

# Materielle Schranken der Verfassungsgebung

**Markus Schefer / Alexandra Zimmermann** | *Demokratie folgt aus der Einsicht der grundsätzlich gleichen Massgeblichkeit aller Menschen. Politische Mehrheitsentscheide können deshalb nicht jedes Ergebnis legitimieren. Auf der Ebene der Verfassung äussert sich dies als Schranken ihrer Revision. Diese sind der Verfassung immanent und inhaltlich nur aufgrund längerfristiger, elementarer Neukonstituierung der gesellschaftlichen Wertvorstellungen Veränderungen unterworfen. Völkerrechtliches *ius cogens* stellt eine analoge heteronome Schranke dar. Volksinitiativen auf Verfassungsrevision, die gegen völkerrechtliche Bestimmungen verstossen, deren Verletzung für die Schweiz äusserst schwerwiegende Folgen hätte, sind gültig. Durch besondere Ausgestaltung der Verfahren ihrer Annahme ist aber sicherzustellen, dass entsprechende Entscheide von Parlament und Volk auf einer umfassenden Willensbildung der Entscheidträger beruhen und nicht zufällige Ergebnisse populistischer Verblendung darstellen. Der vorliegende Beitrag skizziert in Anlehnung an das heute bestehende Verfahren der Totalrevision der Bundesverfassung, wie solche Verfahren ausgestaltet werden könnten.*

## Inhaltsübersicht

- 1 Die Problemstellungen
- 2 Elementare rechtsstaatliche Grundsätze als materielle Schranken
  - 2.1 Verfassungsschranken als notwendige Elemente einer demokratischen Verfassung
  - 2.2 Materieller Gehalt von Verfassungsschranken
- 3 Kohärenz von Völker- und Landesrecht
- 4 Verfahren zur Anwendung von Verfassungsschranken
  - 4.1 Entscheid über die rechtlichen Fragestellungen: autonome Schranken und zwingendes Völkerrecht
  - 4.2 Entscheid über die politischen Fragestellungen: «faktisch» zwingendes Völkerrecht
- 5 Schluss

## 1 Die Problemstellungen

In neuerer Zeit wird die Frage nach der inhaltlichen Gültigkeit von Volksinitiativen auf Teilrevision der Bundesverfassung intensiv diskutiert. Anlass dazu geben verschiedene Initiativen, die in den letzten zwanzig Jahren vor allem vom rechten politischen Spektrum lanciert worden sind. Dabei stand der Umgang mit Ausländern im Vordergrund.<sup>1</sup> Anders als in den 70er- und frühen 80er-Jahren waren einige dieser Initiativen auch in der Volksabstimmung erfolgreich. Dadurch wurde erstmals deutlich, dass Volksinitiativen auch dann das doppelte Mehr von Volk und Ständen erreichen können, wenn sie gesellschaftlich ausserordentlich kontroverse Positionen zum Ausdruck bringen.<sup>2</sup>

Zunächst bestand die Reaktion der Bundesversammlung auf die damalige Volksinitiative «für eine vernünftige Asylpolitik» der Schweizer Demokraten darin, sie wegen eines Verstosses gegen zwingendes Völkerrecht – im konkreten Fall das Gebot des Non-refoulement – ungültig zu erklären.<sup>3</sup> Sie folgte damit einer von Jörg Paul Müller (Müller 1986, 200 f.) und Peter Saladin (1988, 83–89) vorbereiteten Argumentation.<sup>4</sup> Dieses Präjudiz wurde in der nachfolgenden formellen Totalrevision in den Text der Bundesverfassung aufgenommen. Bis heute wurde gestützt auf diese Bestimmung keine Volksinitiative mehr für ungültig erklärt. Da der völkerrechtliche Begriff des *Ius cogens* eng ist,<sup>5</sup> war er bei zahlreichen Initiativen nicht betroffen.<sup>6</sup> Andere – insbesondere die Ausschaffungsinitiative – entgingen der Ungültigkeitserklärung nur «mit etwas Glück» (Tschannen 2011, 547); die Auslegung, mit welcher sie der Bundesrat rettete, erscheint jedenfalls sehr innovativ (Reich 2008, 499 ff.). Heute zeigt sich, dass trotz der Anerkennung des zwingenden Völkerrechts als Schranke der Verfassungsrevision auch elementare Voraussetzungen der schweizerischen Verfassungsordnung mit einer Volksabstimmung aus den Angeln gehoben werden können. Es stellt sich deshalb die Frage, ob derartige Voraussetzungen als materielle Schranken der Verfassungsrevision anzuerkennen sind und wenn ja, welche.

Erstmals wurden in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung materielle Schranken von Hans Nef in einem Aufsatz aus dem Jahr 1942 anerkannt; dazu dürften ihn auch die Diskussionen um die Bedeutung des nationalsozialistischen Gedankenguts in der Schweizer Staatsrechtslehre der Zwischenkriegszeit (Kley 2011, 142–192) angestossen haben. Nef erachtet es als unzulässig, dem Volk die verfassungsgebende Gewalt zu entziehen; dies wäre mit dem demokratischen Grundgedanken hinter der Verfassung nicht zu vereinbaren (Nef 1942, 136). Aufgrund der historischen Entwicklung seit der französischen Revolution erblickt er eine weitere Schranke in den angeborenen und unveräusserlichen Menschenrechten (Nef 1942, 140). Werner Kägi führte diese Diskussion weiter, insbesondere in einem Aufsatz aus dem Jahr 1956. Zum unveränderlichen Kern der Verfassung gehören für ihn jene Normen, die der Verfassungsgeber nicht schafft, sondern anerkennt und zu verwirklichen sucht. «Sie sind das Werk von Generationen, weitgehend auch durch geistlich-sittliche und rechtlich-kulturelle Einflüsse grosser Denker und Bewegungen des Auslandes angeregt, bzw. mitbestimmt» (Kägi 1956, 817a). Die nachfolgende intensive Diskussion<sup>7</sup> in der schweizerischen Staatsrechtslehre drehte sich bis Mitte der 80er-Jahre um Bestehen und Inhalt autonomer materieller Schranken.

Prägend war in dieser Auseinandersetzung der Gedanke, dass die Verfassung in ihren elementaren Gehalten Ausdruck einer längerfristigen geistesgeschichtlichen und kulturellen Entwicklung ist, in deren Rahmen die Gesellschaft

ihre Rechtsordnung verfasst. Diese Voraussetzungen der Verfassung seien nicht beliebig, sondern – wenn überhaupt – nur unter erschwerten Bedingungen abänderbar (Hangartner 1982, 217 f.; Müller 1986, 203; Wildhaber 1988, Rz. 36–38; Saladin 1988, 84 f.). Diese wissenschaftliche Diskussion fand jedoch keinen abschliessenden Konsens.

In der gegenwärtigen Diskussion steht ein anderer Problembereich im Zentrum: Die Auseinandersetzung um jene Schranken, die das Völkerrecht der Verfassungsrevision entgegengesetzt, befasst sich primär mit der Frage, wie sich verhindern lässt, dass völkerrechtswidriges Verfassungsrecht zustande kommt und dadurch eine Inkohärenz zwischen Landes- und Völkerrecht geschaffen wird.<sup>8</sup>

Diese Motivation kommt etwa im Zusatzbericht des Bundesrates vom 30. März 2011 zum Ausdruck:<sup>9</sup> So möchte der Bundesrat vor allem sicherstellen, dass sich die Schweiz nicht in die Zwangslage versetzt sieht, entweder Völkerrecht zu verletzen und sich entsprechend verantwortlich zu machen oder geltendes Verfassungsrecht nicht anwenden zu können.<sup>10</sup>

Die Problemstellungen der beiden kurz skizzierten Ansätze – d.h. Anerkennung autonomer materieller Schranken oder völkerrechtlicher Schranken – sind höchst unterschiedlich: Bei der Diskussion um die autonomen Schranken geht es darum, allfällige unaufgebbare elementare Gehalte der Verfassung vor Abänderung zu schützen, bei der Auseinandersetzung um die völkerrechtlichen Schranken steht die Sorge um Inkohärenzen zwischen Völker- und Landesrecht im Vordergrund. Sie decken sich dort, wo das Völkerrecht ein materielles Minimum der Verfassungsstaatlichkeit garantiert.<sup>11</sup> In diesem Überlappungsbereich liegt denn auch der erste und bisher einzige Fall, in dem die Bundesversammlung eine Volksinitiative wegen Völkerrechtswidrigkeit für ungültig erklärt hat.<sup>12</sup> Das Verbot der Folter und der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung nach Artikel 3 EMRK, das eine Grundlage des Gebots des Non-refoulement darstellt, ist sowohl eine Norm des Völkerrechts als auch eine Garantie von elementarem Gehalt, die sich seit der Aufklärung tief in unsere Kultur eingegraben hat.

Entsprechend diesen zwei unterschiedlichen Fragestellungen werden die beiden Ansätze im Folgenden separat diskutiert. Zunächst wird auf die Frage eingegangen, inwiefern elementare Gehalte der Verfassungsordnung von Revisionen ausgeschlossen sind, anschliessend wird das Problem der Kohärenz der Rechtsordnung kurz angesprochen.

## **2 Elementare rechtsstaatliche Grundsätze als materielle Schranken**

### **2.1 Verfassungsschranken als notwendige Elemente einer demokratischen Verfassung**

Der Anerkennung materieller Schranken steht zunächst der Einwand entgegen, damit würde in die demokratischen Rechte der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger

bürger eingegriffen.<sup>13</sup> Es sei, wird etwa im Zusatzbericht des Bundesrates argumentiert, ein Ausgleich zwischen Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip zu finden.<sup>14</sup> Wird Demokratie jedoch nicht auf partizipative und repräsentative Verfahren zur Erlangung von Mehrheitsentscheidungen verkürzt, sondern als staatsrechtliche Konsequenz der Anerkennung jedes Menschen als grundsätzlich gleich massgeblich verstanden, erscheint dieser Gegensatz unzutreffend.

Ausgangspunkt für jede demokratische Ordnung ist der Mensch als Individuum, als vernünftiger, zur Selbstgesetzgebung fähiger Einzelner. Als solcher ist jeder Mensch gleich massgeblich wie jeder andere (Müller 1993, 20 ff.) Entsprechend unterschieden die aufklärerischen Privatrechtskodifikationen nicht mehr zwischen den Angehörigen der verschiedenen Stände, sondern behandelten alle Menschen formal gleich.<sup>15</sup> Niemand verfügt über privilegierte Einsicht in das Richtige und Gute. Dieses kristallisiert sich erst im Konsens aller Einzelner heraus.<sup>16</sup> Darin liegt eine revolutionäre Einsicht der Aufklärung. Sie stellt einen unverrückbaren Ausgangspunkt des modernen Staats und des Rechts dar (Dann 1975, 1014–1018). Hinter sie zurückzugehen würde bedeuten, die Aufklärung in ihrem Kern aufzugeben und wieder in eine Gesellschaft zurückzukehren, in der jene, die über die vermeintlich richtige Einsicht verfügen, legitim über die anderen herrschen dürfen. In der Anerkennung jedes Menschen als gleich massgeblich steckt der unvermeidliche naturrechtliche Kern der modernen Verfassungsordnung.

Ein Problem dieses Verständnisses besteht darin, dass die Menschen zwingend zusammenleben müssen, mit allen Konflikten, die sich daraus ergeben. Es fragt sich, wie an der gleichen Massgeblichkeit unter diesen Umständen festgehalten werden kann. Kant findet eine Lösung in der Vernunftfähigkeit des Menschen: Der Einzelne ist, der Idee nach, fähig, sich nach jenen Grundsätzen zu richten, von denen er wollen kann, dass sie auch für alle anderen gelten. Die wahrhaft demokratische Rechtsordnung, oder die Republik im Sinne Kants, ist entsprechend jene, die jeder Einzelne als Ausdruck der Selbstgesetzgebung verstehen könnte. Damit versöhnt die Demokratie die Einsicht in die gleiche Massgeblichkeit aller Menschen mit der Unausweichlichkeit ihres Zusammenlebens in der Gesellschaft und der daraus folgenden Konflikthaftigkeit.

Indem die Demokratie alle Einzelnen als gleich massgeblich anerkennt und entsprechend eine Ordnung verlangt, die alle als ihre eigene anerkennen können, setzt sie ein Ideal. Dieses Ideal ist zwingende Folge der grundsätzlichen Gleichheit aller Menschen. Abstriche am Ideal sind daher stets auch Einbussen an gleicher Massgeblichkeit. Das Staatsrecht muss deshalb versuchen, das Ideal so weit als möglich tatsächlich zu erreichen; wo es dahinter zurück bleibt, öffnet es ein Defizit in seinen eigenen Grundlagen, nämlich seiner demokratischen Legitimität.

Um demokratische Verfahren in der Praxis funktionsfähig auszugestalten und ein handlungsfähiges politisches System zu errichten, sind vielfältige Beschränkungen dieses Ideals unabdingbar.<sup>17</sup> Nie werden die Teilnehmerinnen und Teilnehmer an politischen Prozessen in der Lage sein, allein nach verallgemeinerbaren Grundsätzen zu suchen und zu entscheiden; sie werden stets auch den individuellen Vorteil, die strategisch günstigste Lösung oder etwa die eigene Ideologie verfolgen. Zudem stossen die tatsächlichen Fähigkeiten des Einzelnen zur Selbstgesetzgebung an vielfältige Grenzen tatsächlicher und innerpsychischer<sup>18</sup> Art. Die Verliererinnen und Verlierer solcher Prozesse werden in ihrem Anspruch auf gleiche Massgeblichkeit verletzt, ohne dass sich solche Verletzungen stets verhindern liessen.

Entsprechend ist in jedem praktisch funktionsfähigen demokratischen Verfahren die Existenz von Verliererinnen und Verlierern zwangsläufig systemimmanent; Demokratie in der Realität kämpft stets mit einem Demokratiedefizit. Dies gilt auch für ein direkt-demokratisch verfasstes Gemeinwesen.<sup>19</sup> Entsprechend sind Kompensationsmassnahmen erforderlich. Zwingend mit demokratischen Verfahren verbunden sind deshalb Schutzmechanismen für diejenigen, deren Anspruch auf Selbstgesetzgebung nicht eingelöst werden konnte.

Ein Schutz der im politischen Prozess unterlegenen Einzelnen ist in ganz besonderem Masse auf der Ebene der Verfassunggebung notwendig. Es ist eine der historisch erhärteten zentralen Funktionen einer Verfassung, den Schutz politischer Verliererinnen und Verlierer vor übermarchender Machtausübung des Staates sicherzustellen (Grimm 1990, 872 f.; Zippelius 2010, 43). Dies kommt im Gedanken der Gewaltenteilung zum Ausdruck, wie er insbesondere von Montesquieu transparent gemacht wurde. Sehr deutlich wird dies auch darin, dass die Unionsverfassung der Vereinigten Staaten unmittelbar nach ihrem Inkrafttreten um einen Grundrechtekatalog ergänzt wurde. Die französische Menschenrechtsklärung von 1789 formulierte entsprechend: «Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.» Ein drittes Instrument zum Schutz vor allenfalls tyrannischen Mehrheiten stellt das Legalitätsprinzip dar. Die generell-abstrakte Regelung des Gesetzes zielt auf eine Gleichbehandlung der Betroffenen; jeder, der dem Gesetz zustimmt, muss damit rechnen, dass es in Zukunft auch auf ihn angewandt werden könnte. Die Bereitschaft, unzumutbare Bestimmungen aufzunehmen, wird dadurch gedämpft.

Es erscheint nicht zufällig, dass gerade im Ausländer- und Asylrecht ganz besonders weitgehende Grundrechtseinschränkungen gesetzesrechtlich vorgesehen sind.<sup>20</sup> Denn niemand, der über das Gesetz in den Verfahren der Rechtsetzung befinden konnte, wird je von ihm erfasst.

Mit diesen Instrumenten soll der Einzelne in den elementaren Aspekten seiner Existenz geschützt werden (Rhinow/Schefer 2009, Rz. 987–991). Diese Instrumente stellen unvollständige Kompensationsmassnahmen zur Linderung der Auswirkungen dar, die zwangsläufig aus dem demokratischen Defizit realer Rechtsetzungsverfahren folgen.

Die durch Gewaltenteilung, Gesetzmässigkeit und Individualrechte wahrgenommenen Schutzfunktionen prägen den modernen Verfassungsbegriff und sind mit ihm bis heute untrennbar verbunden geblieben. Sie aufzugeben, indem eine Verletzung elementarster Voraussetzungen der Persönlichkeitsentfaltung verfassungsrechtlich zugelassen oder gar gefordert würde, würde nicht nur die Rechtsstaatlichkeit in ihrem Kern treffen. Auch die demokratischen Grundlagen der Verfassung würden aus den Angeln gehoben, nämlich die Anerkennung jedes Menschen als gleich massgeblich. Die Verfassung würde ihre Legitimität verlieren.

Nach hier vertretener Lesart verfügt eine demokratische Verfassung wie jene der Schweiz notwendigerweise über materielle Schranken ihrer Revision. Würde sie dies nicht, stellte sie sich in einen Widerstreit zu ihren eigenen demokratischen Grundvoraussetzungen. Ob der Verfassungstext solche Schranken vorsieht oder nicht, erscheint entsprechend nicht von Bedeutung.<sup>21</sup>

Verschiedene Verfassungen europäischer Staaten verankern die materiellen Schranken ihrer Revision ausdrücklich in ihrem Text, so das Bonner Grundgesetz in Artikel 79 Absatz 3, die französische Verfassung in Artikel 89 Absatz 4 und 5, die griechische in Artikel 110 Absatz 1, die italienische in Artikel 139, oder etwa die portugiesische in Artikel 288. Die neueren Verfassungen ehemaliger Ostblockstaaten kennen keine ausdrücklichen materiellen Schranken.

Die wohl umfangreichste Praxis zu ungeschriebenen Schranken der Verfassungsrevision hat der indische Supreme Court entwickelt. Die Frage kam schon im Jahr 1951, ein Jahr nach Inkrafttreten der Verfassung, zum Gericht und beschäftigte es in der Folge verschiedentlich.<sup>22</sup> Der bis heute zentrale Leitentscheid wurde im Jahr 1973 (*Kesanvananda Bharati v. State of Kerala*, AIR 1973 SC 1461) gefällt. Auf gut tausend Seiten begründete das mit dreizehn Richtern besetzte Gericht die teilweise Aufhebung zweier Verfassungszusätze der zunehmend autoritär agierenden Regierung unter Premierministerin Indira Gandhi. Es hielt fest, dass mit einer Verfassungsrevision die Grundstruktur der Verfassung nicht abgeändert werden darf. Schon zwei Jahre später erklärte das Gericht gestützt auf diese sog. «basic structure doctrine» zwei Verfassungszusätze für ungültig, mit welchen die Regierung versuchte, die Wahl von Parlamentsabgeordneten der gerichtlichen Kontrolle zu entziehen (*Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain*, AIR 1975 SCC 2299).

Der Versuch der mittlerweile mit Notstandsgesetzen operierenden Regierung, die Zuständigkeit des Supreme Court zur Ungültigerklärung von Verfassungsänderungen aufzuheben, wurde vom Gericht im Jahr 1980 ebenfalls durchkreuzt (Minerva Mills Ltd. v. Union of India, AIR 1980 SCC 1789). Bis heute hat das Gericht zahlreiche Verfassungsänderungen wegen Verletzung der Grundstruktur der Verfassung aufgehoben.

Auch im Schweizer Verfassungsrecht sind nicht sämtliche Schranken der Verfassungsrevision aufgeführt. Artikel 139 Absatz 2 und Artikel 194 Absatz 2 BV enthalten einige von ihnen; diese Bestimmungen sind jedoch nicht abschliessend.<sup>23</sup> Pierre Tschannens Mahnung, neue Schranken nicht «herbeizuinterpretieren», sondern dafür den Weg der Verfassungsrevision zu beschreiten, scheint primär politischen Erwägungen zu folgen. Er weist zutreffend darauf hin, dass auch hier der «Wille zu den Grundwerten der Verfassung» rechtlich nicht immer gewährleistet werden kann (Tschannen 2011, 550). Dies dürfte unbestritten sein, stellt jedoch kein Argument gegen den Versuch einer auch rechtlichen Sicherung dar.

## 2.2 Materieller Gehalt von Verfassungsschranken

Damit stellt sich die weitere Frage nach der inhaltlichen Ausgestaltung solcher Schranken. Dabei ist von ihrem Zweck auszugehen, den Einzelnen für die unvermeidlichen Missachtungen ihrer gleichen Massgeblichkeit einen kompensatorischen Schutz zukommen zu lassen. Dies bedeutet zunächst, dass materielle Schranken auf den Menschen ausgerichtet sein müssen. Um seines Willen ist der Staat da, nicht umgekehrt, wie der Entwurf von Herrenchiemsee festhielt.<sup>24</sup> Wenn der Einzelne schon manchmal nicht als Mitautor der Rechtsordnung anerkannt werden kann, muss er wenigstens davor geschützt sein, vom Recht in den elementarsten Aspekten seiner Persönlichkeit verletzt zu werden.

Materielle Schranken der Verfassungsrevision schützen damit nicht staatliche Strukturen vor Veränderung.<sup>25</sup> Die Abschaffung des Föderalismus oder ein Zusammenschluss mehrerer Kantone<sup>26</sup> bedrohen den Einzelnen nicht mit einer unzumutbaren Intensität in den elementaren Aspekten seiner Existenz.

Die Bundesverfassung umschreibt diese unaufgebbaren Gehalte des Individualschutzes selber mit den grundrechtlichen Kerngehalten. Sie stellen jene Aspekte des Persönlichkeitsschutzes dar, deren Aufgabe dem Einzelnen unter keinen Umständen zugemutet werden darf; sie umschreiben die Grenzen möglicher Zustimmung des Einzelnen zu den allgemeinen Gesetzen.<sup>27</sup> Das Gemeinwesen würde seine Legitimität verlieren, wenn es die von seinem Recht Betroffenen in ihren Kerngehalten verletzen würde. Die grundrechtlichen Kerngehalte stellen deshalb nach hier vertretener Ansicht materielle Schranken der Verfassungsre-

vision dar.<sup>28</sup> Nun schlägt auch der Bundesrat vor, die Kerngehalte der Grundrechte als materielle Schranken der Verfassungsgebung anzuerkennen.<sup>29</sup> Leupold und Besson folgen diesem Vorschlag in ihrem Beitrag zu diesem Band (Leupold/Besson, in diesem Heft, S. 391–409).

In der Literatur wird etwa beanstandet, dass der konkrete Gehalt der Kerngehalte zu wenig präzise feststehe, um als handhabbare Verfassungsschranke zu dienen (Schlegel/Suter 2011, Rz. 46).<sup>30</sup> Diesem Argument kommt dann besonderes Gewicht zu, wenn ein politisches Organ über die Ungültigkeit entscheidet, das notwendigerweise seine Entscheide primär an politischen Erwägungen ausrichtet. Die Erfahrungen des gerichtlichen Umgangs mit geschriebenem Verfassungsrecht der letzten gut 200 Jahre zeigen allerdings, dass Gerichte auch höchst vage Normen mit der Bestimmtheit konkretisieren können, die nötig ist, um sie in Situationen anzuwenden, die politisch von grösster Tragweite sind.<sup>31</sup> Aus der hochgradigen Unbestimmtheit der Anwendung von Verfassungsrecht wird verschiedentlich gefolgert, dass entsprechende Entscheide nicht einem Gericht, sondern einem demokratisch besser legitimierten politischen Organ überantwortet werden sollten.<sup>32</sup> Die Besonderheiten der Verfahren und Methoden der richterlichen Rechtsanwendung, die Unabhängigkeit der Richter und die aus diesen Eigenheiten folgende spezifische Perspektive, mit der die zu beurteilenden Fragestellungen angegangen werden, sprechen m.E. für die gerichtliche Zuständigkeit zur Anwendung der Verfassung auch gegenüber den Akten der rechtsetzenden Organe.

Prominente Beispiele für die Fähigkeit eines Gerichts zur Konkretisierung auch offener Verfassungsnormen finden sich etwa in der Praxis des U.S.-amerikanischen Supreme Court. Das Gericht hat beispielsweise das im heutigen Verfassungsrecht der Schweiz grundlegende Verständnis des Vorrangs von Bundesrecht vor widersprechendem kantonalem Recht auf der Grundlage eines sehr unklaren Verfassungstexts entwickelt (siehe *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. [4 Wheat.] 316 [1819]). Mit seiner Rechtsprechung zur Garantie der Rechtsgleichheit hat es derart fundamentale Veränderungen der gesellschaftlichen Praxis angestossen wie die Abschaffung der Rassensegregation (*Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 [1954]). Aus der wenig aussagekräftigen Bestimmung, dass «Congress shall make no law ... abridging the freedom of speech» des ersten Zusatzartikels zur Unionsverfassung hat das Gericht beispielsweise differenzierte Regeln über die Grenzen zulässiger Ehrverletzung von öffentlichen Amtsträgern entwickelt (*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 [1964]), die heute in leicht abgeschwächter Form auch der Rechtsprechung des EGMR zugrunde liegen (Schefer 2006, 34). Die Liste von Beispielen liesse sich leicht verlängern.



Auch die Praxis des Bundesgerichts zu den ungeschriebenen Grundrechten im Rahmen der Bundesverfassung von 1874 erscheint illustrativ. Das Gericht hat ohne Grundlage im Verfassungstext so zentrale Grundrechte wie jene der Persönlichen Freiheit (BGE 89 I 92 E3 S. 98), der Meinungsfreiheit (BGE 91 I 480 EII. 1. S. 485 f.), der Versammlungsfreiheit (BGE 96 I 219 E4 S. 224), Sprachenfreiheit (BGE 91 I 480 EII. 1. S. 486), oder des Rechts auf Existenzsicherung anerkannt (BGE 121 I 367 E2 S. 370 ff.) und derart konkretisiert, dass sie in Einzelfällen handhabbar wurden. Die Bundesverfassung von 1999 hat die entsprechenden Textgrundlagen quasi «nachgeschoben»; dadurch hat sich jedoch mit Bezug auf die Anwendbarkeit im Einzelfall nichts geändert, insbesondere auch nichts verbessert.

Wird der Entscheid über die Tragweite materieller Schranken der Verfassunggebung einem dafür in funktionaler Hinsicht richtig konstituierten Organ überlassen (Chiariello 2009, 386 ff.), erscheint das Problem der Offenheit grundrechtlicher Kerngehalte nicht mehr als Hindernis seiner Anerkennung als Verfassungsschranke.<sup>33</sup> In diesem Zusammenhang ist auch Jean-François Auberts Warnung zu sehen, dass mit materiellen Schranken der Verfassungsrevision auch politische Hintergedanken verfolgt werden könnten (Aubert 1991, 329). Der Entscheid, ob eine konkrete Verfassungsrevision mit diesen Schranken vereinbar sei, ist entsprechend einem Organ zuzuweisen, das seine Entscheide nicht am politischen Tagesgeschäft ausrichtet.

Grundrechtliche Kerngehalte gelten im Einzelfall absolut, sind – wie alles Recht – im Verlauf der Zeit jedoch der Veränderung unterworfen.<sup>34</sup> Sie sind dem gesellschaftlichen Konsens nicht entzogen, stehen aber auch nicht jederzeit zur Disposition. Als Ergebnis einer über einen längeren Zeitraum verfestigten gesellschaftlichen Überzeugung sind sie in gewissem Masse zu «kulturepochalem Naturrecht» verdichtet worden; um diese Gehalte zu verändern, sind entsprechende längerfristige gesellschaftliche Willensbildungsprozesse erforderlich, die zu einer grundlegenden Neuorientierung im kulturellen Selbstverständnis der Rechtsgemeinschaft führen.<sup>35</sup> Wie etwa Untersuchungen zum U.S.-amerikanischen Verfassungsrecht zeigen,<sup>36</sup> laufen Verfassungsrechtsprechung und politische Praxis zwar nicht kurzfristig, aber über einen längeren Zeitraum hinweg parallel.<sup>37</sup> Entsprechendes wäre auch mit Bezug auf die Kerngehalte als Schranken der Verfassungsrevision zu erwarten.

### **3 Kohärenz von Völker- und Landesrecht**

Zum Umgang mit völkerrechtswidrigen Volksinitiativen sind bisher die folgenden Regeln entwickelt worden: Zwingendes Völkerrecht ist von derart elementarer Bedeutung für die internationale Rechtsordnung, dass es – auch innerstaatlich – unbedingte Verbindlichkeit beansprucht.<sup>38</sup> Dies gilt insbesondere dort, wo «elementare Bestimmungen zum Schutz fundamentalster Grundrechte und des hu-

manitären Völkerrechts»<sup>39</sup> betroffen sind. Volk und Stände hätten deshalb bei einer Abstimmung keine echte Wahlfreiheit; der Bundesrat sieht darin geradezu ein Merkmal einer «Scheindemokratie».<sup>40</sup> Steht ein Verstoss gegen kündbares Vertragsrecht in Frage, kann eine Verantwortlichkeit der Schweiz durch Kündigung abgewendet werden.<sup>41</sup> Ist eine Kündigung nicht möglich, können die Konsequenzen eines Verstosses gegen Völkerrecht als Ultima Ratio jedoch in Kauf genommen werden, etwa weil blosser Schadenersatzansprüche daraus folgen würden (Kälin 1993, 254 f.), besteht trotz Völkerrechtswidrigkeit einer Initiative eine echte Wahlmöglichkeit.<sup>42</sup>

Nach wie vor ungelöst ist, wie mit Initiativen umzugehen ist, die gegen völkerrechtliche Verpflichtungen verstossen, von denen gilt: Die Schweiz kann sich ihnen rechtlich nicht durch Kündigung entziehen, und sie kann bei einem Vorstoss gegen diese Verpflichtungen die Verantwortlichkeit nicht in Kauf nehmen. In der Literatur werden gewisse Hierarchisierungen vorgeschlagen,<sup>43</sup> die allerdings noch wenig gefestigt erscheinen.

#### **4 Verfahren zur Anwendung von Verfassungsschranken**

##### **4.1 Entscheid über die rechtlichen Fragestellungen: autonome Schranken und zwingendes Völkerrecht**

Aufgrund der bisherigen Skizze stehen bei der Frage nach der Ungültigkeit von Volksinitiativen zwei rechtliche Problemstellungen im Vordergrund.<sup>44</sup>

Es ist zu prüfen, ob eine Vorlage gegen autonome materielle Schranken, nach hier vertretener Ansicht, gegen grundrechtliche Kerngehalte verstösst. Dieser Entscheid liegt heute bei der Bundesversammlung. Wie oben dargelegt, sind die dabei zu beurteilenden Fragen rechtlicher Art. Die Konkretisierung grundrechtlicher Kerngehalte und die Überprüfung der Initiative auf ihre Vereinbarkeit mit ihnen ist zwar regelmässig mit einem grossen Interpretationsspielraum verbunden, stellt aber eine genuin verfassungsrechtliche Problemstellung dar.<sup>45</sup>

Zudem muss beurteilt werden, ob die Vorlage mit zwingendem Völkerrecht vereinbar ist. Auch diese Frage ist rechtlicher Art, unabhängig davon, dass das Konzept des zwingenden Völkerrechts seinerseits äusserst offen ist.<sup>46</sup> Der Schweizer Verfassungsgeber hat entschieden, dass es in der schweizerischen Rechtsordnung gilt.

Für diese Entscheide erscheinen die Gerichte als das geeignete Organ.<sup>47</sup> Sie sind zur Konkretisierung auch offener Rechtsnormen am besten geeignet, auch im Bereich der politischen Rechte; gerade mit Bezug auf Kantone und Gemeinden haben sie sich bewährt.<sup>48</sup> Aufgrund der überragenden Bedeutung solcher Entscheide für den politischen Prozess auf Bundesebene kommt dafür nur das oberste Gericht in Frage, d.h. das Bundesgericht.<sup>49</sup>

Der Vorschlag des Bundesrates, das Bundesamt für Justiz und die Direktion für Völkerrecht quasi empfehend mit der Prüfung zu betrauen,<sup>50</sup> hat vielleicht den Vorteil politischer Machbarkeit. Es fragt sich allerdings, ob diese Ämter – die dem Weisungsrecht eines primär nach politischen Gesichtspunkten urteilenden Departementschefs unterstehen – genügend unabhängig sind, um auch bei grossem politischem Druck nach rechtlichen Massstäben zu entscheiden und nicht tagespolitische Erwägungen mit einfließen zu lassen. Gerade bei der Konkretisierung weit offener Konzepte, wie dies materielle Schranken notwendigerweise sind, verliert das Recht seine Glaubwürdigkeit, wenn es unter tages- oder parteipolitischen Einfluss gerät.

In der Literatur wird verschiedentlich vorgeschlagen, Expertengremien einzusetzen.<sup>51</sup> Werden solche Gremien in den parlamentarischen Prozess integriert, kann damit der engen Verschränkung von rechtlichen und politischen Fragestellungen Rechnung getragen werden, die bei der Überprüfung von Volksinitiativen regelmässig besteht (deutlich Haller 2011, V. 4.). Trotz des engen Ineinandergreifens von politischen und rechtlichen Fragen können sie m.E. jedoch auseinandergelassen werden;<sup>52</sup> eine rechtliche Frage wird nicht allein deshalb zur politischen, weil sie grosse politische Konsequenzen hat.<sup>53</sup> Deshalb sind nach hier vertretener Meinung rechtliche Fragestellungen, auch solche im Bereich offener Normen, von den Gerichten zu entscheiden, nicht vom Parlament. Politische Erwägungen dagegen dürfen nicht zur Ungültigkeit von Volksinitiativen führen; sie sind letztlich den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern zu überlassen.

Entscheidend ist, dass das Bundesgericht diese Aufgabe in grösstmöglicher Unabhängigkeit wahrnehmen kann (Chiariello 2009, 382–385). Es muss sichergestellt sein, dass solche Entscheide nicht von tagespolitischen Erwägungen dominiert werden, sondern nach verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten erfolgen. Sonst besteht die Gefahr, dass die Justiz politisiert wird und die Schranken der Verfassungsrevision als Instrument gegen politisch missliebige Volksinitiativen missbraucht werden. Die heute geltende Regelung, wonach Bundesrichter von der Vereinigten Bundesversammlung auf eine Amtsdauer von sechs Jahren gewählt und anschliessend wiedergewählt werden, stellt die Unabhängigkeit des Gerichts zur Beurteilung der Gültigkeit von Volksinitiativen in Frage.<sup>54</sup> Nicht die ursprüngliche Wahl, sondern die Möglichkeit der Wiederwahl eröffnet die Gefahr, dass sich ein Richter auch von der politischen Position seiner Partei in der Bundesversammlung beeinflussen lässt. So lässt sich gut vorstellen, dass ein Richter eine gewisse Hemmung verspürt, eine Volksinitiative seiner Partei ungültig zu erklären im Bewusstsein um seine künftige Wiederwahl. Dies ist im vorlie-

genden Zusammenhang umso problematischer, als es sich bei der Ungültigerklärung von Volksinitiativen regelmässig um Entscheide handeln dürfte, die politisch ausserordentlich kontrovers und von grösserer Tragweite sind.

Bundesrichterinnen und Bundesrichter nach Artikel 3 der U.S.-amerikanischen Unionsverfassung sind deshalb auf Lebenszeit gewählt; abberufen werden können sie nur bei groben Verfehlungen im Amt.<sup>55</sup> Dies führt zu grosser Stabilität in der Zusammensetzung und ausgeprägter Unabhängigkeit der Gerichte. Insbesondere beim obersten Gericht ist jedoch immer wieder zu beobachten, dass einzelne Richter die Rechtsprechung während mehrerer Jahrzehnte tiefgreifend zu prägen vermögen und damit den politischen Prozess übermässig beeinflussen.<sup>56</sup> Eine weniger radikale Lösung sieht das deutsche Recht für die Bundesverfassungsrichterinnen und Bundesverfassungsrichter vor: Nach § 4 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes erfolgt die Wahl auf eine Amtsdauer von zwölf Jahren ohne Möglichkeit der Wiederwahl.<sup>57</sup> Mit dem 14. Zusatzprotokoll wurde eine analoge Regelung für die Richterinnen und Richter am EGMR eingeführt, allerdings mit einer Amtsdauer von nur neun Jahren (siehe Art. 23 Abs. 1 EMRK). Es wäre zu erwägen, ob auch den Richterinnen und Richtern des Bundesgerichts in einer derartigen Weise nach ihrer erstmaligen Wahl grössere Unabhängigkeit von der Vereinigten Bundesversammlung verliehen werden könnte.<sup>58</sup>

#### **4.2 Entscheid über die politischen Fragestellungen: «faktisch» zwingendes Völkerrecht**

«Faktisch» zwingendes Völkerrecht liegt dann vor, wenn entweder die völkerrechtlichen Verantwortlichkeiten eines Verstosses gegen Völkerrecht derart schwer wiegen oder wenn die Kündigung eines Staatsvertrags so weitreichende Folgen für die Schweiz hätte, dass die Anliegen der Volksinitiative dagegen weit in den Hintergrund rücken.<sup>59</sup> Hier geht es um eine Abschätzung der aussenpolitischen, der wirtschaftspolitischen oder auch etwa der sicherheitspolitischen Folgen des Völkerrechtsverstosses resp. der Kündigung von Verträgen und ihrer Bedeutung für die Schweiz. In diesen Fällen ist zu beurteilen, ob dem Schutz des Initiativrechts oder der Einhaltung resp. Beibehaltung der völkerrechtlichen Verpflichtungen grösseres Gewicht zukommt.

Beispiele für Volksinitiativen, die gegen «faktisch» zwingendes Völkerrecht verstossen, wären etwa solche auf Kündigung der Verträge im Rahmen der WTO, der EMRK oder etwa der sektoriellen Verträge mit der EU. Nicht darunter würde etwa die Minarett-Initiative oder die Verwahrungssinitiative fallen.<sup>60</sup> Eine punktuelle Verletzung eines völkerrechtlichen Vertrags durch eine neue Verfassungsnorm hat nicht zwingend die Kündigung des Vertrags zur Folge. So muss die EMRK nicht gekündigt werden, weil das Minarettverbot nach Artikel 72 Absatz 3 BV die Glaubens- und Gewissensfreiheit gemäss Artikel 9 EMRK verletzt.<sup>61</sup> Es erscheint deshalb zu

undifferenziert, wenn der Bundesrat in solchen Situationen die Initiative als Aufforderung zur Kündigung versteht.<sup>62</sup> Verlangt eine Volksinitiative nicht ausdrücklich die Kündigung eines Vertrags, kann darin nur dann eine solche Aufforderung erblickt werden, wenn die Initiative gegen dessen Sinn und Zweck verstösst.<sup>63</sup>

Die Bewertung der Tragbarkeit eines Völkerrechtsverstosses für die Schweiz muss zwar auf der Grundlage einer juristischen Analyse der völkerrechtlichen Unvereinbarkeiten und daraus folgenden Verantwortlichkeiten erfolgen, bleibt letztlich aber eine eminent politische Frage.<sup>64</sup> Als solche muss sie den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern zugänglich bleiben und darf nicht zur Ungültigkeit von Verfassungsvorlagen führen.<sup>65</sup> Das demokratisch am umfassendsten legitimierte Organ, das Stimmvolk, muss letztlich darüber befinden, ob die Schweiz die schwerwiegenden Konsequenzen in Kauf nehmen kann, die beispielsweise aus einer Kündigung der Übereinkommen im Rahmen der WTO folgen würden.

In der Literatur wird etwa vorgeschlagen, solche Fragen einem Völkerrechtsrat oder einer Völkerrechtskommission zu unterbreiten (Keller/Lanter/Fischer 2008, 151). Die Beurteilung der Tragbarkeit eines Völkerrechtsverstosses oder der Kündigung gewisser Verträge ist jedoch im Kern eine politische Frage und sollte deshalb nicht einem Expertengremium überantwortet werden.

Stehen Völkerrechtsverstösse oder Kündigungen von Staatsverträgen von derartiger Tragweite zur Diskussion, müssen die dafür einzuschlagenden Verfahren Gewähr für eine möglichst sorgfältige und umfassende Meinungs- und Willensbildung der Entscheidungsträger bieten. Im geltenden Verfassungsrecht äussert sich dieser Gedanke in der Doktrin der materiellen Totalrevision der Bundesverfassung:<sup>66</sup> Eine Verfassungsänderung, die tief in grundsätzliche Einrichtungen der Staatsform eingreift (Aubert 1974, Rz. 354) oder sonst die Verfassungsordnung inhaltlich umfassend neu gestaltet,<sup>67</sup> soll auch dann im Verfahren der Totalrevision beschlossen werden, wenn sie nur einzelne Verfassungsbestimmungen umfasst. Dieses Verfahren stellt erheblich strengere Konsensanforderungen als das Verfahren der Teilrevision: In einer ersten Abstimmung entscheidet das Volk (ohne Stände) über den Grundsatzentscheid. Fällt dieser positiv aus, werden die eidgenössischen Räte (und der Bundesrat) neu gewählt. Nach Ausarbeitung der Verfassungsvorlage durch die Räte wird sie Volk und Ständen zur Abstimmung unterbreitet.

Bei Verfassungsvorlagen, die auf völkerrechtlicher Ebene derart weittragende Konsequenzen haben, dass sie kaum in Kauf genommen werden können, stellen sich ähnliche Probleme wie bei materiellen Totalrevisionen: Bei diesen geht es um die fundamentale Neugestaltung der Verfassungsordnung, bei jenen um grundlegende Neuorientierungen der Schweiz in ihren internationalen Verhältnissen (mit den entsprechenden innerstaatlichen Auswirkungen). Es liegt deshalb nahe,

die bestehenden verfassungsrechtlichen Verfahren in diesen beiden Situationen vergleichbar auszugestalten, insbesondere analoge Konsenserfordernisse zu stellen. In den Fällen, in denen die Bundesversammlung zum Schluss kommt, dass eine Volksinitiative aufgrund ihrer Völkerrechtswidrigkeit Auswirkungen für die Schweiz hat, die aus ihrer Sicht nicht mehr in Kauf genommen werden können, könnte nach hier vertretener Meinung ein Verfahren analog zu jenem der Totalrevision der Bundesverfassung geschaffen werden. Damit würde der Tragweite und Grundsätzlichkeit solcher Initiativen auch auf prozessualer Ebene entsprochen.

Bei einer Volksinitiative auf Totalrevision der Bundesverfassung werden die eidgenössischen Räte (und anschliessend der Bundesrat) aus der Annahme neu gewählt, dass sie der anstehenden Reform ablehnend gegenüberstehen (siehe etwa Auer/Malinverni/Hottelier 2006, Rz. 1412; Aubert 1974, Rz. 376); sie wären deshalb in ihrer alten Zusammensetzung kaum in der Lage, im Falle einer positiv verlaufenden Volksabstimmung einen Entwurf auszuarbeiten. Bei einer Volksinitiative, die gegen «faktisch» zwingendes Völkerrecht verstösst, stellt sich die Frage anders: Solche Initiativen liegen den Räten in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs vor; sie sind deshalb nicht mit der Aufgabe konfrontiert, allenfalls gegen ihren Willen einen Entwurf auszuarbeiten zu müssen. Zudem spricht eine weitere Überlegung gegen die Neuwahl der Räte im vorliegenden Zusammenhang: Mit dem Entscheid, die Volksinitiative sei angesichts ihrer aussenpolitischen und völkerrechtlichen Konsequenzen nicht tragbar, würden sich die Räte einem erheblichen Risiko einer Neuwahl aussetzen. Daran dürften sie genau dann kein Interesse haben, wenn sie entgegen einer Bevölkerungsmehrheit die Initiative wegen Verstosses gegen «faktisch» zwingendes Völkerrecht ablehnen. Es bestünde deshalb die Gefahr, dass sie auch dann keinen solchen Entscheid fällen würden, wenn es sachlich angebracht wäre.

Der Gedanke jedoch, dass die Räte zweimal, in unterschiedlicher Zusammensetzung, über die Vorlage befinden, kommt aber auch bei der vorliegenden Frage der Behandlung von Volksinitiativen zum Tragen, die «faktisch» zwingendes Völkerrecht verletzen. In solchen Situationen wäre deshalb zu erwägen, statt einer Neuwahl der Räte durchzuführen, die Vorlage zwei Lesungen in zwei unterschiedlichen Legislaturen zu unterwerfen.

Vor diesem Hintergrund wäre folgendes Verfahren denkbar: In einem ersten Entscheid sprechen sich die eidgenössischen Räte darüber aus, ob die Völkerrechtswidrigkeit der Volksinitiative mit den daraus entstehenden Verantwortlichkeiten oder die Notwendigkeit, gewisse Staatsverträge zu kündigen, von der Schweiz in Kauf genommen werden kann. Sie stützen sich dabei primär auf die rechtliche Analyse des Bundesrates in der Botschaft. Gelangen sie zum Schluss,

dass die Konsequenzen für die Schweiz nicht tragbar wären, wird die Initiative der Volksabstimmung zur Abstimmung unterbreitet. Es steht den Räten frei, gleichzeitig einen Gegenvorschlag zu präsentieren.<sup>68</sup> Benötigt der Gegenvorschlag eine Mehrheit nur des Volkes, wird er gemeinsam mit der Initiative dem Volk unterbreitet. Das Volks- und Ständemehr ist jedoch dann erforderlich, wenn der Gegenvorschlag allein in diesem Verfahren verabschiedet werden müsste.

Wird in der Abstimmung der Gegenvorschlag angenommen und die Initiative abgelehnt, ist das Verfahren beendet. Wird jedoch die Initiative angenommen, behandeln die Räte nach der nächsten Gesamterneuerung des Nationalrates das Geschäft erneut. Es steht ihnen frei, der Initiative einen neuen Gegenvorschlag gegenüber zu stellen. Anschliessend wird die Initiative der Abstimmung durch Volk und Stände unterbreitet, ein allfälliger Gegenvorschlag Volk oder Volk und Ständen, je nach seiner Rechtsquellenqualität. Sprechen sie sich für die Initiative aus, sind die entsprechenden Kündigungen völkerrechtlicher Verträge vorzunehmen oder die erforderlichen rechtlichen und diplomatischen Vorkehren zu treffen, um den Schaden für die Schweiz so gering wie möglich zu halten.

## 5 Schluss

Demokratie wird vom Gedanken der Selbstgesetzgebung getragen und anerkennt jeden Menschen als grundsätzlich gleich massgeblich. In der demokratischen Realität kann dieses Ideal jedoch nicht vollständig eingelöst werden; tatsächliche Demokratie weist entsprechend stets ein Defizit auf. Zwingend mit der demokratischen Grundausrichtung des Staates ist deshalb der Schutz elementarer Aspekte menschlicher Integrität verbunden; demokratische Mehrheitsentscheide können nur dann Legitimität für sich beanspruchen, wenn sie die unterlegene Minderheit – oder die nicht zur Abstimmung zugelassenen Betroffenen – in den unaufgebbaaren Elementen ihrer Persönlichkeit respektieren. Demokratische Entscheide stossen deshalb notwendigerweise an materielle Schranken.

Keinem Menschen ist es zumutbar, im Kern seiner Grundrechte verletzt zu werden. Die grundrechtlichen Kerngehalte stellen deshalb eine Schranke jedes demokratischen Entscheids dar. Dies gilt insbesondere auch für die Entscheide über die Teilrevision der Bundesverfassung.

Die Frage der Einhaltung dieser Schranken sowie der heute anerkannten Grenze des zwingenden Völkerrechts stellt ein rechtliches Problem dar. Die politischen Organe sind nicht geeignet, solche rechtlichen Fragestellungen zu beurteilen. Dafür ist ein Gericht einzusetzen; für Verfassungsrevisionen auf Bundesebene kommt nur das Bundesgericht in Frage. Um einer Politisierung der Justiz in derart kontroversen Angelegenheiten wie der Ungültigerklärung von Verfas-

sungsvorlagen entgegenzuwirken, ist auf die Möglichkeit der Wiederwahl der Bundesrichter zu verzichten und ihre Amtsdauer entsprechend zu verlängern.

«Faktisch» zwingendes Völkerrecht liegt dann vor, wenn eine Verfassungsrevision entweder zu einer völkerrechtlichen Verantwortlichkeit führt, die von der Schweiz nicht in Kauf genommen werden kann, oder wenn sie die Kündigung von Staatsverträgen nach sich ziehen würde und die Auswirkungen der Kündigung nicht tragbar erscheinen. Die Frage der Konsequenzen ist zunächst eine rechtliche Frage; ihre Tragbarkeit hingegen eine eminent politische. Deshalb ist ein politisches Organ damit zu betrauen. Letztlich sind politische Fragen von derartiger Bedeutsamkeit von den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern zu entscheiden. Das Verfahren, in welchem dies geschieht, muss aber diesen besonderen Umständen angepasst sein.

Dafür kann an die Figur der materiellen Totalrevision angeknüpft werden. Wird die Verfassungsordnung grundlegend geändert, kann dies zwei Volksabstimmungen und eine Neuwahl der eidgenössischen Räte erforderlich machen. Gewendet auf das vorliegende Problem, wird hier vorgeschlagen, dass die eidgenössischen Räte zunächst darüber beschliessen, ob die völkerrechtlichen Konsequenzen von der Schweiz in Kauf genommen werden können. Sind sie der Ansicht, die Folgen seien zu schwerwiegend, wird die Verfassungsvorlage und ein allfälliger Gegenentwurf der Volksabstimmung unterbreitet, wobei die Rechtsquellenqualität des Gegenentwurfs über die Frage Auskunft gibt, ob nur das Volks- oder auch das Ständemehr erforderlich ist. Wird die Initiative angenommen, findet nach der nächsten Gesamterneuerung des Nationalrats eine zweite Lesung statt, mit der Möglichkeit eines neuen Gegenvorschlags. Anschliessend wird die Initiative Volk und Ständen, der Gegenvorschlag entsprechend seiner Rechtsquellenqualität Volk oder Volk und Ständen unterbreitet. Wird die Initiative angenommen, kündigt der Bundesrat soweit erforderlich die fraglichen Staatsverträge und trifft die rechtlichen und diplomatischen Vorkehren zur Minimierung des Schadens für die Schweiz.

*Markus Schefer, Prof. Dr., Ordinarius für öffentliches Recht, Universität Basel,  
E-Mail: markus.schefer@unibas.ch*

*Alexandra Zimmermann, MLaw, Wissenschaftliche Assistentin, Juristische Fakultät,  
Universität Basel, E-Mail: a.zimmermann@unibas.ch*



## Anmerkungen

- 1 Eine Darstellung entsprechender lancierter Initiativen findet sich in Linder/Bolliger/Rielle (2010, 549 f., 593f., 623f.); zudem: Eidgenössische Volksinitiative «für demokratische Einbürgerungen» (BBl 2004, S. 2425); Eidgenössische Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten» (BBl 2007, S. 3231); Eidgenössische Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer» (BBl 2007, S. 4969).
- 2 U.a. wurden etwa die folgenden Volksinitiativen angenommen: Eidgenössische Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten» (BBl 2010, S. 3437); Eidgenössische Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer» (BBl 2011, S. 2771). Die Initiativen, die diesen vorausgegangen waren, erhielten jeweils einen hohen Anteil an Ja-Stimmen, auch wenn sie letztlich abgelehnt wurden. Aufgearbeitet in Linder/Bolliger/Rielle (2010, 549 f., 593 f., 623 f.). Eine Analyse der Willensbildung der Stimmbürger zu einem der prominenten neueren Beispiele, der Minarett-Initiative, findet sich bei Christmann/Danaci/Krömler (2011, 172 ff.).
- 3 Bundesbeschluss über die Volksinitiative «für eine vernünftige Asylpolitik» (BBl 1996 I S. 1355).
- 4 Siehe im Hinblick auf das Gebot des Non-refoulement Kälin (1993, 243 ff.).
- 5 Es scheint sich die – u.a. vom Bundesrat vertretene – Auslegung durchzusetzen, wonach der verfassungsrechtliche Begriff des «zwingenden Völkerrechts» in materieller Hinsicht mit dem völkerrechtlichen Begriff des *Ius cogens* mehr oder weniger übereinstimmt; siehe Tschannen (2011, 546). Künzli (2009 64 f.) weist darauf hin, dass der Bundesrat in materieller Hinsicht ein weites Verständnis des völkerrechtlichen *Ius cogens* vertritt, und spricht sich im Sinne einer «progressiven» Auslegung des völkerrechtlichen Begriffs aus.
- 6 Botschaft zur Eidgenössischen Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten» vom 27. August 2008 (BBl 2008, S. 7603, 7609-7611); Botschaft zur Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer» vom 24. Juni 2009 (BBl 2009, S. 5097, 5102 f.).
- 7 Die autonomen Schranken eher bejahend: Hangartner (1982, 216 ff.); Müller (1986, 195 ff.); Wildhaber (1988, Rz. 23 ff.); Saladin 1988, 67 ff.). Eher ablehnend äussern sich: Eichenberger (1980, 224 ff.); Aubert (1974, 193 ff.) später relativierend mit Bezug auf *Ius cogens* und Staatsverträgen über den Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit und supranationalen Gemeinschaften: Aubert 1991, Supp. Rz. 326–338).
- 8 Siehe den Überblick über die vielfältige Diskussion dieser Problemstellung bei Hertig Randall (2010, 346–356).
- 9 Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (BBl 2011, S. 3613 ff.).
- 10 So ausdrücklich im Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (BBl 2011, S. 3620).
- 11 Siehe etwa Hertig Randall (2010, 354–356). Sie bezeichnet den Überschneidungsbereich in Anlehnung an die Terminologie des französischen Verfassungsrechts als «bloc de fondamentalité»; S. 245, der unabhängig von der Rechtsquelle als Überprüfungsmaßstab dienen kann.
- 12 Bundesbeschluss über die Volksinitiative «für eine vernünftige Asylpolitik» (BBl 1996 I S. 1355).
- 13 Siehe etwa Aubert (1974, 207); Eichenberger (1980, 224); ähnlich auch Auer/Malinverni/Hottelier (2006, Rz. 1403).
- 14 Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (BBl 2011, S. 3621).
- 15 Dass damit keine materielle Gleichheit erreicht war, stellt Caroni (1988, 62 ff.) eindringlich dar.
- 16 Eingehend Müller (1993, 39 ff.).
- 17 Aus politikwissenschaftlicher Sicht werden diejenigen Faktoren, die für den Schutz von Minderheiten bei Volksentscheiden erforderlich sind, herausgearbeitet von Vatter/Danaci (2011, 215 ff.).
- 18 Auf diese geht Müller (1993, 94 ff.) besonders ein.
- 19 So wurde die Diskriminierung von Juden in der Schweiz auch durch Volksabstimmungen mitgetragen; siehe Vatter (2011, 264 ff.).
- 20 Illustrativ erscheint Art. 9 AsylG, welcher das Grundrecht auf Schutz der Wohnung für Asylsuchende weitgehend ausser Kraft setzt; siehe dazu Müller/Schefer (2008, 198 f.).
- 21 Auch die ältere Diskussion in der Schweiz ging überwiegend davon aus, dass materielle Schranken nicht auf eine Grundlage im Verfassungstext angewiesen sind, weil sie die Grundvoraussetzungen darstellen, auf welchen der Text steht; siehe etwa Nef (1942 119 f.); Kägi (1956, 800a); Haug (1947, 242 f.); Fleiner/Giacometti (1949, 706).
- 22 Siehe den Überblick bei Singh (2008, 999 ff.). Eine eingehende Analyse dieser Rechtsprechung findet sich etwa in Krishnaswamy (2009). Eine detaillierte, kritische Auseinandersetzung gibt Seervali (1996, reprint 2010, Rz. 30.1 ff.).
- 23 So ausdrücklich die Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 (BBl 1997 I S. 448); siehe auch etwa Biaggini (2007, Art. 139, Rz. 17); Biaggini (2010, 340); Hangartner (2008, Art. 139 (neu), Rz. 36); Rhinow/Schefer (2009, Rz. 471 f.).
- 24 Art. 1 Abs. 1 des Entwurfs von Herrenchiemsee, abgedruckt in JöR 1951, S. 48, auf dem Internet einsehbar etwa unter <http://www.verfassungen.de/de/de49/chiemseerentwurf48.htm> (zuletzt besucht am 29. August 2011).
- 25 Demgegenüber verstanden Nef (1942, 145–147) und Kägi (1956, 839a) die grundlegenden Normen des Föderalismus als Schranke.
- 26 Auch in BGE 61 I 166 E5+6 S. 174-176 erblickt das Bundesgericht in einem Volksbegehren auf Wiedervereinigung der beiden Basel keinen Verstoss gegen materielle Schranken der Verfassungsrevision.

- 27 Dazu Schefer (2001, 16 ff.). Auf eine Diskussion darüber, ob grundrechtliche Kerngehalte überhaupt absolut verstanden werden können, wie dies neuerdings Riedo/Niggli (2011, 762 ff.) wieder thematisieren, kann hier nicht eingegangen werden. Es scheint allerdings, dass die beiden Autoren ihrer Kritik ein absolutes Konzept der Kerngehalte zugrunde legen, das jedenfalls in der schweizerischen Staatsrechtslehre nicht in der von ihnen dargestellten Banalität vertreten wird.
- 28 Dazu ausführlicher Schefer (2001, 167 ff.).
- 29 Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (BBl 2011, S. 3642 ff.).
- 30 Nur noch Konturlösigkeit zu erkennen vermögen in den Grundrechten Schubarth (2011, 41) oder Seiler (2010, 447–455).
- 31 Zur erforderlichen Einbettung der gerichtlichen Verfassungsfortbildung in die demokratischen und rechtsstaatlichen Verfassungsgrundsätze siehe eingehend Chiariello (2009, 372 ff.).
- 32 Statt vieler in neuerer Zeit Schubarth (2011, 39 ff.); Seiler (2010, 518), der die Verfassungsgerichtsbarkeit nur bei klaren Verfassungsverstößen zulassen würde. Haller (2011, V.3.) weist zu Recht darauf hin, dass eine weite Konzeption der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht notwendigerweise der Durchsetzung vorpositiver Gerechtigkeitsvorstellungen dient.
- 33 Auch Leupold/Besson (in diesem Heft, S. 391–409) erachten Kerngehalte als genügend geeignet für eine rationale Konkretisierung, um ein hohes Mass an Rechtssicherheit zu gewährleisten.
- 34 So auch in diesem Band Leupold/Besson (in diesem Heft, S. 391–409). Aus der neueren Literatur zum Verhältnis zwischen Verfassungsrechtsprechung und Verfassungskultur Balkin (2011, 174). Für ein illustratives Beispiel, wie rechtswissenschaftliche Beiträge einen Anstoss zur Veränderung bestehender Orthodoxien geben können, siehe die rechtskonservative Stellungnahme zum Lochner-Entscheid von Bernstein (2011).
- 35 Ausführlicher Schefer (2011, 72–84).
- 36 Sehr deutlich mit Bezug auf die Rechtsprechung zum Gleichheitssatz im 14. Zusatzartikel der Unionsverfassung der USA Klarman (2004).
- 37 Die Wechselwirkung von Normalität und Normativität im Verfassungsrecht wird – insbesondere auch im Hinblick auf den Faktor Zeit – allgemein analysiert etwa von Heller (1983, 281 ff.). Dieses zeitliche Element wird etwa von Schubarth (2011, 80–84) bei der Kritik der U.S.-amerikanischen Verfassungsgerichtsbarkeit übersehen.
- 38 In diesem Sinne etwa die Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 (BBl 1997 I S. 446); Botschaft über die Volksinitiativen «für eine vernünftige Asylpolitik» und «gegen die illegale Einwanderung» vom 22. Juni 1994 (BBl 1994 III S. 1495 f.).
- 39 Botschaft über die Volksinitiativen «für eine vernünftige Asylpolitik» und «gegen die illegale Einwanderung» vom 22. Juni 1994 (BBl 1994 III S. 1496). Der Bundesrat zählt insbesondere auch die notstandsfesten Garantien der EMRK zum *Ius cogens*; siehe Botschaft über die neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 (BBl 1997 I S. 446); Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (BBl 2011, S. 3626); Bericht des Bundesrates, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 5. März 2010 (BBl 2010, S. 2314).
- 40 Bericht des Bundesrates, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 5. März 2010 (BBl 2010, S. 2315).
- 41 Bericht des Bundesrates, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 5. März 2010 (BBl 2010, S. 2317); Botschaft über die Volksinitiativen «für eine vernünftige Asylpolitik» und «gegen die illegale Einwanderung» vom 22. Juni 1994 (BBl 1994 III S. 1495 f.); Botschaft zur Eidgenössischen Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten» vom 27. August 2008 (BBl 2008, S. 7603, 7610 m.H.).
- 42 Dabei bliebe näher abzuklären, in welchen Verfahren etwa über die Kündigung eines Staatsvertrags befunden werden könnte. Es greift zu kurz, die in Frage stehende völkerrechtswidrige Volksinitiative als Auftrag an den Bundesrat zu verstehen, den Vertrag zu kündigen, wie dies der Bundesrat etwa darlegt; siehe Botschaft zur Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer» vom 24. Juni 2009 (BBl 2009, S. 5097, 5108) mit Hinweisen auf seine früheren entsprechenden Stellungnahmen in Kägi (1956, 817a).
- 43 Vgl. etwa Hertig Randall (2010, 355 m.H.); aus der älteren Literatur etwa Thüer (2001, § 11, Rz. 26 ff.); Achermann (2001, 33 ff., insb. 78–88); Benoit (2009, 467–471); Cottier/Hertig (2000, 18–25); Kayser (2001, insb. 277 ff.).
- 44 Vorliegend werden ausschliesslich präventive Kontrollverfahren diskutiert. Zu nachträglichen Verfahren insbesondere Hertig Randall (2010, 352–354).
- 45 Auch Biaggini (2010, 340) weist darauf hin, dass es sich hier um rechtliche, nicht politische Fragen handelt.
- 46 Siehe etwa Shaw (2008, 123–127); Brownlie (2008, 510–512).
- 47 Siehe auch Biaggini (2010, 341).
- 48 Die Praxis des Bundesgerichts und kantonaler Gerichte wird umfassend aufgearbeitet von Tornay (2008).
- 49 Die Zusammensetzung des Spruchkörpers wäre näher zu diskutieren; kurz Hertig Randall (2010, 356).
- 50 Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (BBl 2011, S. 3635).
- 51 Siehe etwa den Vorschlag für einen Völkerrechtsrat bei Keller/Lanter/Fischer (2008, 150). In Anlehnung an die parlamentarische Vorprüfung von Gesetzesentwürfen schlägt Haller (2011 V.4.) mit Literaturhinweis in Fn. 24 eine Prüfung durch Verfassungsexperten vor.

- 52 Damit wird nicht verkannt, dass Recht und Politik nicht kategorial voneinander geschieden werden können; siehe Rhinow (2008, 185–188). Auch die Verfahren der Rechtsanwendung durch Gerichte üben politische Funktionen aus; sie sind aber derart strukturiert und organisiert, dass in ihnen andere Gesichtspunkte der Entscheidungsfindung im Vordergrund stehen als in den Verfahren der Rechtsetzung. Vgl. dazu auch Reich (2008, 980 ff., insb. 1014–1016).
- 53 Entsprechend stellt etwa die Doktrin der «political question» im U.S.-amerikanischen Verfassungsrecht nicht auf die politischen Konsequenzen einer Entscheidung ab. Relevant ist vielmehr, ob die Verfassungsstruktur den fraglichen Entscheid einem Gericht überantwortet und ob dieses für seinen Entscheid über die erforderlichen verfassungsrechtlichen Massstäbe verfügt. Siehe die Zusammenstellung des relevanten Fallrechts und der zentralen Argumente in der Literatur bei Fallon/Manning/Meltzer/Shapiro (2009, 244 ff.). Auch in der Praxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts wird deutlich, dass ein Entscheid auch dann rechtlich von einem Gericht beurteilt werden kann, wenn er grosse politische Implikationen hat; illustrativ etwa zur Frage der Kompetenzen der Bundesregierung, die Bundeswehr im Rahmen der NATO in Afghanistan einzusetzen, BVerfGE 118, 244 (2007). Zu den Grenzen der Intervention durch das BVerfG siehe Piazolo (2006, 293 ff., insb. 298–303); Schlaich/Korioth (2010, Rz. 501 ff.); Benda/Klein (2001, Rz. 19–29).
- 54 Zur möglichen Beeinflussung der Unabhängigkeit von Gerichten durch eine Wiederwahl der Richter kurz Kiener (2001, 217). Eichenberger (1960, 229), warnt davor, dass die schweizerischen Regelungen, die eine periodische Wiederwahl vorsehen, «nur so lange erträglich (bleiben), als sich der faktische Zug zur Stabilität erhält und als die für die Wiederwahlen zuständigen Kurationsorgane ihre Potenz, den Richter in enge und aktuelle Abhängigkeiten zu versetzen, nicht ausnutzen».
- 55 Illustrativ dazu etwa der Sachverhalt, der dem Entscheid des U.S. Supreme Court *Nixon v. The United States*, 506 U.S. 224 (1993) zugrunde lag: Ein Richter eines erstinstanzlichen Bundesgerichts war zu einer unbedingten Gefängnisstrafe verurteilt worden, weil er gegenüber der Grand Jury, die über seine Anklage befinden musste, verschiedentlich falsche Angaben gemacht hatte. Die Anklage beschuldigte ihn, von einem Geschäftsmann finanzielle Zuwendungen erhalten zu haben, als Entgelt dafür, dass er den zuständigen Staatsanwalt bat, ein Strafverfahren gegen den Sohn des Geschäftsmannes einzustellen.
- 56 Am deutlichsten dürfte dies beim früheren Richter William Brennan der Fall gewesen sein. Von Präsident Eisenhower im Jahr 1956 ernannt, war er wesentlich für die liberale Rechtsprechung des Gerichts verantwortlich, die sich trotz einer nach 1972 zunehmend konservativeren Zusammensetzung des Gerichts bis zu seinem Rücktritt im Jahr 1990 fortsetzte. Zu weiteren besonders einflussreichen Richtern siehe Rosen (2006).
- 57 Der Ausschluss der Wiederwahl bezweckt, die Unabhängigkeit des Gerichts sicherzustellen; siehe Schlaich/Korioth (2010, Rz. 42).
- 58 Dies wäre insbesondere auch im Hinblick auf die Diskussionen über eine Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen zu erwägen.
- 59 Siehe etwa Wildhaber (1996, 299); Hangartner (2008, Art. 139 (neu), Rz. 30); vgl. auch Kälin (1993, 256). Schindler (1992, 115 f.) spricht sich für eine Ungültigerklärung von Volksinitiativen aus, die gegen unkündbare Verträge oder Völkergewohnheitsrecht verstossen.
- 60 Biaggini (2010, 333) hält fest, ein Verbot dieser Initiative käme etwa in Frage, wenn der Ungültigkeitsgrund der «grundlegenden Menschenrechte» anerkannt würde.
- 61 Zu den Möglichkeiten, wie mit der neuen Verfassungsnorm (Art. 72 Abs. 3 BV) umgegangen werden kann, Biaggini (2010, 336–339).
- 62 Botschaft zur Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer» vom 24. Juni 2009 (BBl 2009, S. 5107); Botschaft zur Eidgenössischen Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten» vom 27. August 2008 (BBl 2008, S. 7610); Botschaft über die Volksinitiativen «für eine vernünftige Asylpolitik» und «gegen die illegale Einwanderung» vom 22. Juni 1994 (BBl 1994 III S. 1495); Bericht des Bundesrates, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 5. März 2010 (BBl 2010, S. 2317).
- 63 Hier erscheint es angebracht, eine gewisse Parallele zur Ungültigkeit von Vorbehalten gegenüber völkerrechtlichen Verträgen zu schaffen; dazu Brownlie (2008, 612–615); Shaw (2008, 913ff.); Peters (2008, 164).
- 64 Keller/Lanter/Fischer (2008, 150) führen aus, hier spielten «auch politische Überlegungen eine Rolle». Weil die politische Frage auf einer eingehenden rechtlichen Analyse beruhen muss, erachten sie die Zuständigkeit der Bundesversammlung als unbefriedigend. Damit stellt sich die Frage, ob der Bundesverwaltung – und letztlich dem Bundesrat – nicht zugetraut werden kann, dass er, ohne die politische Frage zu entscheiden, die Rechtslage verlässlich und zutreffend abklären und zuhanden der eidgenössischen Räte darstellen kann.
- 65 In diesem Sinne auch Künzli (2009, 66).
- 66 Dieser Ansatz ist nicht endgültig geklärt, sondern nach wie vor von Meinungsverschiedenheiten geprägt. Siehe Aubert (1974, Rz. 354ff.); Rhinow/Schefer (2009, Rz. 447, 449); ablehnend Tschannen (2011, 539).
- 67 Siehe Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 (BBl 1997 I S. 99 m.H.).
- 68 Linder (2010, 783) weist zu Recht darauf hin, dass die Erarbeitung eines völkerrechtskonformen parlamentarischen Gegenvorschlags bei fragwürdigen Initiativen auch der Autonomie der Schweiz dient.

## Literatur

- Achermann, Alberto, 2001, Der Vorrang des Völkerrechts, in: Cottier/Achermann/Wüger/Zellweger (Hrsg.), Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht, Bern, S. 33 ff.
- Aubert, Jean-François, 1991, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Bd. I, Basel und Frankfurt a.M.
- Aubert, Jean-François, La hiérarchie des règles, ZSR 93 II 1974, S. 193ff.
- Auer, Andreas/Malinverni, Giorgio/Hottelier, Michel, 2006, Droit constitutionnel suisse, Vol. I, 2e éd. Berne.
- Balkin, Jack M., 2011, Constitutional Redemption, Cambridge MA.
- Benda, Ernst/Klein, Eckart, 2001, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl. Heidelberg.
- Benoit, Anne, 2009, Vers une hiérarchie des normes internationales en droit interne suisse?, ZSR I, S. 453 ff.
- Bernstein, David E., 2011, Rehabilitating Lochner, Chicago IL.
- Biaggini, Giovanni, 2007, BV Kommentar, Zürich, Art. 139.
- Biaggini, Giovanni, 2010, Die schweizerische Demokratie und das Völkerrecht – Gedanken aus Anlass der Volksabstimmung über die Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten», ZÖR S. 325 ff.
- Brownlie, Ian, 2008, Principles of Public International Law, 7th ed. Oxford.
- Caroni, Pio, 1988, «Privatrecht»: Eine sozialhistorische Einführung, Basel.
- Chiariello, Elisabeth, 2009, Der Richter als Verfassungsgeber?, Zürich/St. Gallen.
- Christmann, Anna/Danaci, Deniz/Krömmer, Oliver, 2011, Sonderfall? Das Stimmverhalten bei der Minarettverbots-Initiative im Vergleich zu anderen Abstimmungen und Sachfragen, in: Vatter (Hrsg.), Vom Schächt- zum Minarettverbot, Zürich.
- Cottier, Thomas/Hertig, Maya, 2000, Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung: Stellung und Auswirkungen, in: Ulrich Zimmerli (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Bern, S. 1 ff.
- Dann, Otto, 1975, Stichwort «Gleichheit», in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 2 Stuttgart, S.997 ff.
- Eichenberger, Kurt, 1980, Der Staat der Gegenwart, Basel und Frankfurt a. M.
- Eichenberger, Kurt, 1960, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern.
- Fallon, Richard H./Manning, John F./Meltzer, Daniel J./Shapiro, David L., 2009, Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal System, 6th ed. New York NY
- Fleiner, Fritz/Giacometti, Zaccaria, 1949, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich.
- Grimm, Dieter, 1990, Stichwort «Verfassung II», in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 6 Stuttgart, S. 863 ff.
- Haller, Walter, 2011, Verfassungsgerichtsbarkeit im Blickfeld schweizerischer Juristinnen und Juristen, Jusletter vom 12. September.
- Hangartner, Yvo, 1982, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Zürich.
- Hangartner, Yvo, 2008, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, 2. Aufl. Zürich/St. Gallen, Art. 139 (neu).
- Haug, Hans, 1947, Schranken der Verfassungsrevision, Diss. Zürich.
- Heller, Hermann, 1983, Staatslehre, 6. Aufl. Tübingen.
- Hertig Randall, Maya, 2010, L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle: défis et perspectives, ZSR 2010 II, S. 221 ff.
- Kägi, Werner, 1956, Rechtsfragen der Volksinitiative auf Partialrevision, ZSR 75/1956 II, S. 739a.
- Kälin, Walter, 1993, Internationale Menschenrechtsgarantien als Schranke der Revision von Bundesverfassungsrecht, AJP, S. 243 ff.
- Kayser, Martin, 2001, Grundrechte als Schranke der schweizerischen Verfassungsgebung, Diss. Zürich
- Keller, Helen/Lanter, Markus/Fischer, Andreas, 2008, Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung, ZBl, S. 121ff.
- Kiener, Regina, 2001, Richterliche Unabhängigkeit, Bern
- Kley, Andreas, 2011, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, Zürich/St. Gallen.
- Krishnaswamy, Sudhir, 2009, Democracy and Constitutionalism in India: A Study of the Basic Structure Doctrine, Oxford UP, New Delhi.
- Künzli, Jörg, 2009, Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, ZSR I, S. 47ff.
- Leupold, Michael/Besson, Michel, 2011, Gefährden Volksinitiativen die «gute Ordnung» der Verfassung?, in diesem Heft S. 391-409.
- Linder, Wolf, 2010, Vom Zustand der Republik, ZBJV, S. 767ff.
- Linder, Wolf/Bolliger, Christian/Rielle, Yvan (Hrsg.), 2010, Handbuch der eidgenössischen Volksabstimmungen 1848 bis 2007, Bern/Stuttgart/Wien.
- Müller, Jörg Paul, 1986, Materiale Schranken der Verfassungsrevision?, in: FS Haug, Bern/Stuttgart, S. 195f
- Müller, Jörg Paul, 1993, Demokratische Gerechtigkeit, München.
- Müller, Jörg Paul/Schefer, Markus, 2008, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. Bern.
- Nef, Hans, 1942, Materielle Schranken der Verfassungsrevision, ZSR 61/1942, S. 108 ff.
- Piazolo, Michael, 2006, «Ein politisch Lied! Pfui! Ein garstig Lied?» – Das Bundesverfassungsgericht und die Behandlung von politischen Fragen, in: van Ooyen/Möllers (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht im politischen System, Wiesbaden, S. 293 ff.
- Reich, Johannes, 2008, Direkte Demokratie und völkerrechtliche Verpflichtungen im Konflikt, ZaöRV, S. 979 ff.
- Reich, Johannes, 2008, Verletzt die «Ausschaffungsinitiative» zwingende Bestimmungen des Völkerrechts?, ZSR I, S. 499 ff.

- Rhinow, René, 2008, Politische Funktionen des Rechts, ZSR I, S. 181ff.
- Rhinow, René/Schefer, Markus, 2009, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel.
- Riedo, Christof/Niggli, Alexander Marcel, 2011, Unantastbar? Bemerkungen zum so genannten Kerngehalt von Grundrechten oder Much Ado About Nothing, *AJP*, S. 762ff.
- Rosen, Jeffrey, 2006, The Supreme Court: The Personalities and Rivalries that Defined America, New York NY.
- Saladin, Peter, 1988, Völkerrechtliches ius cogens und schweizerisches Verfassungsrecht, in: FG Schweizerischer Juristentag, Bern, S. 67 ff.
- Schefer, Markus, 2001, Die Kerngehalte von Grundrechten, Bern.
- Schefer, Markus, 2006, Hierarchy and Discourse in Judicial Review, in: Besson/Hottelier/Werro (eds.), Human Rights at the Center, Zürich.
- Schindler, Dietrich, 1992, Die Schweiz und das Völkerrecht, in: Riklin/Haug/Probst (Hrsg.), Neues Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Bern/Stuttgart/Wien.
- Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan, 2010, Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. München.
- Schlegel, Stefan/Suter, David, 2011, Verwirklichung der Grundrechte, *Jusletter* vom 9. Mai.
- Schubarth, Martin, 2011, Verfassungsgerichtsbarkeit, Bern.
- Seervai, H.M., 2010, Constitutional Law of India, vol. 3, 4th ed. New Delhi 1996, reprint 2010.
- Seiler, Hansjörg, 2010, Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Verfassungsrecht, Richterrecht und Politik, ZSR II, S. 381ff.
- Shaw, Malcom N., 2008, International Law, 6th ed. Cambridge.
- Singh, Mahendra P., 2008, Shukla's Constitution of India, 11th ed. Lucknow.
- Thürer, Daniel, 2001, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in: Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich, § 11.
- Tornay, Bénédicte, 2008, La démocratie directe saisie par le juge, thèse Genève.
- Tschannen, Pierre, 2011, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl. Bern.
- Vatter, Adrian/Danaci, Deniz, 2011, Mehrheitsdemokratisches Schwert oder Schutzschild für Minoritäten?, in: Vatter (Hrsg.), Vom Schächt- zum Minarettverbot, Zürich.
- Wildhaber, Luzius, 1988, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Art. 118, Basel/Zürich/Bern.
- Wildhaber, Luzius, 1996, Neues zur Gültigkeit von Initiativen, in: FS Aubert, Basel/Frankfurt a.M., S. 293ff.

## Résumé

*La démocratie se fonde sur l'égalité des êtres humains quant à leur valeur politique. La règle de la majorité ne peut par conséquent pas justifier n'importe quelle décision politique. Cela signifie qu'il est mis des limites à la révision de la constitution. Ces limites sont immanentes à la constitution et ne peuvent être modifiées qu'en fonction de transformations fondamentales des valeurs de la société à long terme. Les normes impératives du droit international public constituent de telles limites. Les initiatives populaires qui demandent des modifications de la Constitution fédérale contraires aux dispositions du droit international public sont valables, même si la violation de ces dispositions peut avoir des conséquences extrêmement graves pour la Suisse. Mais la procédure d'adoption des initiatives doit être conçue de telle manière que les décisions du Parlement et du peuple résultent d'un processus de formation de la volonté qui élimine le risque de résultats dus au hasard et à l'aveuglement populiste. La présente contribution esquisse une telle procédure en se basant sur celle qui prévaut pour la révision totale de la Constitution fédérale.*