu den Volksinitiativen "Jugend ohne Drogen" und "für eine vernünftige Drogenpolitik (Droleg-Initiative)", BBl. 1995 III, 1245-1295, 1277 f., 1284, 1288; zur Option der Neuaushandlung Botschaft über die Volksinitiative "zum Schutz von Leben und Umwelt vor Genmanipulation (Gen-Schutz-Initiative)", BBl. 1995 III, 1333-1369, 1355, 3310, 3289 f.; Botschaft über die Volksinitiative "Für einen zeitgemässen Tierschutz (Tierschutz - Ja!)", BBl. 2004, 3283-3316, 3299. - Vgl. die Kritik unter V., B., 3.

⁸¹ Art. 68^{quater} Abs. 4 des Initiativtextes; BBl. 1994 III, 1489; siehe auch Art. 33 FK und hinten unter V., C.

ren; National- und Ständerat folgten diesem Antrag.⁸² Anlässlich der Revision der Bundesverfassung von 1999 wurde diese Rechtsprechung gestützt auf die Idee der Nachführung des “*acquis suisse*”⁸³ ins positive Bundesverfassungsrecht überführt. Die “zwingende[n] Bestimmungen des Völkerrechts” bilden nunmehr die inhaltliche Grenze jeder Verfassungsrevision (vgl. Art. 139 Abs. 2 BV, Art. 139 Abs. 3 [alt] BV / Art. 139a Abs. 2 nBV, Art. 193 Abs. 4 und Art. 194 Abs. 3 BV).

D. “Verwahrungsinitiative”

Am 8. Februar 2004 nahmen Volk und Stände die von der Bundesversammlung zuvor für gültig erklärte Volksinitiative “Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter” (“Verwahrungsinitiative”) entgegen den Empfehlungen von Bundesrat und Bundesversammlung an.⁸⁴

⁸² Botschaft über die Volksinitiativen “für eine vernünftige Asylpolitik” und “gegen die illegale Einwanderung”, BBl. 1994 III, 1486-1524, 1495, 1499; Bundesbeschluss über die Volksinitiative “für eine vernünftige Asylpolitik” vom 14. März 1996, BBl. 1996 I, 1355 f.; Botschaft BV (Anm. 11), 446; völkerrechtlich sind sowohl der *ius cogens* als auch der gewohnheitsrechtliche Charakter freilich strittig – beides bejahend Jean Allain, The Jus Cogens Nature of Non-refoulement, IJRL 13 (2001), 533-558, 557 f.; den Status als Völkergewohnheitsrecht bestätigend BGE 111 Ib 68 E 2a, 71 f.; skeptisch Nils Coleman, Non-Refoulement Revised, European Journal of Migration and Law 5 (2003), 23-68, 46/FN 114, 64 f. und Guy S. Goodwin-Gill/Jane McAdam, The Refugee in International Law, 3. Aufl., Oxford/New York 2007, 218, 290; verneinend James C. Hathaway, The Rights of Refugees under International Law, Cambridge etc. 2005, 364-367; differenzierend Aoife Duffy, Expulsion to Face Torture? Non-Refoulement in International Law, IJRL 20 (2008), 373-390 (den Status als *ius cogens* verneinend, denjenigen als Völkergewohnheitsrecht bejahend), Gunnell Stenberg, Non-Expulsion and Non-Refoulement, Uppsala 1989, 275-279 (den Charakter als Völkergewohnheitsrecht befürwortend); Walter Kälin, Das Prinzip des non-refoulement, Diss., Bern/Frankfurt am Main 1982, 72 (regionales Gewohnheitsrecht und im Entstehen begriffenes universelles Völkergewohnheitsrecht), weitergehend ders., Grundriss des Asylverfahrens, Basel/Frankfurt am Main 1990, 210 f. (wonach das Prinzip des *non-refoulement* i.e.S. auch kraft Völkergewohnheitsrecht gelte); vgl. ferner Elihu Lauterpacht/Daniel Bethlehem, The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement, in: Erika Feller/Volker Türk/Frances Nicholson (Hrsg.), Refugee Protection in International Law, Cambridge UK etc. 2003, 78-177 – weshalb das absolute Verbot der Folter nach Art. 3 EMRK (menschenrechtliches im Unterschied zum flüchtlingsrechtlichen *non-refoulement*) zentral erscheint; zuletzt EGMR, Urteil vom 30. Juni 2008; *Gäfgen v. Deutschland*, Nr. 22978/05, Ziff. 63, Urteil vom 28. Februar 2008, *Saadi v. Italien*, Nr. 37201/06, Ziff. 125, 128. Verfassungsrechtlich ist das Prinzip des *non-refoulement* durch Art. 25 Abs. 2 BV abgesichert; dazu unter V., C., 3.

⁸³ Zum “*acquis suisse*” Bundesrat Arnold Koller, Sitzung vom 19. Januar 1998, in: Amtliches Bulletin Ständerat. Separatdruck Reform der BV, Bern 1999, 21/linke Spalte; zum Konzept der “Nachführung” der BV BBl. 1987 II, 963 f.

⁸⁴ Zur Gültigerklärung vgl. Botschaft “Verwahrungsinitiative” (Anm. 111), 3438 f. – Die von der “Selbsthilfegruppe Licht der Hoffnung” lancierte Volksinitiative steht zeitgeschichtlich mit der Ermordung, mehrfach versuchten Vergewaltigung und mehrfachen Freiheitsberaubung einer 20-jährigen Frau am 30. Oktober 1993 durch einen wegen zweier Morde, zehn Vergewaltigungen und sechzehn Raubüberfällen 1985 zu einer lebenslangen Zuchthausstrafe verurteilten Mann, der sich zum Tatzeitpunkt auf einem zweitägigen, unbegleiteten Hafturlaub befand, im Zusammenhang (NZZ 4. November 1993, 9 sowie 17. und 20. September 1996, je 53). 56,2 % der Abstimmenden und 19 5/2 Stände nahmen die Initiative an (BBl. 2004, 2193, 2201). Zu den Motiven Hans Hirter/Wolf Linder, Ana-

Art. 123a BV schreibt vor, dass ein als "extrem gefährlich (...) und nicht therapierbar" eingestuftes "Sexual- oder Gewaltstraftäter (...) bis an sein Lebensende zu verwahren" und die Überprüfung dieser sichernden Massnahme nur dann zulässig ist, "wenn durch neue, wissenschaftliche Erkenntnisse erwiesen wird, dass der Täter geheilt werden kann und somit keine Gefahr mehr für die Öffentlichkeit darstellt". Art. 123a BV steht damit im Widerspruch zu Art. 5 Abs. 4 EMRK und dem ähnlich gelagerten Art. 9 Abs. 4 IPBPR, die nach ständiger Praxis einen Anspruch auf regelmässige Prüfung des Freiheitsentzugs vermitteln, sofern letzterer von veränderlichen Umständen wie psychischer Krankheit oder gemeingefährlichen Persönlichkeitsstörungen abhängig ist.⁸⁵ Auf Antrag des Bundesrates stimmte die Bundesversammlung konkretisierenden Bestimmungen auf bundesgesetzlicher Stufe zu, da "Art. 123a BV seiner unbestimmten Rechtsbegriffe wegen ohne Ausführungsgesetzgebung zu viele Fragen offen" lasse.⁸⁶ Die getroffene Regelung erscheint als Anwendungsfall völkerrechtskonformer Auslegung von Bundesverfassungsrecht durch die Bundesversammlung im Schatten des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (vgl. V., B., 3.): Nach der einfachgesetzlichen Regelung ist die periodische Überprüfung des Freiheitsentzugs weiterhin möglich, die Aufhebung der Verwahrung aber an ein mehrstufiges Verfahren geknüpft. Das gegen die entsprechenden Änderungen des StGB zulässige fakultative Referendum (Art. 141 Abs. 1 Bst. a BV) unterblieb; die Bestimmungen sind seit 1. August 2008 in Kraft.⁸⁷

E. Zwischenfazit: Beharrungsvermögen des *Status quo*

Die Rechtsprechung der Bundesversammlung zur inhaltlichen Gültigkeit von Volksinitiativen erscheint weitgehend am Einzelfall orientiert, situativ und kompromisshaft. Dieser in anderem Zusammenhang als "*decisional mi-*

lyse der eidgenössischen Abstimmungen vom 8. Februar 2004, Vox 82 (2004), 23-29 (wonach grundrechtliche Überlegungen eine untergeordnete Rolle spielten).

⁸⁵ Zu Art. 5 Abs. 4 EMRK EGMR, Urteil vom 26. September 2000, *Oldham v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 36273/97, Ziff. 30-32; Urteil vom 28. März 2000, *Curley v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 32340/96, Ziff. 32; Urteil vom 12. Mai 1992, *Megyeri v. Deutschland*, Nr. 13770/88 Ziff. 22; Urteil vom 25. Oktober 1990, *Thynne, Wilson und Gunnell v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 11787/85, 11978/86, 12009/86, Ziff. 76; Urteil vom 28. Mai 1986, *Ashingdane v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 8225/78, Ziff. 52; Urteil vom 24. Juni 1982, *van Droogenbroeck v. Belgien*, Nr. 7906/77 Ziff. 47; Urteil vom 24. Oktober 1979, *Winterwerp v. Niederlande*, Nr. 6301/73, Ziff. 63; BGE 121 I 297 E 3b/cc, 302-306. – Zu Art. 9 Abs. 4 IPBPR [UN] Human Rights Committee, *Rameka, Harris und Tawara v. Neuseeland*, 15. Dezember 2003, Nr. 1090/2002, Ziff. 7.3; *Bawan Heman Baban et al. v. Australien*, 6. August 2003, Nr. 1014/2001, Ziff. 7.2.

⁸⁶ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13. Dezember 2002, BBl. 2006, 889-918, 897.

⁸⁷ Vgl. Art. 64c E-StGB. Ungenutzter Ablauf der Referendumsfrist: 17. April 2008 (BBl. 2008, 23-26). Inkrafttreten: 1. August 2008 (AS 2008, 2961-2964).

*nimalism*⁸⁸ beschriebene, Entscheidungsfehler und -kosten reduzierende Stil, rechtfertigt sich einerseits aufgrund unterschiedlicher Auslegungsmöglichkeiten, welche eine vom Parlament nur abstrakt zu beurteilende Norm im Hinblick auf zukünftige Einzelfallentscheidungen regelmässig zulässt. Andererseits ist die in zwei gleichberechtigte Kammern aufgeteilte Bundesversammlung mit ihren 246 Mitgliedern trotz der Aufbereitung der Entscheidungsgrundlagen durch Bundesrat, Bundesverwaltung und parlamentarische Kommissionen strukturell nur bedingt in der Lage, eine kohärente Rechtspraxis zu entwickeln. Das Parlament sieht sich denn auch unabhängig vom getroffenen Entscheid und den angeführten Entscheidungsgründen stets dem Verdacht ausgesetzt, politisch statt verfassungsrechtlich zu urteilen. Der Bundesversammlung mangelt es nämlich an "Politikdistanz als Voraussetzung von Politikkontrolle".⁸⁹ Angesicht dieser institutionellen Restriktionen erscheint die beschriebene zurückhaltende Praxis als sachgerechte "passive Tugend"⁹⁰.

Anders ist die verfassungspolitische Passivität der Bundesversammlung zu beurteilen. Das Parlament beschränkte sich bei der Revision der Bundesverfassung 1999 auf die Kodifizierung der Entscheidungsbegründung der Ungültigerklärung der Volksinitiative "für eine vernünftige Asylpolitik" (vgl. IV., C.).⁹¹ Damit wurde nicht abschliessend geklärt, wie gegen "nicht zwingende Bestimmungen des Völkerrechts" verstossende Volksinitiativen materiell zu behandeln sind. Diese Rechtsunsicherheit liesse sich nur durch eine formelle Verfassungsänderung beseitigen.⁹² Der für eine Revision der Bundesverfassung angesichts des obligatorischen Referendums (Art. 140 Abs. 1 Bst. a BV) notwendige breite Konsens dürfte angesichts der aufgeworfenen grundlegenden staatspolitischen Fragen nicht leicht zu erzielen sein, da auch die Parteien an einer signifikanten Beschränkung ihrer diesbezüglichen Handlungsmöglichkeiten kaum interessiert sein dürften (vgl. II., C., 3.).

⁸⁸ Grundlegend Cass R. Sunstein, Foreword: Leaving Things Undecided, Harvard Law Review 110 (1996), 6-111, 7, 15, 99 f.; ders., One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court, Cambridge MA/London 1999, IX.; ferner ders., Beyond Judicial Minimalism, Harvard Public Law Working Paper. No. 08-40, 28. September 2008, 8-11 (verfügbar unter <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1274200>, zuletzt aufgerufen am 25. Februar 2009), wonach sich dieser Entscheidungsstil insbesondere bei theoretisch unzureichend aufgearbeiteten Rechtsfragen aufdränge.

⁸⁹ Die auf das Bundesverfassungsgericht gemünzte Formulierung stammt von Grimm (Anm. 69), 183.

⁹⁰ Der Begriff der "*passive virtues*" ist Alexander M. Bickel, The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics, 2. Aufl., New Haven CT 1986, 111-198 entlehnt.

⁹¹ Vgl. Protokoll der Beratungen der Verfassungskommission Nationalrat (Sitzung vom 29.-31. Oktober in Bern), 10 f.; Protokolle der Beratungen der Verfassungskommission Ständerat, Sitzungen vom 27. Januar 1997 in Murten, 31; vom 29. Januar 1997 in Freiburg im Üechtland, 39; vom 24./25. August 1998 in Brunnen/SZ, 6 f.

⁹² Vgl. die Parlamentarische Initiative "Gültigkeit von Volksinitiativen" auf "Curia Vista" (Anm. 8; Nr. 07.3764) sowie den Vorschlag von Keller/Lanter/Fischer (Anm. 2), 149, wonach "Bestimmungen des Völkerrechts, die für die Schweiz von vitaler Bedeutung sind" ungültig zu erklären seien (Hervorhebungen hinzugefügt).

V. Funktionellrechtlich differenzierte Herstellung praktischer Konkordanz

A. Dogmatisches Konzept

Mit der Volksinitiative gemäss Art. 139 Abs. 1 BV wird eine Teilrevision der Bundesverfassung angestrebt. Die Ergänzung der Bundesverfassung mit Bestimmungen, die mit den übrigen Verfassungsnormen unter Anwendung der anerkannten Auslegungsregel, insbesondere des Vorrangs jüngerer vor älteren und speziellerer vor allgemeinen Bestimmungen, schlechterdings unvereinbar sind, hat deshalb auf dem Weg der Volksinitiative auf Totalrevision der Bundesverfassung zu erfolgen. Der Anwendungsbereich der “materiellen Totalrevision” ist daher in diesem Sinne eng zu beschränken.⁹³ Dies ändert freilich nichts am Umstand, dass die Bundesverfassung keine “Einheit der mannigfachen Erkenntnisse unter einer Idee”⁹⁴ bildet. Aber gerade wegen dieser Heterogenität funktionell und materiell divergenter Normen ist die Verfassung als Einheit auf sich bezogener und aufeinander einwirkender Bestimmungen zu interpretieren.⁹⁵ Mithin sind auch für die Auslegung von durch Volksinitiativen gesetztem Verfassungsrecht die Grundsätze der prinzipiellen Gleichrangigkeit von Verfassungsnormen und der Einheit des Verfassungsrechts leitend.⁹⁶ Zwischen inhaltlich kollidierenden Verfassungsgütern ist daher im Sinne einer Optimierung praktische Konkordanz herzustellen, damit alle in Frage stehenden Rechtsgüter möglichst weitgehend Wirklichkeit gewin-

⁹³ Nach der h.M. sollen Volksinitiativen auf Teilrevision, die “Grundprinzipien der verfassungsrechtlichen Ordnung” berühren, dem Verfahren der Totalrevision unterstellt werden, was zur Folge hätte, dass die inhaltliche Ausarbeitung nicht einem Initiativkomitee, sondern der Bundesversammlung obläge (Art. 138, 193, 192 Abs. 2 BV): Aubert (Anm. 74), N 352-365; Fleiner/Giacometti (Anm. 74), 704 f.; Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 1765, 1767. Wie hier für eine enge Auslegung Luzius Wildhaber, Rechtsfragen der Verfassungsrevision, in: Wechselspiel zwischen innen und aussen, Basel/Frankfurt am Main 1996, 545-552, 548-550; die Rechtsfigur der “materiellen Totalrevision” verwerfend: Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse. Bd. I, 2. Aufl., Bern 2006, N 1407; Etienne Grisel, Initiative et référendum populaires, 3. Aufl., Bern 2004, Rz. 456-460; Pierre Tschanen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Bern 2007, § 44, N 5. Der Bundesrat bekennt sich zwar zur h.M. – vgl. Botschaft BV (Anm. 11), 431 – hat jedoch bisher von einer Anwendung abgesehen (vgl. BBl. 1988 II, 967-995, 971; BBl. 2000, 4825-4840, je zur Armeeabschaffung).

⁹⁴ Immanuel Kant, Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl. (Königsberg 1787), in: Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kant’s gesammelte Schriften. Bd. III, Berlin 1911, 538/N 860 (zum Begriff des “Systems”).

⁹⁵ Josef Isensee, Verfassungsrecht als “politisches Recht”, in: ders./Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Bd. VII, Heidelberg 1992, § 162, N 41; kritisch zum Argument der “Einheit der Verfassung” Friedrich Müller, Die Einheit der Verfassung – Kritik des juristischen Holismus, 2. Aufl., Berlin 2007, 223, 228 f., 231.

⁹⁶ Vgl. Tschanen (Anm. 14), 170-176; ferner Thomas Gächter, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Zürich/Basel/Genf 2005, 369 f., 378; Häfelin/Haller/Keller (Anm. 93), N 129 a.E.; Pierre Tschanen, Verfassungsauslegung, in: Thürer/Aubert/Müller (Anm. 43), § 9, N 5; Rhinow (Anm. 48), N 492 f.; ders. (Anm. 66), 434.

nen.⁹⁷ Aufgrund der Verpflichtung von Bund und Kantonen, "das Völkerrecht" zu "beachten" (Art. 5 Abs. 4 BV), lässt sich das Gebot zur Herstellung praktischer Konkordanz nach zwei Richtungen, erstens der binnen-verfassungsrechtlichen und – zweitens – der verfassungs-/völkerrechtlichen, unterscheiden. Das Mass rechtlicher Determinierung der Schaffung praktischer Konkordanz ist danach zu differenzieren, ob die befassende Behörde eine der Verfassungspolitik, Verfassungsrechtspflege oder verfassungsgeliteten Gesetzgebung zuzuordnende Aufgabe wahrnimmt (vorne III., C.). Die Behandlung von Volksinitiativen, welche mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz potentiell konfliktieren, erscheint daher ausserhalb der Schranken der "zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts" als mehrstufiger, funktionellrechtlich differenziert gebundener, auf die Herstellung praktischer Konkordanz gerichteter Prozess.

Bisher vertretene Lösungsansätze stellen dagegen die von der Bundesversammlung oder vom Bundesgericht ausgeübte Verfassungsrechtspflege ins Zentrum. Eine Theorierichtung setzt bei der Bundesversammlung an. Diese soll aufgrund einer ausdehnenden Auslegung von Art. 139 Abs. 2 BV befugt sein, Volksinitiativen für ungültig zu erklären, welche gegen "grundlegende", "wichtige" oder "faktisch zwingende" völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz oder den europäischen oder internationalen "*ordre public*" verstossen.⁹⁸ Während diese Ansätze als rechtspolitische Vorschläge verstanden vertieft zu prüfen sind, lassen sie sich mit dem positiven Verfassungsrecht (Art. 139 Abs. 2 BV) methodisch nicht in Einklang bringen (vgl. V., B., 1., b.). Die zweite hauptsächlich vertretene Lehrmeinung konzentriert sich auf die Aufgaben von Gerichts- und Verwaltungsbehörden. Diese seien im Konfliktfall gehalten, einer im Widerspruch zu völkerrechtlichen Verpflichtungen stehenden jüngeren Verfassungsbestimmung die Anwendung zu ver-

⁹⁷ Zur dogmatischen Grundlegung der Figur Richard Bäumlin, Staat, Recht und Geschichte, Zürich 1961, 30 und Hesse (Anm. 65), N 72. Damit verwandt – gemäss BVerfGE 93, 1 (21) sogar identisch – ist die Figur des "nach beiden Seiten hin schonendsten Ausgleichs", die auf Peter Lerche, Übermass und Verfassungsrecht, 2. Aufl., Goldbach 1999, 125-134, zurückgeht. – Die praktische Konkordanz ist im schweizerischen Verfassungsrecht als allgemeines Auslegungsprinzip anerkannt: BGE 126 III 129 E 8c, 149; Giovanni Biaggini, Verfassung und Richterrecht, Diss., Basel/Frankfurt am Main 1991, 416 f.; Gächter (Anm. 96), 369-371, 416-418; René Rhinow, Rechtsetzung und Methodik, Basel/Stuttgart 1979, 154 f.; ders. (Anm. 48), N 487; Tschannen (Anm. 96), § 9, N 21. Für besondere Verfassungsgüter: BGE 125 I 21 E 3c/dd, 32 (politische Rechte); BGE 129 I 173 E 5.1, 181; 127 I 164 E 3c, 172; 123 I 152 E 3b, 157; 120 II 176 E 5c, 82, 1P.53/2001 E 3c (Grundrechtskollisionen).

⁹⁸ Eine expansive Auslegung vertreten etwa Dutoit/Berti/Isler/Pichonnaz/Thürer/Walter (Anm. 2), 2007, 432 f.; Yvo Hangartner, Art. 139 (neu) BV, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Anm. 43), N 29 f.; Martin Kayser, Grundrechte als Schranke der schweizerischen Verfassungsgebung, Diss., Zürich 2001, 195 f., 225, 233 f., 242; Epiney (Anm. 49), 560; Daniel Thürer, Internationales "Rule of Law" – innerstaatliche Demokratie, SZIER 5 (1995), 455-478, 464 f.; ders., Bundesverfassung und Völkerrecht, in: Aubert *et al.* (Anm. 14), N 16 f.; Zimmermann (Anm. 2), 757-760; Luzius Wildhaber, Neues zur Gültigkeit von Initiativen, in: Piermarco Zen-Ruffinen/Andreas Auer (Hrsg.), De la Constitution. Études en l'honneur de Jean-François Aubert, Basel/Frankfurt am Main 1996, 293-299, 299 (zur aBV); vgl. auch Anm. 106.

sagen.⁹⁹ Das Verhältnis zwischen älterem Staatsvertragsrecht und jüngerem Verfassungsrecht ist nach der geltenden Bundesverfassung jedoch differenzierter zu beantworten (vgl. III., A.; V., B., 4.).

B. Verfahren der Herstellung praktischer Konkordanz

1. Verfassungsrechtspflege: Prüfung der Gültigkeit einer Volksinitiative

a. Rechtsgrundlage

Nach dem Zustandekommen einer Volksinitiative unterbreitet der Bundesrat der Bundesversammlung neben dem Entwurf eines Bundesbeschlusses einen Bericht ("Botschaft") zwecks Vermittlung der wesentlichen Entscheidungsgrundlagen (Art. 97 Abs. 1 Bst. a ParlG). Darin nimmt der Bundesrat auch zum Verhältnis zwischen der betreffenden Volksinitiative einerseits und den Grundrechten sowie "übergeordnetem Recht" andererseits Stellung (Art. 141 Abs. 2 Bst. a ParlG). Prüfungsmassstab für den Entscheid der Bundesversammlung, eine Volksinitiative ganz oder teilweise gültig zu erklären, bleibt jedoch allein Art. 139 Abs. 2 BV, wie Art. 98 Abs. 1 ParlG nochmals klarstellt. Verfassungspolitisch ist ein in der Botschaft des Bundesrates festgestellter Verstoss gegen Völkerrecht, das nicht zu den "zwingende[n] Bestimmungen" (Art. 139 Abs. 2 BV) zählt, gleichwohl bedeutsam. Die Unvereinbarkeit kann Bundesrat und Bundesversammlung veranlassen, der Annahme des Begehrens mit direkten oder indirekten Gegenentwürfen entgegenzuwirken (Art. 139 Abs. 3, Art. 181 BV; Art. 101 ParlG).¹⁰⁰ Ein entsprechendes Gebot liesse sich auf Art. 5 Abs. 1 und 4 sowie Art. 35 Abs. 1 BV stützen. Als Aspekt der Verfassungspolitik ist der Gegenentwurf aber nur eine von mehreren Handlungsoptionen, deren Angemessenheit sich nach den konkreten politischen und rechtlichen Umständen bemisst.

b. Integrierende Auslegung von Art. 139 Abs. 2 BV

Zur Auslegung von Art. 139 Abs. 2 BV lassen sich in der Doktrin zwei Hauptrichtungen unterscheiden. Nach der einen Lehrmeinung sind die "zwingende[n] Bestimmungen des Völkerrechts" als landesrechtlicher Begriff autonom auszulegen.¹⁰¹ Die gegenteilige Interpretation versteht Art. 139 Abs. 2 BV hete-

⁹⁹ Auer/Tornay (Anm. 2), 745 f.; Epiney (Anm. 2), 18; dies. (Anm. 49), 559 f.; Marc Forster, Lebenslange Verwahrung. Zur grundrechtskonformen Auslegung von Art. 123a BV, AJP 11 (2004), 418-424, 423; Nay (Anm. 2), 29; Wenger (Anm. 2), 431-434.

¹⁰⁰ Für einen Anwendungsfall vgl. hinten V., C., 4.

¹⁰¹ Biaggini (Anm. 48), 728; ders. (Anm. 8), Art. 139 BV, N 13; Oliver Diggelmann, Der liberale Verfassungsstaat und die Internationalisierung der Politik, Bern 2005, 55; René Rhinow, Die Bundesverfassung 2000, Basel/Frankfurt am Main 2000, 370; ders. (Anm. 48), N 3193; Thüerer (Anm. 43), § 11, N 13-15; zurückhaltend und differenziert Peters (Anm. 43), Kap. 8 N 42a, 45; Häfelin/Haller/Keller (Anm. 93), N 1756a.

ronom als Verweisung auf das völkerrechtliche *ius cogens*.¹⁰² Demgegenüber wird vorliegend, gestützt auf eine eingehende Analyse von Wortlaut,¹⁰³ Genese, Systematik und Zweckbestimmtheit, eine zweistufige integrierende Auslegung des Art. 139 Abs. 2 BV entwickelt, die den völkerrechtlichen Ursprung der Norm mit der Konkretisierung und Ergänzung anhand des landesrechtlichen Telos vereint, mithin die völkerrechtliche Ebene in die verfassungsrechtliche integriert. Der Ansatz trägt damit nicht nur der monistischen Prägung der schweizerischen Rechtsordnung, sondern auch dem von den Gegenmeinungen weitgehend ignorierten dialogischen Element der Rechtsgewinnung im Mehrebenensystem Rechnung. Danach übt die Bundesversammlung bei der Umschreibung der “zwingende[n] Bestimmungen des Völkerrechts” (Art. 139 Abs. 2 BV) nicht nur Verfassungsrechtspflege aus, sondern wird daneben auch als Akteurin der “Staatengemeinschaft” im Sinne von Art. 53 WÜRV im Prozess völkerrechtlicher Rechtskonkretisierung tätig. Diese beiden Dimensionen sind im Prozess der Rechtsfindung transparent auszuweisen.¹⁰⁴ Der integrierende Ansatz erlaubt zudem den Rückgriff auf das der Anerkennung inhaltlicher Begrenzungen der Volksinitiative zu Grunde liegende Telos. Wie die Entstehungsgeschichte belegt, ist die Überzeugung, wonach der demokratische Verfassungsstaat von ungerechtfertigten, nicht wieder gutzumachenden, erheblichen Schadenszufügungen gegenüber Individuen, insbesondere von schweren, irreversiblen Verlet-

¹⁰² Auer/Malinverni/Hottelier (Anm. 93), N 1300; Baumann (Anm. 2), 205 f.; François Bellanger, Révision totale et partielle de la Constitution fédérale, in: Thürer/Aubert/J. P. Müller (Anm. 43), § 79, N 13; Grisel (Anm. 93), Rz. 659; Hangartner (Anm. 98), N 29; ders./Andreas Kley, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, N 554; Dinah Shelton, Normative Hierarchy in International Law, AJIL 100 (2006), 291-323, 316; Tschannen (Anm. 93), § 44, N 24 f.; Keller/Lanter/Fischer (Anm. 2), 134; Erika de Wet, The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and Its Implications for National and Customary Law, EJIL 15 (2004), 97-121, 103 f.; im Unterschied zu früheren Äusserungen nun wohl auch der Bundesrat; vgl. Botschaft zur Eidgenössischen Volksinitiative “für demokratische Einbürgerungen”, BBl. 2006, 8953-8974, 8916 f.; Botschaft zur Volksinitiative “Gegen den Bau von Minaretten”, BBl. 2008, 7603-7652, 7609-7611 (beide Art. 139 Abs. 2 BV mit Art. 53 WÜRV identifizierend).

¹⁰³ Der Wortlaut spricht gegen eine autonome Auslegung: Im authentischen französischen Originaltext von Art. 53, 64 und 71 WÜRV (vgl. Art. 85 WÜRV) wird die Formulierung “*norme impérative du droit international général*”, in Art. 139 Abs. 2 BV – praktisch gleichlautend – “*les règles impératives du droit international*” und in Internationaler Gerichtshof, Urteil vom 3. Februar 2006, *Demokratische Republik Kongo v. Ruanda*, No. 126, Ziff. 125, “*règles impératives du droit international général (ius cogens)*” verwendet. Vgl. denn auch die Bezugnahme auf die WÜRV im Protokoll der Beratungen der Verfassungskommission (Subkommission 1) Nationalrat, Sitzung vom 23.-25. April 1997 in Bern, 12; zum Wortlaut von Art. 53 WÜRV Robert Kolb, *Théorie du ius cogens international*, Paris 2001, 84 f., 136 f.

¹⁰⁴ Auf diese Weise kann den zutreffenden Bedenken von Häfelin/Haller/Keller (Anm. 93), N 1756 a.E. und Keller/Lanter/Fischer (Anm. 2), 143 Rechnung getragen werden, wonach eine unilaterale expansive Auslegung den fragilen völkerrechtlichen Konsens über den Inhalt des *ius cogens* gefährden könne und daher die völker- und landesrechtliche Ebene zu unterscheiden seien.

zungen der psychischen und physischen Integrität, soweit irgend möglich abzusehen habe, Leitmotiv von Art. 139 Abs. 2 BV.¹⁰⁵

Die Auslegung hat deshalb in einem ersten Schritt beim völkerrechtlichen *ius cogens* im Verständnis der relevanten völkerrechtlichen Akteure anzusetzen. Das Resultat dieser ersten Auslegungsstufe ist offenzulegen, um die völkerrechtliche Konkretisierung des *ius cogens* nicht zusätzlich zu erschweren. Dem Normtelos kommt die Funktion zu, den völkerrechtlich gewonnen Inhalt in einem zweiten Schritt zu präzisieren und zu ergänzen. Gleichzeitig erschliesst sich aus dem teleologischen Auslegungselement, dass Art. 139 Abs. 2 BV primär inhaltliche Kriterien für die Gültigkeit von Volksinitiativen definiert und nicht auf die Kündbarkeit staatsvertraglicher Verpflichtungen abstellt.¹⁰⁶ Art. 139 Abs. 2 BV kommt auch nicht die Funktion zu, als Kollisionsnorm sämtliche zwischen Volksinitiativen und völkerrechtlichen Verpflichtungen auftretenden Konflikte zu lösen. Vielmehr zeigt das Normtelos die inhaltlich engen Grenzen von Art. 139 Abs. 2 BV auf, welche die Normgeschichte durchziehen und bei der Auslegung zu respektieren sind. Einer expansiven Interpretation steht zusätzlich entgegen, dass sämtliche Anträge, Art. 139 Abs. 2 BV weiter zu fassen, in der vorparlamentarischen Phase scheiterten.¹⁰⁷ Es vermag daher nicht zu über-

¹⁰⁵ Zum Argument des “nicht wieder gutzumachende[n] Schaden[s]”: Botschaft Volksinitiative “für eine vernünftige Asylpolitik” (Anm. 82), 1496. Ferner Baumann (Anm. 2), 206; Thomas Cottier/Maya Hertig, Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung, in: Ulrich Zimmerli (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Bern 2000, 1-34, 20, 22; Kayser (Anm. 98), 87 f.; Roger Nobs, Volksinitiative und Völkerrecht, Diss., Zürich/St. Gallen 2006, 107 f., 115; die Argumentation dürfte von Jörg Paul Müller, Völkerrecht und schweizerische Rechtsordnung, in: Alois Riklin/Hans Haug/Hans Christoph Binswanger (Hrsg.), Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Bern/Stuttgart 1975, 223-236, 235 f. und Peter Saladin, Völkerrechtliches *Ius cogens* und schweizerisches Landesrecht, in: Jenny/Kälin (Anm. 43), 67-96, 87, an diesen anschliessend auch Jean-François Aubert, Observation d’un constitutionnaliste sur l’évolution des sources du droit international, Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht 46 (1989), 13-38, 21, begründet worden sein.

¹⁰⁶ In den parlamentarischen Kommissionen wurde die Aufnahme der fehlenden Kündbarkeit von Staatsverträgen als Schranke der Volksinitiative formell beantragt und verworfen: Protokoll der Beratungen der Verfassungskommission Nationalrat, Sitzungen vom 7.-9. Juli 1997 in Flims, 11, 29 f. und Sitzung vom 30. Oktober 1997 in Bern, 10-13. – Diesem Umstand tragen Lehrmeinungen, wonach auch sog. “faktisch zwingendes” Völkerrecht – rechtlich kündbare Staatsverträge, deren Kündigung potentiell mit erheblichen aussenpolitischen Schwierigkeiten verbunden wäre; vgl. Hangartner, (Anm. 98), N 30; im Resultat auch Kayser (Anm. 98), 195 f., 225; explizit a.M. Botschaft “Tierschutz – Ja!” (Anm. 80), 3292 f.; Botschaft zur Volksinitiative “Gegen den Bau von Minaretten” (Anm. 102), 7611 – oder “*ius cogens sui generis*” – d.h. landesrechtlich anhand eines europäischen *ordre public* erweitertes *ius cogens*; vgl. Zimmermann (Anm. 2), 759; zuvor in der Substanz bereits Kayser (Anm. 98), 233 f., 242 – unter Art. 139 Abs. 2 BV subsumiert werden soll, kaum gebührend Rechnung.

¹⁰⁷ Entwürfe, wonach Volksinitiativen Fundamentalnormen des Völkerrechts, Grundsätze des humanitären Völkerrechts oder wichtige, unkündbare Verträge einzuhalten hätten, scheiterten: Protokoll der Beratungen der Verfassungskommission (Subkommission 1) Nationalrat, Sitzungen vom 23.-25. April 1997 in Bern, 12-16; Sitzung vom 14. Mai 1997 in Bern, 9-16; Protokoll der Beratungen der Verfassungskommission Ständerat, Sitzung vom 26./27. November 1997 in Bern, 4-13; Sitzung vom 23./34. März 1997 in Bern, 7-13; Protokoll der Beratungen der Verfassungskommission (Subkommission 1) Ständerat, Sitzung vom 20. Mai 1997 in Bern, 3-6; Sitzung vom 8. September 1997 in Bern, 3-10 sowie Sitzung vom 17. November 1997 in Zürich, 5 f.; ferner Botschaft BV (Anm. 11), 446/FN 17.

zeugen, die im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung erfolglosen Anträge auf dem Weg einer "Praxisänderung" materiell wieder in Art. 139 Abs. 2 BV unterzubringen.¹⁰⁸ Der Kollision zwischen auf dem Weg der Volksinitiative gesetztem Verfassungsrecht und Völkerrecht ist aus institutionellen, demokratischen und rechtsstaatlichen, insbesondere funktionellrechtlichen Gründen aufgrund der geltenden Bundesverfassung vielmehr durch die verfassungsgeleitete Gesetzgebung und nicht durch die keiner Überprüfung zugänglichen Verfassungsrechtspflege nach Art. 139 Abs. 2 BV zu begegnen (vgl. V., B., 3.).

In der völkerrechtlichen Praxis und Literatur besteht weitgehender Konsens darüber, dass wenigstens die Verbote des Genozids, der Sklaverei und des Sklavenhandels, das Aggressionsverbot im Sinne von Art. 2 Abs. 4 UN-Charta, Grundprinzipien des humanitären Völkerrechts sowie das Folterverbot dem völkerrechtlichen *ius cogens* zuzurechnen sind.¹⁰⁹ Sodann werden allgemein "elementare" bzw. "fundamentale Menschenrechte" als zwingend bezeichnet.¹¹⁰ Die bundesrätlichen Verlautbarungen zu Art. 139 Abs. 2 BV konkretisieren diese wenig

¹⁰⁸ Zu entsprechenden Bemühungen der Staatspolitischen Kommissionen der Bundesversammlung vgl. die Begründung der Parlamentarischen Initiative "Gültigkeit von Volksinitiativen" auf "Curia Vista" (Anm. 8; Nr. 07.3764) sowie Zwischen Völkerrecht und Volkswillen, NZZ 21. November 2007, 15.

¹⁰⁹ Der Internationale Gerichtshof, Urteil vom 3. Februar 2006, *Demokratische Republik Kongo v. Ruanda*, No. 126, Ziff. 64 hat einzig das Verbot des Genozids explizit dem *ius cogens* zugerechnet, im Übrigen aber die Kategorie der Verpflichtungen *erga omnes* herangezogen; vgl. *Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd.; Belgium v. Spain*, 5. Februar 1970, Ziff. 34 (Aggressionsverbot, Genozidverbot, Schutz grundlegender Menschenrechte); *Case concerning East Timor, Portugal v. Australia*, 30. Juni 1995, Ziff. 29 (Selbstbestimmungsrecht der Völker); Advisory Opinions and Orders: Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, 9. Juli 2004, Ziff. 154-157 (zentrale Verpflichtungen des humanitären Völkerrechts); vgl. auch International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, New York 2001, 85; [UN] Human Rights Committee, General Comment No. 24. Issues Relating to Reservations Made Upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols Thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant, Ziff. 10, verfügbar unter <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>> (zuletzt aufgerufen am 25. Februar 2009); sowie American Law Institute, Restatement of the Law. Third. Foreign Relations Law of the United States, St. Paul MN 1987, § 702. – Aus der neueren Literatur statt aller Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6. Aufl., Oxford/New York 2003, 489; Georg Dahm/Jost Delbrück/Rüdiger Wolfrum, *Völkerrecht*, Bd. I/3, 2. Aufl., Berlin 2002, 716; Karl Doehring, *Völkerrecht*, 2. Aufl., Heidelberg 2004, N 300, 986-988; Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law*, Helsinki 1988, 509; Walter Kälin/Jörg Kunzli, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 2. Aufl., Basel/Baden-Baden 2008, 80; Peters (Anm. 43), Kap. 6 N 30.

¹¹⁰ Vgl. Jochen Abr. Frowein, *Jus Cogens*, EPIL 7 (1984), 327-330, 329; Hannikainen (Anm. 109), 428; Holger Hestermeyer, *Human Rights and the WTO*, Oxford/New York 2007, 191; Stefan Kadelbach, *Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules*, in: Christian Tomuschat/Jean-Marc Thouvenin (Hrsg.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Leiden 2006, 21-40, 30; Kälin/Kunzli (Anm. 109), 80; Theodore Meron, *On a Hierarchy of International Human Rights*, AJIL 80 (1986), 1-23, 14 f.; Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford/New York 2006, 53; Hermann Mosler, *The International Society as a Legal Community*, RdC 140 (1974) IV, 1-320, 78 f.; Bruno Simma/Philipp Alston, *The Sources of Human Rights Law. Custom, Jus Cogens, and General Principles*, Australian Yearbook of International Law 82 (1988/89), 82-108, 103; vgl. auch Anm. 109.

bestimmten Äusserungen insofern, als dass sie neben dem mit dem Folterverbot eng verwandten Prinzip des *non-refoulement* auch die notstandsfesten Garantien der EMRK und des IPBPR unter die “zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts” subsumieren.¹¹¹ Mit Blick auf dogmatische Unterschiede zwischen den beiden Kategorien lässt sich diese Erweiterung nur mit Verweis auf den verbindenden “Wertungsgleichklang”,¹¹² mithin mit dem erwähnten Telos von Art. 139 Abs. 2 BV begründen.

Zusammengefasst führt die integrierende, d.h. am völkerrechtlichen *ius cogens* ausgerichtete und teleologisch konkretisierende und ergänzende Auslegung von Art. 139 Abs. 2 BV zu einer stärkeren Rationalisierung des Auslegungsvorgangs. Dadurch lässt sich die latente Gefahr der politischen Vereinnahmung dieser zentralen Bestimmung wirkungsvoll bannen. Inhaltlich führt der Ansatz zu eng gefassten inhaltlichen Begrenzungen der Volksinitiative: Die Sanktion vollständiger oder teilweiser Ungültigkeit erteilt eine Volksinitiative nur bei der Verletzung menschenrechtlicher Garantien von elementarer Bedeutung, deren Nichtbeachtung voraussehbar erhebliche und weitgehend irreversible Folgen nach sich zöge.

2. Verfassungspolitik: Abstimmung von Volk und Ständen

Mit einer an dem Telos orientierten, integrierenden und damit inhaltlich relativ eng gefassten Auslegung von Art. 139 Abs. 2 BV kommt der Verfassungspolitik im Vorfeld der Abstimmung von Volk und Ständen entscheidende Bedeutung zu (vgl. II., C., 1.). Behörden sind im politischen Kommunikationsprozess ver-

¹¹¹ Zum Inhalt Art. 15 Abs. 2 EMRK, Art. 1, 3 Protokoll Nr. 6 vom 28. April 1983 über die Abschaffung der Todesstrafe (SR 0.101.06), Art. 4 Protokoll Nr. 7 vom 22. November 1984 (SR 0.101.07); Art. 4 Abs. 2 IPBPR. – Vgl. die beispielhaften Umschreibungen: Botschaft BV (Anm. 11), 362 (Kern des humanitären Völkerrechts, Gewaltverbot, Aggressionsverbot, Genozid- und Folterverbot); Botschaft Volksinitiative “für eine vernünftige Asylpolitik” (Anm. 82), 1498 (*non-refoulement*); Botschaft zur Volksinitiative “für einen autofreien Sonntag pro Jahreszeit – ein Versuch für vier Jahre (Sonntags-Initiative)”, BBl. 2000, 503-524, 508 (Kern des humanitären Völkerrechts, Gewaltverbot, Aggressionsverbot, Genozid- und Folterverbot); Botschaft zur Volksinitiative “gegen Asylrechtsmissbrauch”, BBl. 2001, 4725-4744, 4729 (“Verbot der Folter, des Völkermordes, der Sklaverei oder der Rückschiebung”); Botschaft zur Volksinitiative “Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter”, BBl. 2001, 3433-3464, 3439 (notstandsfeste Garantien von EMRK und IPBPR); Botschaft Volksinitiative “für demokratische Einbürgerungen” (Anm. 102), 8962 (“Verbote von Folter, Genozid, Sklaverei und die notstandsfesten Garantien der EMRK wie auch des Paktes II [der Vereinten Nationen]”); Botschaft zur Volksinitiative “Gegen den Bau von Minaretten” (Anm. 102), 7610 (neben dem zwischenstaatlichen Gewaltverbot “elementare Garantien der Menschenrechte und des humanitären Völkerrechts wie das Folterverbot, das Verbot der unmenschlichen Behandlung, der Schutz vor willkürlicher Tötung, das Verbot des Sklavenhandels, der Piraterie und das Verbot des Völkermordes”).

¹¹² Stephan Oeter, *Ius cogens* und der Schutz der Menschenrechte, in: Breitenmoser/Ehrenzeller/Sassòli/Stoffel/Wagner Pfeifer (Anm. 63), 499-521, 509, 514; explizit American Law Institute (Anm. 110), § 702, Ziff. 11 (“Nonderogability in emergency and *jus cogens* are different principles, responding to different concerns, and they are not necessarily congruent.”).

pflichtet, ihren Standpunkt objektiv, sachlich und vollständig darzulegen.¹¹³ Für den Bundesrat ergibt sich diese Verpflichtung positivrechtlich aus Art. 10a Abs. 2 BPR, soweit die Abstimmungserläuterungen betroffen sind, die den Stimmunterlagen beigelegt werden, aus Art. 11 Abs. 2 BPR. Das Gebot der sachlichen, objektiven Information hat zur Folge, dass insbesondere der Bundesrat in seiner Kommunikation gehalten ist, nachdrücklich auf Unvereinbarkeiten und Konflikte zwischen zur Abstimmung vorgelegten Volksinitiativen und dem Völkerrecht und sich daraus ergebenden Problemen hinzuweisen.

3. Verfassungsgeleitete Gesetzgebung durch die Bundesversammlung

Da Art. 5 Abs. 4 BV den Bund verpflichtet, "das Völkerrecht" zu "beachten", erwachsen aus der Annahme einer mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz in Konflikt stehenden Volksinitiative Handlungspflichten für Bundesrat und Bundesversammlung. Auf völkerrechtlicher Ebene sind je nach Rechtslage die Kündigung oder die Revision einer staatsvertraglichen Verpflichtung oder die Abgabe einer einseitigen Erklärung denkbar. Laut der in dieser Hinsicht nach wie vor massgebenden "Rheinau-Praxis" stellt die Annahme einer völkerrechtswidrigen Initiative einen Auftrag an den Bundesrat zur Kündigung oder – soweit möglich – Neuaushandlung eines Staatsvertrags dar. Da an der Urne getroffene Abstimmungsentscheide einer Begründung weder zugänglich noch fähig sind,¹¹⁴ vermag der vorgenannte Aspekt der "Rheinau-Praxis" allerdings höchstens in jenen praktisch seltenen Fällen zu überzeugen, in welchen entweder sowohl die Volksinitiative als auch der betreffende Staatsvertrag eine ganz eng begrenzte und weitestgehend kongruente Regelungsmaterie aufweisen oder der Initiativtext die Kündigung einer bestimmten staatsvertraglichen Verpflichtung explizit verlangt.¹¹⁵ Die Neuaushandlung multinationaler Verträge menschenrechtlichen Inhalts dürfte politisch meist aussichtslos sein. Die einseitige Kündigung solcher Abkommen durch einen oder mehrere Staaten ist empirisch relativ selten.¹¹⁶ Daher dürfte ein solcher Schritt regelmässig mit einem erheblichen Verlust an aussenpolitischer Re-

¹¹³ BGE 1C_412/2007 E 5.1, 6.2; 130 I 290 E 5.3, 294 f. je m.w.H.; Michel Besson, Behördliche Information vor Volksabstimmungen, Diss., Bern 2003, 151 f., 154-170, 175-177, 180 f., 185-199; Tschannen (Anm. 14), 102-105; ders. (Anm. 13), § 220, N 60 f.; zu Art. 10a Abs. 2 BPR vgl. "Curia Vista" (Anm. 8, Nr. 04.463).

¹¹⁴ Vgl. – je zur Zulässigkeit von Urnenabstimmungen bei Einbürgerungsverfahren – BGE 129 I 217 E 3.6, 231; 129 I 232 E 3.4., 241, wonach "[e]ine Begründung (...) bei Volksabstimmungen, die an der Urne in geheimer Abstimmung erfolgen, systembedingt nicht möglich" sei. – Das gleiche Problem wurde im angelsächsischen Rechtskreis schon vor mehreren Jahrhunderten aufgrund der geheimen, nicht begründungspflichtigen Entscheidungen von *juries virulent*; vgl. Lord Mansfield, *Vallejo v. Wheeler*, 1 Cowp. 143, 153, 98 Eng. Rep. 1012, 1017 (K.B. 1774): "[I]t is not easy, to collect with certainty from a general verdict (...) what was the true ground of decision."

¹¹⁵ Im Ergebnis ähnlich Nobs (Anm. 105), 363 f.; demgegenüber der Bundesrat (vorne in Anm. 80), sowie die daran anschliessende h.L.: Hangartner/Kley (Anm. 102), N 461; Kayser (Anm. 98), 183 f.

¹¹⁶ Laurence R. Helfer, *Exiting Treaties*, *Virginia Law Review* 91 (2005) 1579-1648, 1601-1607.

putation einhergehen. Entsprechend rückt die landesrechtliche Ebene für die Problemlösung ins Zentrum. Aufgrund ihrer herausgehobenen Stellung ist die Bundesversammlung in besonderem Mass gehalten, Art. 5 Abs. 4 BV auf dem Weg der verfassungsgeliteten Gesetzgebung zum Durchbruch zu verhelfen. Gleiches gilt indirekt für den Bundesrat, übt dieser doch erheblichen Einfluss auf parlamentarische Entscheide aus.¹¹⁷ Im Rahmen der verfassungsgeliteten Gesetzgebung obliegt der Bundesversammlung die Aufgabe, zwischen den auf dem Spiel stehenden Rechtsgütern praktische Konkordanz herzustellen. Sie hat dabei den Gesamtkontext der Verfassung, die in Frage stehende Verfassungsbestimmung und die völkerrechtlichen Verpflichtungen zu beachten. Diese Optimierung erfolgt mit Blick auf Art. 34 EMRK und Art. 190 BV gleichsam im Schatten des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.¹¹⁸ Dessen Auslegung der einschlägigen Garantien ist daher besonderes Gewicht einzuräumen. Absolut begrenzt wird der Gestaltungsspielraum der Bundesversammlung durch "zwingende Bestimmungen des Völkerrechts".

4. Verfassungsrechtspflege durch Gerichte und Verwaltungsbehörden

Aus dem Grundsatz der Gewaltengliederung und der damit in Zusammenhang stehenden funktionellrechtlichen Differenzierung zwischen Verfassungspolitik, verfassungsgeliteter Gesetzgebung und Verfassungsrechtspflege (vgl. III., C.) erschliesst sich, dass rechtsanwendende Behörden den verfassungsrechtlich begründeten Ermessens- und Entscheidungsspielraum rechtsetzender Organe zu beachten haben.¹¹⁹ Dies gilt auch für Rechtsfragen, die aufgrund der einschlägigen Rechtsgrundlage in haltbarer Weise unterschiedlich entschieden werden können. Kommt diese Entscheidung der Bundesversammlung in einem Bundesgesetz oder der Genehmigung eines Staatsvertrags zum Ausdruck, ist sie für die rechtsanwendenden Behörden aufgrund von Art. 190 BV bindend. Zumindest unter der Geltung von Art. 5 Abs. 4 BV sind solche auf bundesgesetzlicher Grundlage beruhenden Ausnahmen vom Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts mithin keine "*political questions*", sondern Folge der eigengearteten Ausgestaltung der Gewaltengliederung und der verfassungsgerichtlichen Kontrollkompetenz.¹²⁰ Sofern man

¹¹⁷ Ulrich Klöti, Government, in: Klöti/Knoepfel/Kriesi/Linder/Papadopoulos/Sciarini (Anm. 25), 145-169, 153 f.; ferner Giovanni Biaggini, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Schweiz, in: Armin von Bogdandy/Pedro Cruz Villalón/Peter M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum. Bd. I. Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts, Heidelberg 2007, § 10, N 77 f., 84; Linder (Anm. 24), 309.

¹¹⁸ Formulierung in Adaption von Robert H. Mnookin/Lewis Kornhauser, Bargaining in the Shadow of the Law. The Case of Divorce, Yale Law Journal 88 (1979), 950-997; vgl. auch hinten unter IV., D.

¹¹⁹ Im Ergebnis gl. M. Rhinow (Anm. 97), 185.

¹²⁰ Eingeführt wurde der Konnex zwischen BGE 99 Ib 39 (siehe Anm. 47) und der vom United States Supreme Court in *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 217 (1962) näher dargelegten Kriterien der "*political question*"-Doktrin unter der aBV von Kälin (Anm. 43), 63 f.; daran anschliessend Epiney (Anm. 49), 558/FN 115; Walter Kälin, Schubert und der Rechtsstaat oder: Sind Bundesgesetze mass-

den Begriff im bundesverfassungsrechtlichen Kontext fehlender gerichtlicher Suprematie überhaupt für fruchtbar hält, könnte eine entsprechende „*political question*“ nur dann vorliegen, wenn ein Vorrang des Völkerrechts verfassungsrechtlich absolut gefordert wäre, die Gerichte von dessen Durchsetzung aber aufgrund einer als „Selbstbeschränkung“ deklarierten, „politisch“ motivierten institutionellen Rücksichtnahme absehen wollten.

Hat die Bundesversammlung zu einer auf dem Weg der Volksinitiative entstandenen Bestimmung der Bundesverfassung ein ausführendes Bundesgesetz erlassen, so stellt Art. 190 BV klar, dass es grundsätzlich nicht Sache des Bundesgerichts oder der „anderen rechtsanwendenden Behörden“ ist, den Bundesgesetzgeber jenseits der völkerrechtskonformen Auslegung an einer möglichen Völkerrechtsverletzung zu hindern. Keine bindende Wirkung entfalten jedoch bundesgesetzliche Normen, die gegen „zwingende Bestimmungen des Völkerrechts“ im Sinne von Art. 139 Abs. 2 BV verstossen. Die Verletzung solcher zwingenden Bestimmungen als enge, aber absolute Schranke jeder Verfassungsrevision muss unabhängig von deren Rang die Nichtanwendung widersprechender landesrechtlicher Normen und die Nichtigkeit einer mit Art. 139 Abs. 2 BV nicht konformen Verfügung nach sich ziehen. Diese Sanktion rechtfertigt sich aufgrund des landesrechtlichen Normtelos von Art. 139 Abs. 2 BV, das bei blosser Anfechtbarkeit in Frage gestellt wäre. Unterbliebe im Einzelfall eine Anfechtung oder ist eine solche verfahrensrechtlich ausgeschlossen, könnte dies jene irreversiblen Folgen nach sich ziehen, die Art. 139 Abs. 2 BV zu vermeiden trachtet (vgl. V., B., 1., b.). Ferner lässt sich die Nichtigkeit von dem völkerrechtlichen *ius cogens* widersprechenden Landesrecht völkerrechtlich begründen.¹²¹

Ist die Bundesversammlung dem Gebot zur Herstellung praktischer Konkordanz durch verfassungsgeleitete Gesetzgebung nicht nachgekommen, verstösst die fragliche Verfassungsbestimmung zudem nicht gegen Art. 139 Abs. 2 BV und ist sie direkt anwendbar, haben Gerichte und Verwaltungsbehörden in einem ersten Schritt zu eruieren, ob die betreffende Verfassungsbestimmung einer völkerrechtskonformen Auslegung zugänglich ist. Scheitern diese Harmonisierungsversuche, stellt Art. 190 BV klar, dass „das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden“ das gesamte für die Schweiz verbindliche Völkerrecht, welches „neben den Staatsverträgen auch das Völkergewohnheitsrecht, die allgemeinen Regeln des Völkerrechts und Beschlüsse von internationalen Organisationen, die für die Schweiz verbindlich sind“, umfasst,¹²² auch dann anzuwen-

geblicher als Staatsverträge?, ZSR 112 (1993) I, 73-77, 76 f.; unter der geltenden BV auch Rhinow (Anm. 48), N 3226; Wenger (Anm. 2), 426/FN 14, 431.

¹²¹ Entsprechend der Ansatz der h.L.: Dahm/Delbrück/Wolfrum (Anm. 45), 103; Hantgartner (Anm. 43), 654, 664 f., 675; ders./Kley (Anm. 102), N 524; Keller (Anm. 48), 364; Peters (Anm. 43), Kap. 6 N 34 („unwirksam“); Saladin (Anm. 105), 89; Schindler (Anm. 45), 329; a.M. Kayser (Anm. 98), 266 f.; differenzierend de Wet (Anm. 102), 120.

¹²² BGE 133 II 450 E 6.1, 460; vgl. dazu Johannes Reich, Due Process and Sanctions Targeted Against Individuals Pursuant to Resolution 1267 (1999), Yale Journal of International Law 33 (2008),

den haben, wenn sie der Bundesverfassung widersprechen. Angesichts der partiellen Verfassungsgerichtsbarkeit vermögen sich direkt-demokratisch erstrittene Anliegen in solchen Konstellationen daher nur durch deren bundesgesetzliche Konkretisierung durchzusetzen.¹²³

C. Anwendung des verfassungsrechtlichen Modells

1. Volksinitiative “für die Ausschaffung krimineller Ausländer”

Die Anwendung des vorstehend dogmatisch ausgearbeiteten verfassungsrechtlichen Modells funktionellrechtlich differenzierter Herstellung praktischer Konkordanz zur Bewältigung von Konflikten zwischen der Beachtung des Völkerrechts und konfligierenden Volksinitiativen lässt sich am Beispiel der zu Beginn dieses Beitrags erwähnten, am 7. März 2008 zu Stande gekommenen Volksinitiative “für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)”¹²⁴ praktisch erläutern. Die “Ausschaffungsinitiative” zielt auf die Ergänzung der Kompetenznorm des Bundes betreffend das Ausländer- und Asylrecht (Art. 121 BV) durch drei Absätze und eine intertemporale Regelung. Mit dem Begehren soll eine Vorschrift in der Bundesverfassung verankert werden, wonach ausländische Staatsangehörige “unabhängig von ihrem ausländerrechtlichen Status ihr Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz” verlieren, sollten sie aufgrund eines der in Art. 121 Abs. 3 *al.* 1 E-BV umschriebenen Gewalt-, Sexual- oder Betäubungsmitteldelikte rechtskräftig verurteilt worden sein oder “missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen haben” (Art. 121 Abs. 3 *al.* 2 E-BV). Gemäss dem Initiativ-

505-511, 507-510, ergänzt verfügbar unter <<http://ssrn.com/author=568933>> (zuletzt aufgerufen am 25. Februar 2009).

¹²³ Im Verhältnis zwischen einer jüngeren, direkt anwendbaren Bestimmung der BV und einem älteren, widersprechenden Bundesgesetz wird Art. 190 BV demgegenüber überwiegend als für nicht anwendbar erklärt; vgl. Botschaft BV (Anm. 11), 429; Bundesamt für Justiz, Gutachten vom 10. April 1992, VPB 58 (1994) Nr. 2, 50-57, 54 f.; Biaggini (Anm. 8), Art. 190 BV, N 14; Haller (Anm. 53), N 219 m.w.H.; Yvo Hangartner, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts. Bd. I, Zürich 1980, 198; ders., Art. 190 BV, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Anm. 43), N 13 m.w.H.; Nobs (Anm. 105), 370; mit anderer Begründung gl. A. Auer (Anm. 53), N 167; ohne klare Festlegung demgegenüber Botschaft über die Volksinitiative “Gleiche Rechte für Mann und Frau” vom 14. November 1979, BBl. 1980 I, 69-149, 129 f. Auch wenn der Geltungsvorrang der BV unbestritten ist, lässt sich die h.M. mit Blick auf den Wortlaut von Art. 190 BV (Anwendungsvorrang) nicht leicht hin begründen. Einer unbesehenen Übertragung auf das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Bundesverfassung steht neben Art. 5 Abs. 4 BV auch der Umstand entgegen, dass die Bundesverfassung in Art. 190 BV bewusst nicht aufgeführt wird; vgl. Botschaft BV (Anm. 11), 429. Ferner lässt sich das vom Bundesamt für Justiz (Anm. 123), 54 f. angeführte Argument des Geltungsvorrangs der BV im differenziert zu lösenden Verhältnis zwischen Völker- und Verfassungsrecht nicht gleichförmig verwerten.

¹²⁴ Vgl. Anm. 1 sowie den Initiativtext im Wortlaut, BBl. 2007, 4971 sowie auf der Webseite der Schweizerischen Bundeskanzlei unter <www.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis357t.html> (zuletzt aufgerufen am 25. Februar 2009).

text “sind” diese Personen “von der zuständigen Behörde aus der Schweiz auszuweisen” und mit einem Einreiseverbot von 5-15 Jahren zu belegen, das im “Wiederholungsfall (...) auf 20 Jahre” zu erstrecken wäre (Art. 121 Abs. 5 E-BV). Die Straftatbestände wären binnen fünf Jahren nach Annahme des Begehrens in einem Bundesgesetz “zu definieren und zu ergänzen” (Art. 197 Ziff. 8 ÜBBest E-BV).

2. Geltende Rechtslage

Aufgrund der seit dem 1. Januar 2008 gültigen einfachgesetzlichen Regelung¹²⁵ “kann” die zuständige Behörde die Wegweisung einer Person ausländischer Staatsangehörigkeit insbesondere dann verfügen wenn diese “erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung (...) verstossen hat oder diese gefährdet”, “auf Sozialhilfe angewiesen ist” oder “zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde” (Art. 66 Abs. 1 i.V.m. Art. 62 Bst. b, c, e AuG). Im letztgenannten Fall kann die Wegweisung auch gegenüber einer Person mit Niederlassungsbewilligung verfügt werden, ansonsten nur unter qualifizierten Voraussetzungen (vgl. Art. 66 Abs. 1 i.V.m. Art. 63 Abs. 1 Bst. a-c AuG).¹²⁶ Die Ausweisung, die sowohl Entfernungs- als auch Fernhaltmassnahme ist (vgl. Art. 68 Abs. 3 AuG), kann vom Bundesamt für Polizei “zur Wahrung der inneren oder der äusseren Sicherheit der Schweiz” (Art. 68 Abs. 1 AuG) oder vom Bundesrat (Art. 121 Abs. 2 BV) angeordnet werden. Weg- und Ausweisungen werden durch die Ausschaffung (Abschiebung) zwangsweise durchgesetzt (Art. 69 Abs. 1 AuG). Ist die Durchsetzung der Aus- oder Wegweisung “nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar”, tritt an deren Stelle die vorläufige Aufnahme als Ersatzmassnahme (Art. 83 Abs. 1 AuG).

3. Verfassungsrechtspflege: Entscheid über die Gültigkeit¹²⁷

Die Bundesversammlung wird zu entscheiden haben, ob die “Ausschaffungsinitiative” den Anforderungen von Art. 139 Abs. 2 BV genügt. Für die ersten beiden Kriterien (Einheit der Form und der Materie) trifft dies zu (vgl. II., B.). Einer differenzierten Beurteilung bedarf, ob die Initiative “zwingende Bestimmungen des Völkerrechts” (Art. 139 Abs. 2 BV) wahrt (vgl. V., B., 1., b.). Gestützt auf die vorne entwickelte integrierende Auslegung von Art. 139 Abs. 2 BV erschliesst

¹²⁵ Völkerrechtliche Verträge gehen dem AuG vor; im Verhältnis zum Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA; SR 0.142.112.681) und zum Übereinkommen vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (SR 0.632.31) gilt das Günstigkeitsprinzip (Art. 2 AuG).

¹²⁶ Hervorhebungen hinzugefügt.

¹²⁷ Zur Frage der Gültigkeit eingehend Johannes Reich, Verletzt die “Ausschaffungsinitiative” zwingende Bestimmungen des Völkerrechts? Zur Frage der Gültigkeit der eidgenössischen Volksinitiative “für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)” im Lichte von Art. 139 Abs. 2 BV, ZSR 127 (2008) I, 499-520.

sich, dass insbesondere das Recht auf Leben (Art. 2 EMRK; Art. 6 IPBPR), das Verbot der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung (Art. 3 EMRK; Art. 7 IPBPR; Art. 3 Anti-Folterkonvention),¹²⁸ einschliesslich des Grundsatzes des *non-refoulement* (Art. 33 FK), “zwingende Bestimmungen des Völkerrechts” i.S.v. Art. 139 Abs. 2 BV sind. Ihre Zugehörigkeit zum völkerrechtlichen *ius cogens* ist weitestgehend unstrittig. Ferner sind die genannten Normen auch von dem Telos von Art. 139 Abs. 2 BV erfasst. Für das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) sind beide Bedingungen nicht erfüllt.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gilt Art. 3 EMRK absolut. Das Verbot der Folter kommt mithin auch in jenen Fällen zum Tragen, in welchen Art. 33 Abs. 2 FK zum Schutz der öffentlichen Ordnung des Aufenthaltsstaates Ausnahmen vom Rückschiebeverbot vorsieht.¹²⁹ Entsprechend hat die Schweiz jegliche Handlungen zu unterlassen, die eine sich in ihrem Hoheitsgebiet befindliche Person der ernstlichen und realen Gefahr aussetzen würden, “der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung” anheimzufallen.¹³⁰

Der Initiativtext – “(...) sind (...) auszuweisen” (Art. 121 Abs. 5 E-BV) – räumt der mit dem Wegweisungsentscheid befassen Behörde keinerlei Ermessen ein, in Würdigung der Umstände des Einzelfalls von einer Ausweisung (Ausreisegebot) abzusehen. Zu beachten ist indessen, dass nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei ausländerrechtlichen Entfernungsmassnahmen zwischen dem Entscheidungs- und dem Vollstreckungsverfahren zu unterscheiden ist. Zum Entscheidungsverfahren zählte insbesondere die strafrechtliche Landesverweisung, die bis zum 31. Dezember 2006 als Nebenstrafe und Sicherungsmassnahme durch das befassende Strafgericht verhängt werden konnte.¹³¹ Ob eine Entfernung Art. 3 EMRK, Art. 7 IPBPR, Art. 3 Anti-Folterkonvention oder Art. 33 FK tangiert, ist laut der erwähnten Rechtsprechung ausschliesslich im Vollstreckungsverfahren zu klären.¹³² Nach ständiger Praxis des Europäischen Ge-

¹²⁸ Übereinkommen vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (SR 0.105).

¹²⁹ BGE 2A.313/2005 E 2.2; Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, BBl. 2002, 3709-3850, 3737; Alberto Acher mann/Christina Hausmann, Handbuch des Asylrechts, 2. Aufl., Bern/Stuttgart 1991, 178 f.; Stephan Breitenmoser, Art. 25 BV, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Anm. 43), N 16-18, 23, 25 f.; Jörg Paul Müller/Markus Scherer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, 337-339; Arthur Haefliger, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Bern 2008, 14; Hathaway (Anm. 82), 342-355; Kälin (Anm. 82), 136.

¹³⁰ Vgl. nur EGMR, Urteil vom 7. Juli 1989, *Soering v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 14038/88, Ziff. 100-111; Urteil vom 15. November 1996, *Chahal v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 70/1995/576/662, Ziff. 80; vgl. auch Anm. 82.

¹³¹ Art. 55 StGB in der Fassung bis zur Inkraftsetzung von Ziff. I des Bundesgesetzes vom 13. Dezember 2002, in Kraft seit 1. Januar 2007 (AS 2006, 3459-3502), dazu BGE 123 IV 107 E 1, 108; 114 Ib 1 E 3a, 3 f.; 104 IV 222 E 1b, 223 f. (“L’expulsion sert d’une part à la protection de la sécurité publique et d’autre part elle constitue une véritable peine.”).

¹³² BGE 2A.313/2005 E 3.3.2 f.; 124 II 289 E 4a, 292; 121 IV 345 E 1a, 347; 116 IV 105, 114 E 4 f.; “Art. 33 Flüchtlingsabkommen und Art. 3 EMRK können und dürfen demnach erst Beachtung finden,

richtshofs für Menschenrechte ist denn auch nur jener Verfügungsadressat “*victime*” (engl.: *victim*) i.S.v. Art. 34 EMRK, gegen welchen ein unmittelbar vollstreckbarer Wegweisungsentscheid ergangen ist, während die Anordnung einer blossen Ausreisepflicht nicht ausreicht.¹³³ Dieser Differenzierung trägt landesrechtlich Art. 25 BV Rechnung.¹³⁴ Folgerichtig ist aufgrund des einfachen Bundesrechts die vorläufige Aufnahme anzuordnen, sofern der Ausschaffung (Abschiebung) Art. 3 EMRK, Art. 7 IPBPR, Art. 3 Anti-Folterkonvention, Art. 33 FK oder andere “völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz” entgegen stehen (Art. 83 Abs. 1 und 3 AuG). Die vorläufige Aufnahme begründet kein Anwesenheitsrecht. Sie wird zeitlich beschränkt erteilt, periodisch überprüft und kann – abhängig davon, ob das Hindernis für eine Ausschaffung weiterhin besteht – verlängert oder jederzeit aufgehoben werden (vgl. Art. 84 Abs. 1 und 2 AuG; Art. 26 Abs. 2 Satz 1 VVWA).¹³⁵

Gestützt auf die völkerrechtliche Verpflichtungen reflektierende Differenzierung zwischen Ausweisung, Auslieferung und Ausschaffung in Art. 25 BV und die geschilderte Rechtsprechung zur strafrechtlichen Landesverweisung erscheint die “Ausschaffungsinitiative” mit den “zwingende[n] Bestimmungen des Völkerrechts” vereinbar und daher im Sinne von Art. 139 Abs. 2 BV gültig. Würde das Begehren in der Abstimmung von Volk und Ständen angenommen, hätte in einem ersten Schritt eine gerichtliche Behörde zu entscheiden, ob sich eine Person der in Art. 121 Abs. 3 und 4 E-BV aufgeführten und einfachgesetzlich zu konkretisierenden Anlasstaten schuldig gemacht hat. Erwächst der entsprechende verurteilende Sachentscheid in Rechtskraft, verlöre der Verurteilte sein “Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz” und es wäre die Ausweisung anzuordnen (Art. 121 Abs. 3 und 5 E-BV). Es bliebe der zuständigen

wenn es darum geht, festzulegen, wann und wie eine Ausweisung aus dem Gebiete der Schweiz zu vollziehen ist.” (Hervorhebungen hinzugefügt.)

¹³³ Vgl. EGMR, Urteil vom 14. Februar 2008, *Hussain v. Rumänien*, Nr. 12338/02, Ziff. 105 (“Dès lors, il [le requérant] ne saurait se prétendre victime d’une mesure d’éloignement aussi longtemps qu’une telle mesure est dépourvue de caractère exécutoire (...)”); Urteil vom 27. August 1992, *Vijayanathan und Puparajah v. Frankreich*, Nr. 17550/90, 17825/91, Ziff. 46; Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Zürich 1999, N 301.

¹³⁴ Art. 25 BV steht unter dem Titel “Schutz vor Ausweisung, Auslieferung und Ausschaffung” und weist einen persönlich und sachlich differenzierten Schutzbereich auf. Laut Art. 25 Abs. 1 BV dürfen “Schweizerinnen und Schweizer (...) nicht aus der Schweiz ausgewiesen werden”; eine Auslieferung ist nur mit deren Einverständnis zulässig. Art. 26 Abs. 2 BV verbietet, dass “Flüchtlinge (...) in einen Staat ausgeschafft oder ausgeliefert werden, in dem sie verfolgt werden”. Schliesslich darf gemäss Art. 25 Abs. 3 BV “[n]iemand (...) in einen Staat ausgeschafft werden, in dem ihm Folter oder eine andere Art grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung droht”. (Hervorhebungen hinzugefügt.) Ebenfalls in diesem Sinne zwischen Ausweisung, Auslieferung und Ausschaffung differenzierend Regina Kienner/Walter Kälin, Grundrechte, Bern 2007, 176 f.

¹³⁵ Zur grundsätzlichen Grundrechtskonformität Regina Kienner/Andreas Rieder, Vorläufige Aufnahme – Die Optik der Grundrechte. Gutachten des Instituts für öffentliches Recht der Universität Bern, erstellt im Auftrag der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus (EKR), Bern 2003, 86, 89-96; zu besonderen Aspekten des Rechtsschutzes Pierre Moor, *Avis de droit sur la nature de l’acte de refus de l’admission provisoire en droit d’asile*, Asyl 19 (2004) IV, 18-23.

Verwaltungsbehörde jedoch verwehrt, die Ausschaffung (Abschiebung) zu verfügen, sofern “völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz”, mithin auch “zwingende Bestimmungen des Völkerrechts” (Art. 139 Abs. 2 BV), “einer Weiterreise der Ausländerin oder des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder in einen Drittstaat entgegenstehen” (Art. 63 Abs. 1, Art. 83 Abs. 3 AuG).¹³⁶ Entsprechend wäre ersatzweise die vorläufige Aufnahme anzuordnen (Art. 83 Abs. 1 AuG; Art. 16 VVWA).

4. Verfassungspolitik und verfassungsgeleitete Gesetzgebung

In Ausübung von Verfassungspolitik hat der Bundesrat am 15. Oktober 2008 im Sinne der geschilderten responsiven Politikgestaltung beschlossen, der “Ausschaffungsinitiative” einen indirekten Gegenentwurf gegenüberzustellen, der die grundlegenden Zielsetzungen der Initiative aufnimmt, ohne jedoch mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz und den Grundrechten der Bundesverfassung in Konflikt zu geraten.¹³⁷ Ferner haben verschiedene Parteien als Akteure der Verfassungspolitik ähnliche Erlassentwürfe ausgearbeitet.¹³⁸ Erklärt die Bundesversammlung die “Ausschaffungsinitiative” für ganz oder teilweise gültig, käme den Bundesbehörden im Vorfeld der Abstimmung die Aufgabe zu, auf das Spannungsverhältnis hinzuweisen, in welchem die “Ausschaffungsinitiative” mit zahlreichen verfassungs- und “nicht-zwingenden” völkerrechtlichen Bestimmungen, insbesondere mit dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 2 BV) und dem Recht auf Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK; Art. 13 Abs. 1 BV), steht (vgl. V., B., 2.).

Im Fall einer Annahme des Begehrens durch Volk und Stände wäre die Bundesversammlung im Rahmen der verfassungsgeleiteten Gesetzgebung zum Erlass eines ausführenden Bundesgesetzes verpflichtet (Art. 197 Ziff. 8 ÜBBest E-BV), welches

¹³⁶ Zu beachten ist, dass der Wortlaut des Art. 121 Abs. 5 E-BV entgegen dem irreführenden deutschen Titel “Ausschaffungsinitiative” – vgl. demgegenüber die französische und italienische Fassung: “*initiative sur le renvoi*” bzw. “*iniziativa espulsione*” –, der auch im Fall der Zustimmung von Volk und Ständen keinerlei Rechtsverbindlichkeit erlangen würde, nur die Ausweisung, nicht aber die Ausschaffung von entsprechend verurteilten Personen verlangt.

¹³⁷ Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, “Ausschaffungsinitiative”: Bundesrat trifft Richtungsentscheid, Medienmitteilung vom 15. Oktober 2008, verfügbar unter <www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2008/2008-10-154.html> (zuletzt aufgerufen am 25. Februar 2009). – Zum Instrument des Gegenentwurfs vgl. vorne II., A., 2., b. und V., B., 1., a., zur Volksinitiative als Anreiz für eine responsive Politikgestaltung unter II., C., 1; zur bisherigen Praxis hinsichtlich Gegenentwürfen vgl. R a u s c h (Anm. 2), 429–435.

¹³⁸ Einen “völkerrechts- und verfassungskonformen Gegenvorschlag auf Gesetzesstufe” zu der von Mitgliedern der Schweizerischen Volkspartei lancierten “Ausschaffungsinitiative” legte namentlich die Freisinnig-Demokratische Partei Schweiz vor; vgl. Kein Pardon für ausländische Kriminelle, NZZ 10. September 2008, 13. Ähnliches gilt auch für die Christlichdemokratische Volkspartei der Schweiz; vgl. “Plan Scipio” für stärkeren Parteiapparat, NZZ 21. Januar 2008, 7. Für die Ausweisung verurteilter, nicht in der Schweiz geborener Straftäter ausländischer Staatsangehöriger spricht sich unter bestimmten Bedingungen auch die Sozialdemokratische Partei der Schweiz aus; vgl. Lob des eigenen Mutes, NZZ 27. Oktober 2008, 9. – Zu den Akteuren der Verfassungspolitik vgl. vorne III., C.

die geschilderten Grundsätze, insbesondere Art. 25 Abs. 2 und 3 BV, prozessual und materiell absichert (vgl. V., C., 3.). Materiell hätte die Bundesversammlung insbesondere dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen (Art. 5 Abs. 2 BV). Dies beträfe etwa die einfachgesetzliche Definition des “Drogenhandels” i.S.v. Art. 121 Abs. 3 *al.* 2 E-BV. Überdies wäre der Begriff “missbräuchlich” in Art. 121 Abs. 3 *al.* 2 E-BV in einer Weise zu konkretisieren, welche die ausländerrechtliche Sanktion nur bei einer gewissen objektiven Erheblichkeit und subjektiv ausschliesslich beim vorsätzlichen unrechtmässigen Bezug von “Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe” eingreifen liesse. Prozessual hätte der Bundesgesetzgeber für die umfassende Einhaltung der relevanten Verfahrensgarantien im Vollstreckungsverfahren zu sorgen.¹³⁹ Im Rahmen der verfassungsgeleiteten Gesetzgebung, wie sie das Parlament relativ extensiv betreffend Art. 123a BV vornahm (vgl. IV., D.), wäre zudem abzuklären, ob einfachgesetzliche Spielräume für die von Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK unter bestimmten Voraussetzungen geforderte Interessenabwägung geschaffen werden können.¹⁴⁰ Gleiches gilt für den verfassungsrechtlich und völkerrechtlich geforderten erhöhten Schutz Minderjähriger (Art. 11 BV; Art. 3, 16, 20 KRK).¹⁴¹

5. Verfassungsrechtspflege

Sowohl aus dem Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1, Art. 36 Abs. 1 BV), welchem im Strafrecht erhöhte Bedeutung zukommt (Art. 7 EMRK; Art. 1 StGB), als auch

¹³⁹ Vgl. neben den allgemeinen Verfahrensrechten spezifisch Protokoll Nr. 7 vom 22. November 1984 zur EMRK (SR 0.101.07), welches die Schweiz betreffend die Ausweisung ausländischer Personen zum Erlass verfahrensrechtlicher Schutzvorschriften verpflichtet. Die “Verwahrungsinitiative” widerspricht zumindest Sinn und Zweck dieses Staatsvertrags. Zum Protokoll Nr. 7 vgl. Villiger (Anm. 133), N 690-696^{bis}.

¹⁴⁰ Aufgrund von Art. 8 EMRK und dem äquivalenten (vgl. BGE 126 II 377 E 7, 394) Art. 13 Abs. 1 BV ist das öffentliche Interesse an einer Wegweisung im Lichte der Wertungen von Art. 8 Abs. 2 EMRK gegen die betroffenen privaten Interessen abzuwägen, sofern die ausländerrechtliche Massnahme *in casu* in die intakte und gelebte Beziehung zu in der Schweiz wohnhaften, über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügenden Familienangehörigen eingreift. Vgl. EGMR, 18. Oktober 2006, *Üner v. Niederlande*, Nr. 46410/99, Ziff. 54-60; 2. August 2001, *Boultif v. Schweiz*, Nr. 54273/00, Ziff. 48; BGE 130 II 281 E 3.1, 285; 127 II 60 E. 1d/aa, 64 f.; 126 II 335 E. 2a, 339; 126 II 377, 384 f.; E 2c/aa, 118 Ib 145 E. 4, 152 f.; 109 Ib 183 E. 2b, 185-188; Stephan Breitenmoser, Der Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 8 EMRK, Diss., Basel/Frankfurt am Main 1986, 111-116, 269; Martina Caroni, Privat- und Familienrecht zwischen Menschenrecht und Migration, Diss., Berlin 1999, 427-429; Jochen Abr. Frowein, in: ders./Wolfgang Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Kehl/Strassburg/Arlington 1996, Art. 8 EMRK, N 24; Peter Uebersax, Einreise und Anwesenheit, in: ders./Beat Rudin/Thomas Hugli Yar/Thomas Geiser (Hrsg.), Ausländerrecht, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2009, N 7.124-128; Luzius Wildhaber, Art. 8 EMRK, in: Wolfram Lanz (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Köln 1992, N 415-456.

¹⁴¹ Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107). – Zu daraus erwachsenden staatlichen Schutzpflichten vgl. Bundesamt für Justiz, Die Ausgestaltung der Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV) für minderjährige Asylsuchende mit einem Nichteintretensentscheid. Gutachten vom 25. Februar 2005, VPB 74 (2008) Nr. 2, 15-29, 25-28.

aus Art. 197 Ziff. 8 ÜBBest E-BV, wonach die Bundesversammlung binnen fünf Jahren eine Ausführungsgesetzgebung zu erlassen hätte, ist zu schliessen, dass Gerichte und Verwaltungsbehörden im Rahmen der Verfassungsrechtspflege, einschliesslich der Straf- und Verwaltungsrechtspflege, zur direkten Anwendung von Art. 121 Abs. 3-6 E-BV weder verpflichtet noch berechtigt wären. An ein ausführendes Bundesgesetz wären die rechtsanwendenden Behörden jedoch grundsätzlich gebunden. Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Bundes und der Kantone hätten jedoch von einer Anwendung von Art. 121 Abs. 3 E-BV gegenüber Personen, welche durch die Ausschaffung der ernstlichen Gefahr der Tötung oder der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung ausgesetzt würden, ab zu sehen, sofern zumindest im Vollzugsstadium keine ausreichenden prozessualen Vorkehrungen zur ausnahmslosen Wahrung der Teilgehalte von Art. 139 Abs. 2 BV bestehen (vgl. V., B., 4.).

VI. Folgerungen

Aus der strukturellen Koppelung von Recht und Politik durch die Verfassung resultiert nicht nur die Instrumentierung des Rechts durch die Politik, sondern auch die Fesselung der Politik durch das Recht.¹⁴² In den verschiedenen Phasen, die eine formulierte Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung von ihrer Lancierung bis zu ihrer Umsetzung durchläuft (vgl. II, A, 2), sind diese Fesseln unterschiedlich eng angezogen. Die Bundesverfassung determiniert als Rahmenordnung das inhaltliche Schicksal einer mit völkerrechtlichen Verpflichtungen konfligierenden Volksinitiative inhaltlich nicht absolut. Dieser zuweilen als mangelhaft dargestellten Rechtslage setzt das rechtswissenschaftliche Schrifttum zumeist entweder eine ausgreifende Interpretation der inhaltlichen Grenzen der Volksinitiative (Art. 139 Abs. 2 BV) oder die These eines durchgängigen Vorrangs des Völkerrechts vor entgegenstehendem Landesrecht (Art. 5 Abs. 4 BV) entgegen (vgl. V., A.). Beide Ansätze lassen sich jedoch verfassungsmethodisch nicht zureichend abstützen: Art. 5 Abs. 4 BV stellt eine offene Handlungsanweisung, nicht aber eine Kollisionsnorm im Sinne eines strikten Konditionalprogramms dar, während die Abwägung aller Auslegungselemente zu einer inhaltlich engen, zweistufigen integrierenden Auslegung der "zwingende[n] Bestimmungen des Völkerrechts" von Art. 139 Abs. 2 BV führt. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, den wissenschaftlichen Fokus auf das gesamte Verfahren der Volksinitiative auszuweiten.

Dem vorstehend theoretisch aufgearbeiteten und praktisch erläuterten verfassungsrechtlichen Modell liegt daher das Verständnis der Volksinitiative als ein mehrstufiges, funktionellrechtlich differenziert gebundenes,

¹⁴² Niklas Luhmann, Zwei Seiten des Rechtsstaates, in: Institute of Comparative Law in Japan (Hrsg.), Conflict and Integration. Comparative Law in the World Today, Tokyo 1989, 493-506, 496, 498-500, 502; ders., Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1995, 422.

auf die Herstellung praktischer Konkordanz gerichtetes Verfahren zu Grunde. Dieses spannt sich von der Lancierung einer Volksinitiative, über deren Vorprüfung, die Behandlung des Begehrens durch Bundesrat und Bundesversammlung, den Gültig- oder Ungültigkeitsentscheid des Parlaments, die öffentliche Meinungsbildung, die Abstimmung von Volk und Ständen, die Umsetzung und Konkretisierung der Verfassungsbestimmung auf bundesgesetzlicher Stufe bis zur Anwendung der betreffenden Norm der Bundesverfassung durch Gerichts- und Verwaltungsbehörden im Einzelfall (vgl. V., A.). Das Mass materieller Determinierung durch die Bundesverfassung, welchem der Entscheid der jeweiligen Behörde unterworfen ist, lässt sich funktionellrechtlich nach den Kategorien Verfassungspolitik, Verfassungsrechtspflege und verfassungsgeleitete Gesetzgebung differenzieren (vgl. III., C.). Wie das vorstehende Anwendungsbeispiel erhellt, führt dieses verfassungsrechtliche Theoriekonzept zu einem höheren Grad an prozeduraler Rationalität, da sich die jeweiligen verfassungsrechtlichen Kompetenzen zur Herstellung praktischer Konkordanz zwischen völkerrechtlichen Verpflichtungen und den mit ihnen potentiell konfligierenden Volksinitiativen nach Verfahrensstand und Behörde differenziert bestimmen lassen (vgl. V., C.).

Diese vorstehend unternommene verfassungstheoretische Problemdurchringung erscheint umso drängender, als dass aufgrund der politischen Brisanz ausserpolitischer und grundlegender institutioneller Fragen nicht zu erwarten ist, dass sich der schwelende Grundkonflikt zwischen den "einem Staate mit einer vorzugsweise nach Innen gerichteten Politik"¹⁴³ entsprechenden direkt-demokratischen Einrichtungen einerseits und der fortschreitenden völker- und sektoriell-differenzierten europarechtlichen Integration der Schweiz andererseits kurz- oder mittelfristig auf der Basis einer dafür notwendigen formellen Änderung der Bundesverfassung lösen lassen wird. Das geltende Bundesverfassungsrecht bietet indessen ein breites, funktionellrechtlich differenziertes Arsenal an Handlungsoptionen, Konfliktlagen zwischen der Volksinitiative und dem Völkerrecht angemessen und wirkungsvoll zu begegnen. Allerdings stellt die Bundesverfassung dabei hohe Anforderungen an das Verantwortungsbewusstsein der involvierten politischen Akteure, nicht zuletzt an die Bundesversammlung und den Bundesrat.

¹⁴³ Fleiner (Anm. 23), 764; ähnlich Bernhard Ehrenzeller, Möglichkeiten und Grenzen der direkten Demokratie, Basler Juristische Mitteilungen 46 (1999), 65-91, 79 f.; René Rhinow, Volksrechte und Aussenpolitik in der Schweiz, in: Astrid Epiney/Karine Siegwart (Hrsg.), Direkte Demokratie und Europäische Union, Freiburg im Üechtland 1997, 93-101, 95-97; Dietrich Schindler, Zwischenstaatliche Interdependenz und Demokratie, in: Zen-Ruffinen/Auer (Anm. 98), 283-292, 285 f., 288.

Summary¹⁴⁴

Direct Democracy and Obligations Stemming from Public International Law in Conflict

Providing for Practical Concordance Based on Functional Distinctions Between International Law and Conflicting Popular Initiatives in Swiss Federal Constitutional Law

The Swiss Federal Constitution (Swiss Fed. Const.) grants 100,000 eligible citizens the right to propose a constitutional amendment (currently 2 percent of all voters). Popular initiatives may take the form of either general requests or specific proposals. The latter can be altered by neither the executive nor the legislative branch. Also, no form of prior judicial review of such initiatives exists. Yet according to Swiss Fed. Const. art. 139 § 2, the parliament declares popular initiatives invalid should they fail to respect the principle of unity of form, the single subject rule or “peremptory rules of international law”¹⁴⁵ (*inter alia* the prohibition of genocide and torture). As a consequence, popular initiatives can come into conflict with provisions of international law which do not form part of these “peremptory rules”.

Solutions to such constitutional frictions have been fiercely debated in recent years. Most scholarly contributions propose either a broader interpretation of the term “peremptory rules of international law”, limiting the substantive scope of popular initiatives or call for a more robust role for courts in order to enforce the alleged absolute supremacy of international over domestic law. However, such proposals are hardly in line with a methodically sound interpretation of the present Constitution. The interplay of legislative history, text, constitutional structure and the ultimate purpose (*telos*) of the norm instead ask for an integrated interpretation of Swiss Fed. Const. art. 139 § 2. Accordingly, the content of the *jus cogens* of public international law signifies the starting point of such a construction. In a second step, it is the ultimate purpose (*telos*) of Swiss Fed. Const. art. 139 § 2 – that is, according to the history of the provision, the objective of the democratic constitutional state based on fundamental rights to refrain from wrongfully causing severe and irreversible harm to persons within its jurisdiction – which provides the basis to specify and complement the content of the “peremptory rules of international law” in the meaning of the Swiss Federal Constitution.

Against the backdrop of the limited range of application of Swiss Fed. Const. art. 139 § 2, and excluding only fundamental guarantees from the scope of popular initiatives, this paper develops the constitutional conceptualization of the popular initiative as a multi-level procedure enabling and obligating the relevant actors to strive for practical concordance between norms of the Federal Constitution and provisions of international law not qualifying as “peremptory rules of international law”. Practical concordance (*praktische Konkordanz*) is a well established holistic interpretive standard striving at op-

¹⁴⁴ Summary by the author.

¹⁴⁵ Emphasis added.

timizing and integrating, rather than balancing, conflicting constitutional objectives in order to avoid one constitutional value being realized at the expense of another. This concept is based on Swiss Fed. Const. art. 5 § 4 according to which “[t]he Confederation and the Cantons shall respect international law”. The extent to which the authorities are entitled to provide for practical concordance between international law and possibly conflicting popular initiatives is determined by the Constitution and can be categorized by what I call “constitutional politics,” “constitutional review” and “constitutionally conducted legislation”. The different stages a popular initiative is channeled through take the form of a dialogue in the public sphere between “civil society” and elected officials, from the collection of required signatures (Swiss Fed. Const. art. 139 § 1) to the discussion by parliament resulting in a recommendation to the voters (“the people”) and the Cantons (states) whether or not to adopt the amendment (Swiss Fed. Const. art. 139 § 2 Sentence 2). Federal statutes enacted by the parliament in order to substantiate constitutional amendments initiated by successful popular initiatives must take the whole Constitution into account but are, at the same time, subject to an optional referendum (Swiss Fed. Const. art. 141 § 1 (a)). National courts are bound by these federal statutes (see Swiss Fed. Const. art. 190) as long as they respect the “peremptory norms of international law” as outlined by Swiss Fed. Const. art. 139 § 2.

In sum, while the constitutional model presented in this paper takes the Swiss Federal Constitution seriously and is thus based on a methodically sound interpretation of the relevant norms, it rationalizes the mitigation of frictions between international law and popular initiatives through a transparent and accountable multi-level procedure striving for practical concordance.

ZaöRV 68 (2008)

<http://www.zaoerv.de/>

© 2008, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht