



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
Main Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2014

---

**Direktdemokratisch legitimierte Grundrechtseinschränkungen: Kantonales,  
bundesstaatliches und internationales Recht im Zusammenspiel**

Glaser, Andreas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich  
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-96583>  
Journal Article

Originally published at:

Glaser, Andreas (2014). Direktdemokratisch legitimierte Grundrechtseinschränkungen: Kantonales, bundesstaatliches und internationales Recht im Zusammenspiel. *Aktuelle Juristische Praxis*, 23(1):60-76.



## Direktdemokratisch legitimierte Grundrechtseinschränkungen

### Kantonales, bundesstaatliches und internationales Recht im Zusammenspiel

ANDREAS GLASER

*Grundrechtseinschränkungen sind durch die Zustimmung der Bürgerinnen und Bürger in einer Volksabstimmung in hohem Mass demokratisch legitimiert. Individuelle Grundrechtsspositionen wiegen dagegen weniger schwer. Verstärkten Schutz erfahren die Grundrechte jedoch, wenn sie in übergeordneten Rechtsquellen verankert sind und ihre Einhaltung der Kontrolle durch ein Gericht unterliegt. Für das Verhältnis des kantonalen Rechts zu den Grundrechten der Bundesverfassung einschliesslich der Überwachung durch das Bundesgericht hat sich dieses Zusammenspiel bewährt. Im Unterschied dazu fehlt es an einem Einvernehmen in der Beziehung des Bundesrechts zum internationalen Recht, vor allem zur EMRK und zu dem als Kontrollinstanz eingesetzten EGMR. Um die gegenseitige Vereinbarkeit zu gewährleisten, lassen sich einige Ansätze des Bundesgerichts im Zusammenhang mit direkt-demokratisch gutgeheissenen Grundrechtseinschränkungen auf das internationale Recht übertragen.*

*Les atteintes aux droits fondamentaux bénéficient d'une forte légitimité démocratique en raison de leur approbation par les citoyens et citoyennes en votation populaire. Les droits fondamentaux individuels pèsent moins lourd en comparaison. Ils jouissent cependant d'une protection renforcée, lorsqu'ils sont ancrés dans des sources de droit de rang supérieur et que leur respect est soumis au contrôle d'un tribunal. Dans les rapports entre le droit cantonal et les droits fondamentaux de la Constitution, y compris la surveillance par le Tribunal fédéral, cette action conjuguée a démontré son bien-fondé. En revanche, un consensus sur la relation entre le droit fédéral et le droit international fait défaut, particulièrement en ce qui concerne la CEDH et la CourEDH instituée comme instance de contrôle. Afin de garantir la compatibilité des différents droits entre eux, quelques approches du Tribunal fédéral concernant des atteintes aux droits fondamentaux dont la légitimité repose sur un acte de démocratie directe peuvent être appliquées au droit international.*

#### Inhaltsübersicht

- I. Direkte Demokratie und Grundrechte: Von der Symbiose zum Gegensatz?
- II. Grundrechtseinschränkungen durch die Kantone auf dem Prüfstand des Bundesrechts
  - A. Der Vorrang der Grundrechte des Bundes gegenüber dem kantonalen Recht
  - B. Föderalismusfreundliche Rechtskontrolle durch das Bundesgericht
    1. Immunsierung des kantonalen Verfassungsrechts
    2. Verfassungskonforme Auslegung des kantonalen Rechts
    3. Enge Auslegung der Bundeskompetenzen
    4. Lockerungen bezüglich der formellen gesetzlichen Grundlage
    5. Toleranz bei der Bestimmung des öffentlichen Interesses durch die Kantone
    6. Kantonale Spielräume bei der Verhältnismässigkeit
    7. Verlagerung der Kontrolle auf nachträgliche und einzelfallbezogene Verfahren
- III. Bundesrechtliche Grundrechtseinschränkungen und internationales Recht
  - A. Die Bedeutung völkerrechtlicher Grundrechtsgarantien
  - B. Schwacher Grundrechtsbezug der Schranke des zwingenden Völkerrechts
  - C. Kein Rangverhältnis zwischen Bundesrecht und sonstigem Völkerrecht
- IV. Rechtspolitische Optionen: Stärkung des Grundrechtsschutzes versus Primat der Politik
  - A. Vorrang völkerrechtlicher Menschenrechtsvereinbarungen
  - B. Vorrang der bundesrechtlichen Grundrechtseinschränkungen
- V. Entfaltung von direkter Demokratie und Grundrechten im rechtlichen status quo
  - A. Normen der Bundesverfassung als Optimierungsgebote
  - B. Dialog des Bundesgerichts mit dem EGMR
  - C. Reform der EMRK

#### I. Direkte Demokratie und Grundrechte: Von der Symbiose zum Gegensatz?

Das obligatorische und das fakultative Referendum dienen dem Schutz einer möglichst weitreichenden individuellen Freiheitsphäre, denn sie erschweren die Einschränkung der Grundrechte durch Verfassung und Gesetze<sup>1</sup>. Die mit einem Regelungsvorschlag verbundenen Eingriffe in die Grundrechte der Stimmberechtigten liefern den Gegnern einer Vorlage regelmässig ein wichtiges Argument im Abstimmungskampf. Beispiele aus jüngerer Zeit sind auf Bundesebene die Einführung biometrischer Pässe<sup>2</sup> oder die Möglichkeit zur Anordnung eines Impf-

ANDREAS GLASER, Prof. Dr. iur., Universität Zürich/Zentrum für Demokratie Aarau.

ARTHUR BRUNNER und JONAS RACINE gebührt Dank für wertvolle Vorarbeiten und anregende Diskussionen.

<sup>1</sup> Sinngemäss ZACCARIA GIACOMETTI, Die Demokratie als Hüterin der Menschenrechte, Universität Zürich, Jahresbericht 1953/54, 3, 17: «Das Referendum wirkt sich im Allgemeinen konservativ und damit zugunsten des Individuums aus [...]. Der hervorstechendste Zug bei den negativen Volksentscheiden ist jedoch m. E., wenn man die Dinge in grösseren Zusammenhängen betrachtet, weitere Zeitspannen überblickt, zweifellos ein freiheitlicher, der der Geschichte der eidgenössischen Referendumsabstimmungen sein Gepräge gibt. Diese Geschichte zeigt im Allgemeinen eine starke Abneigung des Volkes gegen staatliche Eingriffe in die Freiheitsphäre der Einzelnen.»

<sup>2</sup> Bundesbeschluss vom 13.6.2008 über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustauschs zwischen der Schweiz und der

obligatoriums<sup>3</sup> und auf kantonaler Ebene der Beitritt des betreffenden Kantons zum Hooligan-Konkordat<sup>4</sup>. Die Ausübung der politischen Rechte in Bund, Kantonen und Gemeinden ist darüber hinaus in Art. 34 BV eigens grundrechtlich geschützt. Die Kommunikationsgrundrechte in Gestalt der Meinungs- (Art. 16 BV), Medien- (Art. 17 BV) sowie der Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV) flankieren die politischen Rechte und tragen zur Entfaltung der direkten Demokratie bei<sup>5</sup>. Die Existenz weitreichender politischer Rechte stärkt somit wiederum die Position dieser Freiheitsrechte gegenüber staatlichen Einschränkungen<sup>6</sup>.

Im Zuge der Globalisierung und Pluralisierung der Gesellschaft ist zugleich die gegenläufige Tendenz festzustellen, dass direktdemokratische Verfahren in Bund und Kantonen die Einschränkung von Grundrechten befördern oder jedenfalls legitimieren. Quantitativ am bedeutsamsten sind hierbei die von den Parlamenten in Bund und Kantonen beschlossenen und regelmässig in Referendumsabstimmungen oder durch Verzicht auf die Referendumsmöglichkeit gutgeheissenen Grundrechtseinschränkungen. Die breite Palette reicht von Beschränkungen der Versammlungsfreiheit<sup>7</sup> und sonsti-

ger «störender» Aktivitäten im öffentlichen Raum<sup>8</sup>, über Rauchverbote<sup>9</sup>, Beschränkungen des Eigentums<sup>10</sup>, die umfassende Regulierung der Wirtschaftstätigkeit (wie beispielsweise des Handels und der Zucht bestimmter Hunderassen)<sup>11</sup> bis hin zu polizeilichen Befugnissen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit<sup>12</sup>.

Die allgegenwärtigen Grundrechtsbeschränkungen finden in der rechtswissenschaftlichen Diskussion besondere Beachtung, wenn eine Volksinitiative Grundrechte betrifft, deren Gehalt entweder als sensibel erachtet wird oder die eine völkerrechtliche Absicherung geniessen<sup>13</sup>. Beispiele hierfür sind das in der Bundesverfassung verankerte Minarett-Verbot (Art. 72 Abs. 3 BV) oder das in die Tessiner Kantonsverfassung aufgenommene Verbot der Verhüllung in der Öffentlichkeit<sup>14</sup>. Vor diesem Hintergrund und unter Verweis auf den in der internationalen

Europäischen Gemeinschaft betreffend die Übernahme der Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 über biometrische Pässe und Reisedokumente (Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands), BBl 2008, 5309 ff. Dazu Abstimmungsbüchlein des Bundes zur Volksabstimmung vom 17. Mai 2009, 19.

<sup>3</sup> Art. 31–38 Bundesgesetz vom 28.9.2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG). Dazu die Botschaft des Bundesrates, BBl 2011, 311, 379 f., 384 ff., 445.

<sup>4</sup> Beispielsweise im Kanton Zürich das Gesetz über den Beitritt zum Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen (Änderung vom 5. November 2012; Bewilligungspflicht und Massnahmen). Siehe dazu Abstimmungszeitung des Kantons Zürich zur Volksabstimmung vom 9. Juni 2013, 7.

<sup>5</sup> Zum Zusammenhang zwischen politischen Rechten und Kommunikationsgrundrechten BGE 127 I 84 S. 88; BGE 96 I 586 S. 592; REGINA KIENER/MELANIE KRÜSI, Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl 110 (2009), 237 (246); JÖRG PAUL MÜLLER, Der politische Mensch – menschliche Politik, Bern 1999, 72; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. A., Bern 2008, 611; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. A., Basel 2009, N. 990. Vgl. auch GIACOMETTI (FN 1), 3, 5 f.: «Funktionelle Voraussetzung der Demokratie sind die Freiheitsrechte [...]. Das gilt vorab von den gesellschaftlichen Freiheitsrechten mit der Press-, Vereins- und Versammlungsfreiheit, die ja auch in erster Linie der politischen Betätigung dienen sollen.»

<sup>6</sup> ÉTIENNE GRISEL, Initiative et référendum populaires, 3. A., Bern 2004, N. 168 f.; kritisch demgegenüber MÜLLER (FN 5), 75 f.

<sup>7</sup> Siehe dazu BGer, Urteil vom 10.7.2013, Az. 1C\_225/2012 betreffend das im Wege des fakultativen Referendums gutgeheissene

Genfer Gesetz über Versammlungen auf öffentlichem Grund [Loi 10615 modifiant la loi sur les manifestations sur le domaine public (Manifestations à potentiel violent)].

<sup>8</sup> Zum verfassungsrechtlich zulässigen Verbot des öffentlichen Beteilns als Ausprägung der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) BGE 134 I 214 anhand der Änderung des kantonalen Strafgesetzes (Loi pénale genevoise), wobei von der Möglichkeit des fakultativen Referendums nicht Gebrauch gemacht wurde.

<sup>9</sup> Vgl. nur BGE 136 I 241 betreffend das vom Stimmvolk des Kantons Genf in der Referendumsabstimmung angenommene Gesetz über Rauchverbote im öffentlichen Raum [Loi 10375 sur l'interdiction de fumer dans les lieux publics (LIF)].

<sup>10</sup> Beispielsweise Art. 15a Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz), dessen entsprechende Änderung in der Volksabstimmung vom 3. März 2013 auf ein fakultativeres Referendum hin gutgeheissen wurde. Näher zur hiermit verbundenen Einschränkung der Eigentumsgarantie BBl 2010, 1049, 1077.

<sup>11</sup> Statt vieler das in BGE 136 I 1 für verfassungsgemäss erklärte, vom Zürcher Stimmvolk in einer Referendumsabstimmung verabschiedete Hundegesetz.

<sup>12</sup> Exemplarisch das in der Volksabstimmung von den Zürcher Stimmberechtigten befürwortete und in BGE 136 I 87 überwiegend als verfassungskonform beurteilte Polizeigesetz des Kantons Zürich.

<sup>13</sup> Vgl. KIENER/KRÜSI (FN 5), 237 (238); DANIEL MOECKLI, Of Minarets and Foreign Criminals: Swiss Direct Democracy and Human Rights, HRLR 11 (2011), 774 (775); JOHANNES REICH, Direkte Demokratie und völkerrechtliche Verpflichtungen im Konflikt, ZaöRV 68 (2008), 979 (980 f.). Siehe den Überblick von Volksinitiativen aus jüngerer Zeit, die mit völkerrechtlichen Verträgen in einen gewissen Konflikt geraten, bei ULRICH HAFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. A., Zürich 2012, N. 1757a. Vgl. vor allem auch die ausführliche Untersuchung zum Umgang von Bundesrat und Bundesversammlung mit im Hinblick auf die Menschenrechte umstrittenen Volksinitiativen STÉPHANE GRODECKI, La démocratie directe en Suisse au XXI<sup>e</sup> siècle – une évolution nécessaire, ZSR 132 (2013) II, 95 (112 ff.).

<sup>14</sup> Art. 9a Kantonsverfassung Tessin (divieto di dissimulazione del proprio viso).

Menschenrechtsdoktrin kaum vorhandenen Gedanken des Freiheitsschutzes durch Volk und Parlament<sup>15</sup> wird zunehmend ein Gegensatz zwischen der direkten Demokratie und dem Grundrechtsschutz konstruiert<sup>16</sup>. Die traditionelle schutzverstärkende Wechselwirkung scheint hingegen mehr und mehr in Vergessenheit zu geraten.

Dabei ist die Ausbalancierung des in direktdemokratischen Volksentscheiden ebenso wie in Beschlüssen des demokratisch gewählten Parlaments zum Ausdruck gelangenden Gemeinwohlinteresses mit dem grundrechtlich geschützten Individualinteresse keine neue Erscheinung<sup>17</sup>. Hieran ändert sich grundsätzlich auch nichts, wenn die grundrechtseinschränkende Massnahme durch ein Gemeinwesen beschlossen wird, das aufgrund seiner Einbindung in einen Bundesstaat oder in die Völkerrechtsgemeinschaft mehr oder weniger umfassend von aussen gesetzte rechtliche Vorgaben zu berücksichtigen hat. Die Frage gewinnt hingegen dadurch an Brisanz, dass direktdemokratisch beschlossene Grundrechtseinschränkungen einer Kontrolle durch Organe anderer Ebenen unterzogen werden.

Die nachfolgenden Ausführungen sollen zunächst die Bewältigung dieses Konfliktes im klassischen bundesstaatlichen Verhältnis der von den Kantonen beschlossenen Grundrechtseinschränkungen zu den Grundrechten der Bundesverfassung beleuchten. Anschliessend wendet sich die Betrachtung der Frage zu, welchen Vorgaben die infolge der Zentralisierung staatlicher Aufgaben zahlenmässig immer bedeutsameren Grundrechtseinschränkungen durch den Bund unterliegen. Unter rechtspolitischen Gesichtspunkten ist zu überlegen, ob und inwieweit sich in Bezug auf das Verhältnis des Landesrechts zum Völkerrecht eine Reform der geltenden Rechtslage aufdrängt. Dabei wird jeweils auf die aus dem bundesstaatlichen Konfliktlösungsmodus gewonnenen Erkenntnisse zurückgegriffen.

## II. Grundrechtseinschränkungen durch die Kantone auf dem Prüfstand des Bundesrechts

### A. Der Vorrang der Grundrechte des Bundes gegenüber dem kantonalen Recht

Die Kantone sind souverän (Art. 3 BV). Im Rahmen ihrer Souveränität können sie sich in Bezug auf die Gesetzgebung autonom Schranken durch in der Kantonsverfassung verankerte Grundrechte auferlegen. Praktisch spielen die kantonalen Grundrechte – auch mangels effektiver Kontrolle im Wege kantonalen Verfassungsrechtspflege<sup>18</sup> – hinsichtlich der kantonalen Gesetzgebung nur eine untergeordnete Rolle. Die kantonale Verfassungsgebung wird schon infolge der hierarchischen Gleichordnung mit den ebenfalls in der Verfassung enthaltenen Grundrechten nicht erfasst.

Die Souveränität der Kantone reicht gemäss Art. 3 BV aber nur soweit, als sie nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist. Einschränkungen der kantonalen Souveränität ergeben sich aus den Kompetenztiteln zugunsten des Bundes, aber auch aus den hier im Fokus der Betrachtung stehenden Grundrechten, die umfassend alle Behörden bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben binden (Art. 35 Abs. 2 BV)<sup>19</sup>. Bundesrecht in Gestalt der Grundrechte geht gemäss Art. 49 Abs. 1 BV entgegenstehendem kantonalem Recht vor<sup>20</sup>. Dabei ist es grundsätzlich unerheblich, ob das die Grundrechte einschränkende kantonale Recht abschliessend durch das Kantonsparlament respektive in Form einer Verordnung durch die Kantonsregierung erlassen oder ob es in einer Referendumsabstimmung von den Stimmberechtigten gutgeheissen wurde beziehungsweise auf eine Volksinitiative zurückgeht<sup>21</sup>. Dem Bundes-

<sup>15</sup> Zu diesem Aspekt DANIEL THÜRER, Verfassungsrechtlicher und völkerrechtlicher Status der Grundrechte, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. VII/2, Heidelberg 2007, § 203 Rn. 6.

<sup>16</sup> Unter Hinweis auf die Verwahrungs-, die Minarett- und die Ausschaffungsiniziativa GIORGIO MALINVERNI, *Démocratie directe et droits de l'homme*, in: Andrea Good/Bettina Platipodis (Hrsg.), *Direkte Demokratie – Herausforderungen zwischen Politik und Recht: Festschrift für Andreas Auer*, Bern 2013, 453 (453 f., 456); MOECKLI (FN 13), 774 (777).

<sup>17</sup> Siehe dazu etwa schon die Ausführungen von GIACOMETTI (FN 1), 3, 20 f.

<sup>18</sup> Vgl. aber die Hinweise zu abstrakten Normenkontrollverfahren in den Kantonen bei ALAIN GRIFFEL, Rechtsschutz, insbesondere Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), *Staatsrecht*, Zürich/St. Gallen 2011, § 27 Rn. 50.

<sup>19</sup> Siehe auch GRISEL (FN 6), N. 700; BÉNÉDICTE TORNAY, *La démocratie directe saisie par le juge*, Zürich 2008, 91.

<sup>20</sup> Zur Frage, ob sich hieraus ein Geltungs- oder ein Anwendungsvorrang des Bundesrechts ergibt, differenzierend GIOVANNI BIAGGINI, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zürich 2007, Art. 49 Rn. 8; mittlerweile auch HÄFELIN/HALLER/KELLER (FN 13), N. 1191; für die blosser Aufhebbarkeit und Unanwendbarkeit hingegen ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Vol. I, 3. A., Bern 2013, N. 1121 f.; für die Nichtigkeit bundesrechtswidriger Normen RHINOW/SCHEFER (FN 5), N. 754.

<sup>21</sup> Allgemein MALINVERNI (FN 16), 453 (457); mit Blick auf das Gesetzesreferendum RHINOW/SCHEFER (FN 5), N. 989; zum Erforder-

recht widersprechendes kantonales Recht darf nicht angewendet werden. Da die völkerrechtlichen Verträge und damit auch die dort verankerten Grundrechte integraler Bestandteil des Bundesrechts sind<sup>22</sup>, haben beispielsweise die Grundrechte der EMRK am Vorrang des Bundesrechts gegenüber dem kantonalen Recht teil<sup>23</sup>.

Der Bund wacht über die Einhaltung des Bundesrechts durch die Kantone (Art. 49 Abs. 2 BV). Diese Überwachung erfolgt einerseits im Rahmen gesonderter Aufsichtsverfahren wie der Gewährleistung der Kantonsverfassungen durch die Bundesversammlung (Art. 51 Abs. 2, Art. 172 Abs. 2 BV) und der Genehmigung kantonalen Erlasse durch den Bundesrat im Zusammenhang mit der Durchführung des Bundesrechts (Art. 186 Abs. 2 BV) sowie andererseits durch die Überprüfung des kantonalen Rechts im Rahmen individualschützender Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesgericht<sup>24</sup>. Bei letzteren geht es um die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82, Art. 95 Bst. a und b BGG) und die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113, Art. 116 BGG)<sup>25</sup>.

nis der Vereinbarkeit kantonalen Volksinitiativen mit übergeordnetem Recht BGer, Urteil vom 28.8.2013, Az. 1C\_127/2013 E. 5.4; speziell zur Vereinbarkeit mit den Grundrechten AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (FN 20), N. 868; GRISEL (FN 6), N. 697. Vertiefend zu einigen Entscheidungen des Bundesgerichts betreffend die Vereinbarkeit kantonalen Volksinitiativen mit den Grundrechten der BV TORNAY (FN 19), 91 ff m. w. N.

<sup>22</sup> Siehe BIAGGINI (FN 20), Art. 49 Rn. 3; TOBIAS JAAG, Gewährleistung der bundesstaatlichen Ordnung, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011, § 15 Rn. 13; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. A., Bern 2011, § 22 Rn. 17.

<sup>23</sup> Beispielhaft BGer, Urteil vom 28.8.2013, Az. 1C\_127/2013 E. 5.6. Auch interkantonales Recht geniesst Vorrang vor kantonalem Recht, da dieses gemäss Art. 48 Abs. 5 BV von den Kantonen zu beachten ist. Vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Die Verfassung im Normengefüge, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011, § 9 Rn. 20; speziell zum Vorrang gegenüber kantonalen Volksinitiativen YVO HANGARTNER/ANDREAS KLEY, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, N. 2118; TORNAY (FN 19), 98 f. Da sich im interkantonalen Recht keine Grundrechtsgewährleistungen finden, kann es vorliegend im Weiteren ausser Betracht bleiben.

<sup>24</sup> Näher dazu BIAGGINI (FN 20), Art. 49 Rn. 17 f.; siehe ebenfalls zur Unterscheidung «staatsrechtlich-administrativer» und «gerichtlicher Kontrolle» ALEXANDER RUCH, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 2. A., Zürich/St. Gallen 2008, Art. 49 Rn. 25, 29; speziell zur Beschwerde an das Bundesgericht TSCHANNEN (FN 22), § 22 Rn. 62 ff. Eine untergeordnete Rolle spielt die Kontrolle der Bundesrechtskonformität des kantonalen Rechts durch die kantonale Gerichtsbarkeit. Siehe dazu AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (FN 20), N. 2337 ff.

<sup>25</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (FN 20), N. 1098, 1100; HÄFELIN/HALLER/KELLER (FN 13), N. 1201.

Insoweit übt das Bundesgericht Verfassungsgerichtsbarkeit über die direktdemokratisch gesetzte Rechtsordnung der Kantone aus<sup>26</sup>. Das im Ausgangspunkt klare System von Vorrang des Bundesrechts und daran anknüpfender Durchsetzung erfährt aufgrund der föderalismusfreundlichen Kontrolle durch das Bundesgericht indes einige nicht unerhebliche Abschwächungen und Nuancierungen.

## B. Föderalismusfreundliche Rechtskontrolle durch das Bundesgericht

### 1. Immunitisierung des kantonalen Verfassungsrechts

Die Kantonsverfassungen verfügen über eine herausgehobene Bedeutung, die darin zum Ausdruck kommt, dass sich jeder Kanton eine demokratische Verfassung geben muss, die der Zustimmung des Volkes bedarf und die revidiert werden kann, wenn die Mehrheit der Stimmberechtigten es verlangt (Art. 51 Abs. 1 BV)<sup>27</sup>. Die Kantonsverfassungen bedürfen, anders als die Gesetze, der Gewährleistung des Bundes (Art. 51 Abs. 2 S. 1 BV), wobei jede neu erlassene Verfassungsbestimmung durch die Bundesversammlung (vgl. Art. 172 Abs. 2 BV) zu gewährleisten ist, wenn sie dem Bundesrecht nicht widerspricht (Art. 51 Abs. 2 S. 2 BV).

Das Vorhandensein des Gewährleistungsverfahrens zieht weitreichende Folgen für die bundesgerichtliche Überprüfung angeblicher Grundrechtsverstöße durch kantonale Verfassungsbestimmungen nach sich. Obwohl es sich hierbei begrifflich um «kantonale Erlasse» im Sinne von Art. 82 Bst. b BGG handelt, die grundsätzlich Gegenstand der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten bilden können, tritt das Bundesgericht in Anbetracht der Zuständigkeit der Bundesversammlung hierauf nicht ein<sup>28</sup>. Im Weiteren überprüft das Bundesgericht die Vereinbarkeit kantonalen Verfassungsbestimmungen mit dem übergeordneten Bundesrecht aufgrund der Zuständigkeit der Bundesversammlung auch vor-

<sup>26</sup> In Bezug auf die Ermittlung eines die Einschränkung von Grundrechten legitimierenden Interesses (Art. 36 Abs. 2 BV) ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Vol. II, 3. A., Bern 2013, N. 215; allgemein GRISEL (FN 6), N. 154.

<sup>27</sup> Näher dazu HANGARTNER/KLEY (FN 23), N. 1351 ff.

<sup>28</sup> Entsprechend zur staatsrechtlichen Beschwerde BGE 118 Ia 124 S. 127 f. Vgl. auch REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich/St. Gallen 2012, N. 1621; RUCH (FN 24), Art. 51 Rn. 19; TSCHANNEN (FN 22), § 18 Rn. 31.

frageweise nur eingeschränkt<sup>29</sup>. Eine inzidente Prüfung erfolgt nur, soweit übergeordnetes Recht in Form der EMRK<sup>30</sup>, des Bundesrechts<sup>31</sup> oder ungeschriebener, sich weiter entwickelnder übergeordneter Verfassungsprinzipien<sup>32</sup> im Zeitpunkt der Gewährleistung durch die Bundesversammlung noch nicht in Kraft getreten und deshalb bei der vorgängigen Überprüfung nicht zu berücksichtigen gewesen ist<sup>33</sup>. Umstritten ist, inwieweit dies auch auf Normgehalte von Bestimmungen zutrifft, die zwar vor der Gewährleistung schon in Kraft standen, aber durch die Rechtsprechung erst nach der Gewährleistung erkannt wurden<sup>34</sup>. Diese Frage wird relevant, wenn das Bundesgericht oder der EGMR ihre Rechtsprechung zu einer bestimmten Grundrechtsgarantie nach Gewährleistung einer Kantonsverfassung ändern.

In allen anderen Fällen werden die kantonalen Verfassungsbestimmungen mithilfe der Gewährleistung gegenüber einer Kontrolle durch das Bundesgericht immunisiert. Dies bedeutet beispielsweise für den Fall der Gewährleistung des in der Tessiner Kantonsverfassung verankerten, die Grundrechte der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und der Glaubensfreiheit (Art. 15 Abs. 1 und 2 BV) einschränkenden Verbots der Verhüllung des Gesichts in der Öffentlichkeit, dass eine allfällige Verletzung von Grundrechten vor Bundesgericht nicht mehr gerügt werden kann. Eine Änderung der Rechtslage könnte sich unter Umständen ergeben, wenn der EGMR – in Bezug auf die Schweiz oder einen anderen Europaratsstaat – die Unvereinbarkeit eines Verhüllungsverbots mit den Grundrechten feststellen würde. Hier hinge es davon ab, inwieweit in einer solchen Rechtsprechungsentwicklung eine relevante Änderung der Rechtslage gesehen würde. Um die Wirkung der Immunisierung eines Grundrechtsverstosses mit Blick auf die politischen Rechte (Art. 34 Abs. 2 BV) nicht eintreten zu lassen, hat die Bundesversammlung kürzlich entgegen ihrer traditionell grosszügigen Praxis<sup>35</sup> eine Wahlrechtsbestimmung der Schwyzer Verfassung nicht gewährleistet<sup>36</sup>.

## 2. Verfassungskonforme Auslegung des kantonalen Rechts

Auch wenn das Bundesgericht – in Bezug auf Erlasse unterhalb der Stufe der Kantonsverfassung oder in Bezug auf die Kantonsverfassung aufgrund nachträglich in Kraft getretenen übergeordneten Rechts – die volle Prüfungsbefugnis besitzt, schwächt sich der strikt formulierte Vorrang des Bundesrechts in der Praxis nicht unerheblich ab. So lässt sich das Bundesgericht bei der Beurteilung der Frage, ob kantonales Recht dem Bundesrecht entgegensteht, vom Grundsatz verfassungskonformer Auslegung leiten, der insoweit eine föderalismusfreundliche Wirkungsweise erlangt<sup>37</sup>. So bemüht sich das Bundesgericht unter Ausschöpfung der Grenzen der anerkannten Auslegungsregeln, der kantonalen Bestimmung einen Inhalt beizumessen, der sie mit den angerufenen Verfassungsgarantien vereinbar erscheinen lässt<sup>38</sup>. Es hebt eine kantonale Norm nur auf, wenn sie sich jeder verfassungskonformen Auslegung entzieht, nicht jedoch, wenn sie einer solchen in vertretbarer Weise zugänglich bleibt<sup>39</sup>. In dem viel beachteten Entscheid zum Frauenstimmrecht in Appenzell-Innerrhoden beispielsweise hat das Bundesgericht das Stimmrecht im Sinne von Art. 4 Abs. 2 aBV durch verfassungskonforme Auslegung des Begriffs der «Landleute» in der Kantonsverfassung auf die Frauen ausgedehnt, ohne der Norm die Anwendung zu versagen<sup>40</sup>.

Ist im kantonalen Recht die Prüfung von Volksinitiativen auf ihre Vereinbarkeit mit dem übergeordneten Bundesrecht hin vorgesehen<sup>41</sup>, wirkt sich der Grundsatz verfassungskonformer Auslegung bereits in diesem frühen Stadium aus<sup>42</sup>. Das Bundesgericht führt in diesem Zusammenhang aus: «Es ist von verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten jene zu wählen, welche einerseits dem Sinn und Zweck der Initiative am besten entspricht und zu einem vernünftigen Ergebnis führt und welche andererseits im Sinne der verfassungskonformen Auslegung mit dem übergeordneten Recht von Bund und Kanton vereinbar erscheint.»<sup>43</sup> Solange eine Volksinitiative nicht klarerwei-

<sup>29</sup> BGE 83 I 173 S. 181 ff. Näher dazu GRIFFEL (FN 18), § 27 Rn. 107; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (FN 28), N. 1665. Kritisch RHINOW/SCHEFER (FN 5), N. 926.

<sup>30</sup> BGE 111 Ia 239 S. 242.

<sup>31</sup> BGE 116 Ia 359 S. 366.

<sup>32</sup> BGE 121 Ia 138 S. 147 f.

<sup>33</sup> BGE 116 Ia 359 S. 366.

<sup>34</sup> Zurückhaltend BGE 131 I 85 S. 89; befürwortend hingegen TSCHANNEN (FN 22), § 18 Rn. 34.

<sup>35</sup> Siehe dazu BIAGGINI (FN 20), Art. 51 Rn. 23; JAAG (FN 22), § 15 Rn. 25.

<sup>36</sup> Zu weiteren Beispielen verweigerter Gewährleistung RUCH (FN 24), Art. 51 Rn. 20.

<sup>37</sup> Vgl. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (FN 20), N. 1104.

<sup>38</sup> BGE 137 I 77 S. 82.

<sup>39</sup> BGE 134 I 293 S. 295; BGE 133 I 77 S. 79; BGE 133 I 286 S. 295; BGE 130 I 82 S. 86.

<sup>40</sup> BGE 116 Ia 359 S. 381 f.

<sup>41</sup> Stellvertretend Art. 28 Abs. 1 Bst. b i. V. m. Abs. 2 KV ZH, § 128 Abs. 1 Gesetz über die politischen Rechte (GPR) ZH; § 65 Abs. 1 KV AG.

<sup>42</sup> Ausführlich dazu HANGARTNER/KLEY (FN 23), N. 2126 f.; TOR-NAY (FN 19), 68 f.

<sup>43</sup> BGer, Urteil vom 28.8.2013, Az. 1C\_127/2013 E. 5.7; BGE 129 I 392 S. 395.

se als unzulässig erscheint, ist sie als gültig zu erklären und der Volksabstimmung zu unterstellen<sup>44</sup>. Das Bundesgericht verfährt dabei ausdrücklich nach dem Grundsatz «in dubio pro populo» und wählt mit Blick auf die Vereinbarkeit mit dem übergeordneten Recht jeweils die für die Initianten günstigste Auslegungsalternative<sup>45</sup>.

### 3. Enge Auslegung der Bundeskompetenzen

Überdies legt das Bundesgericht das Bundesrecht so aus, dass ein Konflikt mit dem kantonalen Recht soweit wie möglich umgangen wird<sup>46</sup>. Bei Grundrechtseinschränkungen wird dies für die Frage relevant, ob die verfassungsrechtlich vorgeschriebene gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV) gegeben ist. An einer wirksamen gesetzlichen Grundlage im kantonalen Recht würde es umso eher fehlen, je ausgreifender die vorrangigen Bundeskompetenzen interpretiert würden, da die Kantone in Sachgebieten, die der Bund abschliessend geregelt hat, keine Rechtsetzungskompetenzen mehr wahrnehmen dürfen<sup>47</sup>. Das Bundesgericht lässt sich demgegenüber regelmässig von der Argumentation leiten, eine vorhandene bundesrechtliche Regelung sei nicht abschliessend, sondern lasse den Kantonen Raum für eigene Rechtsetzung<sup>48</sup>. Selbst wenn der Bund eine abschliessende Regelung getroffen hat, sind die Kantone befugt, im gleichen Regelungsbereich ein anders ausgerichtetes Ziel zu verfolgen als dasjenige des Bundesrechts<sup>49</sup>. Die Kantone dürfen im Rahmen der ihnen zukommenden Kompetenzen lediglich nicht solche Vorschriften erlassen, die gegen den Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck beeinträchtigen oder vereiteln<sup>50</sup>.

<sup>44</sup> BGer, Urteil vom 28.8.2013, Az. 1C\_127/2013 E. 5.7; BGE 129 I 392 S. 395.

<sup>45</sup> Siehe BGE 134 I 172 S. 177; ausserdem BGer, Urteil vom 24.9.2013, Az. 1C\_659/2012, E. 6.1; BGE 138 I 131; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (FN 20), N. 872; GRISEL (FN 6), N. 705.

<sup>46</sup> Dazu AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (FN 20), N. 1104.

<sup>47</sup> Zum abschliessenden Charakter umfassender bundesrechtlicher Regelungen TSCHANNEN (FN 22), § 22 Rn. 36.

<sup>48</sup> Exemplarisch zur engen Auslegung von Art. 335 Abs. 1 StGB, die zu einer Begrenzung des abschliessenden Charakters der Vorschrift auf sexuell motivierte Übertretungsstraftaten und damit zur grundrechtseinschränkenden Regelungskompetenz zugunsten der Kantone im Übrigen führt, BGE 138 IV 13 S. 15 ff. Zuvor bereits ähnlich betreffend Angriffe auf den öffentlichen Frieden BGE 117 Ia 472 S. 473 ff. Siehe allgemein zu dem Phänomen AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (FN 20), N. 1105; BIAGGINI (FN 20), Art. 49 Rn. 5.

<sup>49</sup> BGE 138 I 410 S. 414 f.; BGE 137 I 167 S. 174 f.; BGE 133 I 110 S. 116.

<sup>50</sup> BGE 138 I 435 S. 446; BGE 138 I 356 S. 360 f.; BGE 138 I 331 S. 354; BGE 137 I 31 S. 41. Siehe ferner AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (FN 20), N. 1108.

### 4. Lockerungen bezüglich der formellen gesetzlichen Grundlage

Im Weiteren respektiert das Bundesgericht bei schwerwiegenden Grundrechtseinschränkungen, die gemäss Art. 36 Abs. 1 S. 2 BV im Gesetz selbst vorgesehen sein müssen, die kantonale Verfassungsautonomie in besonderem Masse<sup>51</sup>. Während auf Bundesebene einzig ein dem fakultativen Referendum unterstehendes Bundesgesetz (Art. 164 Abs. 1, Art. 141 Abs. 1 Bst. a BV) dieser Anforderung genügt<sup>52</sup>, kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf kantonalen Ebene bei entsprechender verfassungsrechtlicher Regelung auch ein nicht referendumpflichtiger Erlass die Bedeutung eines formellen Gesetzes erlangen<sup>53</sup>. Demnach genügen auch direkt auf die Kantonsverfassung gestützte Parlamentsverordnungen als formelle gesetzliche Grundlage für Grundrechtseingriffe<sup>54</sup>.

### 5. Toleranz bei der Bestimmung des öffentlichen Interesses durch die Kantone

Das Bundesgericht billigt den kantonalen Gesetzgebern darüber hinaus im Hinblick auf die in Art. 36 Abs. 2 bis Abs. 4 BV enthaltenen materiellen Vorgaben für Grundrechtseinschränkungen, die dazu geeignet wären, die Möglichkeiten direktdemokratischer Politikgestaltung in den Kantonen einzuengen<sup>55</sup>, im Interesse der Schonung föderaler Eigenverantwortung einen grossen Gestaltungsspielraum zu. Dies zeigt sich deutlich anhand der Bestimmung des die Einschränkung eines Grundrechts legitimierenden öffentlichen Interesses (Art. 36 Abs. 2 BV). «Die Auffassungen darüber, was im öffentlichen Interesse liegt,» so das Bundesgericht, «sind wandelbar und unterliegen einer politischen Wertung. Die Konkretisierung der massgeblichen öffentlichen Interessen obliegt daher in erster Linie dem politischen Prozess bzw. dem zuständigen Gesetzgeber.»<sup>56</sup> Das Bundesgericht misst der

<sup>51</sup> RAINER J. SCHWEIZER, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 2. A., Zürich/St. Gallen 2008, Art. 36 Rn. 30.

<sup>52</sup> Siehe MARKUS SCHEFER, Die Beeinträchtigung von Grundrechten, Bern 2006, 55 f.

<sup>53</sup> Dazu REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, 2. A., Bern 2013, 102.

<sup>54</sup> BGE 128 I 327 S. 338. Vgl. ausserdem AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (FN 26), N. 198. Kritisch SCHEFER (FN 52), 58 f.

<sup>55</sup> Zu diesem Aspekt auch SCHWEIZER (FN 51), Art. 36 Rn. 30.

<sup>56</sup> BGE 138 I 378 S. 393, allerdings in Bezug auf die allgemeine Regelung in Art. 5 Abs. 2 BV im Zusammenhang mit dem objektiven Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 1 BV) und somit nur unter Gesichtspunkten der Willkür.

im demokratischen Prozess erfolgten Bestimmung des öffentlichen Interesses hohes Gewicht bei und lässt Zurückhaltung bei der Infragestellung des auf diese Weise ermittelten Ergebnisses erkennen<sup>57</sup>. Auch können die Vorstellungen über das öffentliche Interesse zwischen den Kantonen variieren<sup>58</sup>. Entsprechendes gilt für Ungleichbehandlungen, die dem Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) unterliegen. Dem kantonalen Gesetzgeber bleibt unter dem Vorbehalt eines vernünftigen Grundes für die Ungleichbehandlung ein weiter Gestaltungsspielraum<sup>59</sup>, den das Bundesgericht ausdrücklich «nicht durch eigene Gestaltungsvorstellungen schmälert»<sup>60</sup>.

## 6. Kantonale Spielräume bei der Verhältnismässigkeit

Auch in Bezug auf die Beurteilung der Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV) einer Grundrechtseinschränkung verfügen die Kantone über erhebliche Freiräume<sup>61</sup>. Obschon das Bundesgericht die Verhältnismässigkeit einer Regelung grundsätzlich frei prüft, auferlegt es sich insbesondere dann Zurückhaltung, wenn sich ausgesprochene Ermessensfragen stellen oder besondere örtliche Umstände zu beurteilen sind<sup>62</sup>. Begründet wird dieser *judicial self-restraint*<sup>63</sup> bei der Würdigung örtlicher Umstände damit, dass die kantonalen Behörden diese besser kennen und überblicken<sup>64</sup>. Dies gilt namentlich in Politikbereichen, die primär Sache der Kantone sind<sup>65</sup>. Das Bundesgericht gesteht es dem kantonalen Gesetzgeber etwa mit Blick auf das Grundrecht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) zu, im Rahmen seines gesetzgeberischen Ermessens auch für Bagatellen Strafen anzudrohen<sup>66</sup>.

## 7. Verlagerung der Kontrolle auf nachträgliche und einzelfallbezogene Verfahren

In verfahrensrechtlicher Hinsicht zeigt sich die Toleranz bei der Überwachung der Einhaltung des Bundesrechts durch die Kantone anhand des Grundsatzes, dass die in ihren Grundrechten betroffenen Personen im Zweifel auf eine nachträgliche und einzelfallbezogene anstatt einer präventiven und generellen Rechtskontrolle verwiesen werden. Aus der Abstimmungsfreiheit (Art. 34 Abs. 2 BV) lässt sich grundsätzlich kein Anspruch darauf herleiten, dass mit dem übergeordneten Recht möglicherweise nicht im Einklang stehende Vorlagen präventiv nicht zur Abstimmung gelangen<sup>67</sup>. Das Bundesgericht führt dazu aus: «Der Umstand einer allfälligen Unrechtmässigkeit der zur Abstimmung unterbreiteten Vorlage führt in der Regel für sich allein zu keiner direkten Verletzung der freien und unverfälschten Willenskundgabe.»<sup>68</sup> Bei behördlichen Vorlagen, die dem obligatorischen oder fakultativen Referendum unterstehen, ist der möglicherweise negativ betroffene Grundrechtsträger folglich stets auf nachträglichen Rechtsschutz verwiesen.

Bei Volksinitiativen besteht ein Anspruch auf Unterlassung der Abstimmung, soweit das kantonale Recht ein obligatorisches Verfahren vorsieht, in dem die Vereinbarkeit von Volksinitiativen mit dem übergeordneten Recht überprüft wird<sup>69</sup>. Fehlt ein solches Verfahren, kann «die materielle Unrechtmässigkeit [...] regelmässig im Anschluss an die definitive Annahme einer kantonalen Initiative – jedenfalls soweit es sich um eine Gesetzesinitiative handelt – im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle oder im Einzelfall mittels inzidenter Normenkontrolle mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht geltend gemacht werden»<sup>70</sup>.

Die nachträglich durchzuführende gerichtliche Kontrolle der Vereinbarkeit mit den Grundrechten im Wege der abstrakten Normenkontrolle (Art. 82 Bst. b BGG) erfährt eine weitere Nuancierung, indem potenziell grundrechtsbetroffene Beschwerdeführer unter Umständen auf eine inzidente Geltendmachung der allfälligen Verfassungswidrigkeit bei der Anwendung im Einzelfall verwiesen werden. Das Bundesgericht dazu: «Erscheint eine generell-abstrakte Regelung unter normalen Verhältnissen, wie sie der Gesetzgeber voraussetzen durfte, als verfassungsrechtlich zulässig, so vermag die ungewisse Mög-

<sup>57</sup> Vgl. BGE 138 I 378 S. 394.

<sup>58</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (FN 26), N. 214.

<sup>59</sup> Zum weiten Gestaltungsspielraum der Kantone in Bezug auf Art. 8 Abs. 1 BV BGE 136 I 1 S. 6 m. w. N.

<sup>60</sup> BGE 138 I 321 S. 324; BGE 132 I 157 S. 163.

<sup>61</sup> Dazu SCHWEIZER (FN 51), Art. 36 Rn. 31.

<sup>62</sup> BGE 129 I 337 S. 344; BGE 116 Ia 118 S. 123.

<sup>63</sup> Zur Bedeutung des Selbstverständnisses eines Verfassungsgerichts für die Reichweite demokratischer Entscheidungskompetenz instruktiv MÜLLER (FN 5), 80.

<sup>64</sup> BGE 121 I 279 S. 284. Gegen eine Zurückhaltung bei der Überprüfung der Verhältnismässigkeit aus föderalistischen Gründen in Fällen schwer wiegender Grundrechtsbeeinträchtigungen SCHEFER (FN 52), 90.

<sup>65</sup> BGE 116 Ia 118 S. 123.

<sup>66</sup> BGE 138 IV 13 S. 26.

<sup>67</sup> In Bezug auf kantonale Volksinitiativen GRISEL (FN 6), N. 699; RHINOW/SCHEFER (FN 5), N. 776.

<sup>68</sup> BGE 139 I 195 S. 200.

<sup>69</sup> BGE 139 I 195 S. 198 f.; TORNAY (FN 19), 102.

<sup>70</sup> BGE 139 I 195 S. 199.



lichkeit, dass sie sich in besonders gelagerten Einzelfällen als verfassungswidrig auswirken könnte, ein Eingreifen des Verfassungsrichters im Stadium der abstrakten Normenkontrolle im Allgemeinen noch nicht zu rechtfertigen; [...]»<sup>71</sup>.

### III. Bundesrechtliche Grundrechtseinschränkungen und internationales Recht

#### A. Die Bedeutung völkerrechtlicher Grundrechtsgarantien

Die in der Bundesverfassung verankerten Grundrechte besitzen in der Rechtsetzungspraxis der Bundesversammlung eine verminderte Durchsetzungsfähigkeit. Zum einen hat die Gleichrangigkeit aller Verfassungsbestimmungen notwendigerweise zur Folge, dass in spezielleren Bestimmungen enthaltene Grundrechtseinschränkungen nicht den Voraussetzungen von Art. 36 BV unterliegen, sondern stets zulässig sind. So geht der in Art. 121 Abs. 3 BV angeordnete Verlust des Aufenthaltsrechts als *lex specialis* dem durch Art. 13 Abs. 1 BV geschützten Anspruch auf Achtung des Familienlebens vor. Entsprechend stellt die in Art. 59 Abs. 1 S. 1 BV einzig zulasten der Schweizer Männer angeordnete Militärdienstpflicht eine nicht am Grundrecht auf Gleichberechtigung von Frau und Mann (Art. 8 Abs. 3 S. 1 BV) zu messende Sonderregelung dar. Zum anderen ist die Bundesversammlung beim Erlass von Gesetzen zwar an die Grundrechte der Bundesverfassung gebunden (Art. 35 Abs. 2 BV), die Bundesgesetze sind jedoch für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend (Art. 190 BV). Das heisst sie müssen sie ungeachtet einer allfälligen Verletzung von Grundrechten anwenden.

Aufgrund der abgeschwächten Wirkungskraft der Grundrechte der Bundesverfassung gewinnen die völkerrechtlich verankerten Grundrechte erhöhte Bedeutung sowohl gegenüber grundrechtsrechtbeschränkenden Verfassungs- als auch Gesetzesnormen. Im Normalfall wirkt sich dies allerdings nicht aus, da die Grundrechte der Bundesverfassung über weite Strecken denjenigen der internationalen Menschenrechtskonventionen wie der EMRK und des UNO-Pakts II entsprechen<sup>72</sup>. Erst aufgrund der sich in bestimmten Bereichen auseinander entwickelnden

Rechtsetzung und Interpretation der Grundrechte wird ein Konflikt zwischen dem Landesrecht und dem Völkerrecht erzeugt.

#### B. Schwacher Grundrechtsbezug der Schranke des zwingenden Völkerrechts

Eine Verfassungsänderung darf die *zwingenden* Bestimmungen des Völkerrechts nicht verletzen (Art. 193 Abs. 4, Art. 194 Abs. 2 BV). Dies gilt auch für die auf eine Verfassungsänderung gerichtete Volksinitiative. In Entsprechung zu den allgemeinen rechtlichen Grenzen einer Verfassungsrevision sind nämlich Volksinitiativen für ungültig zu erklären, wenn sie gegen zwingendes Völkerrecht verstossen (Art. 139 Abs. 3 BV). Einschränkungen von Grundrechten sind daher auf der Grundlage der Bundesverfassung unzulässig, sofern dadurch zwingende Bestimmungen des Völkerrechts verletzt werden.

Hieraus lassen sich jedoch kaum relevante Begrenzungen herleiten, denn der Begriff der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts ist entgegen einer teilweise in der Literatur vertretenen Auffassung, die ihn auf regionales Völkerrecht wie die EMRK ausdehnen möchte<sup>73</sup>, eng auszulegen<sup>74</sup>. Gemäss Art. 53 WVK<sup>75</sup> ist eine zwingende Norm des allgemeinen Völkerrechts eine Norm, die von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt wird als eine Norm, von der nicht abgewichen werden darf und die nur durch eine spätere Norm des allgemeinen Völkerrechts derselben Rechtsnatur geändert werden kann.

Als Beispiele für mit den zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts im Sinne der Bundesverfassung gleich-

<sup>71</sup> BGE 134 I 293 S. 295.

<sup>72</sup> Siehe auch ANDREAS ZÜND, Grundrechtsverwirklichung ohne Verfassungsgerichtsbarkeit, AJP/PJA 2013, 1349 (1351).

<sup>73</sup> Vgl. BIAGGINI (FN 20), Art. 139 Rn. 13; RHINOW/SCHEFER (FN 5), N. 3602, 3605; DANIEL THÜRER, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in: Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller/Daniel Thürer (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 11 Rn. 14 f. Differenzierend für eine «integrierende Auslegung» REICH (FN 13), 979 (1008 ff.); ebenfalls vermittelnd ROGER NOBS, Volksinitiative und Völkerrecht, Zürich/St. Gallen 2006, 106 f.

<sup>74</sup> Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBl 2011, 3613, 3625 ff., 3628. Ebenso unter Rückgriff auf die insofern eindeutige Entstehungsgeschichte der Vorschriften GRODEK-KI (FN 13), 95 (135, 138); HANGARTNER/KLEY (FN 23), N. 554; HELEN KELLER/MARKUS LANTER/ANDREAS FISCHER, Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung, ZBl 109 (2008), 121 (142 f.); JÖRG KÜNZLI, Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, ZSR 2009 I, 47 (65); TSCHANNEN (FN 22), § 44 Rn. 25.

<sup>75</sup> Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (WVK; SR 0.111).

zusetzendes *ius cogens* allgemein anerkannt sind das Folterverbot, das Verbot von Völkermord, das Gewaltverbot, wie es in der UNO-Charta geregelt ist, die Gleichheit der Staaten sowie gewisse Grundregeln des humanitären Völkerrechts<sup>76</sup>. Eine Verfassungsänderung, die einen Verstoß gegen das *non-refoulement*-Prinzip<sup>77</sup> nach sich zöge, wäre dementsprechend ebenfalls unzulässig<sup>78</sup>. Weitere Grundrechte, selbst wenn sie für die Schweiz von überragender Bedeutung sind, gehören demgegenüber nicht zum zwingenden Völkerrecht<sup>79</sup>. Die allermeisten Grundrechtseinschränkungen stellen somit keine Verletzung von zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts dar. Dies trifft auf die bereits verabschiedeten Vorschriften des Minarett-Verbots (Art. 72 Abs. 3 BV) und der Pflicht zur Ausschaffung (Art. 121 Abs. 3–6 BV) ebenso zu wie auf eine allfällige Volksinitiative für ein Verhüllungsverbot.

### C. Kein Rangverhältnis zwischen Bundesrecht und sonstigem Völkerrecht

In Bezug auf die Vereinbarkeit des Bundesrechts mit dem sonstigen Völkerrecht ist die Verfassungsrechtslage umstritten<sup>80</sup>. Auf relativ gesicherter Basis von Staatspraxis und Rechtsprechung bewegen sich die Ansätze zur Auflösung eines Widerspruchs zwischen völkerrechtlichen Normen und der Gesetzgebung. Das Bundesgericht hatte in diesem Verhältnis bereits seit langem einen grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts angenommen, der unter dem Vorbehalt galt, dass der Gesetzgeber einen Konflikt mit dem Völkerrecht ausdrücklich in Kauf genommen hatte<sup>81</sup>. Mittlerweile anerkennt das Bundesgericht darüber hinaus im Falle eines Normkonflikts zwischen Bundes- und Völkerrecht einen generellen Vorrang der völkerrechtlichen Verpflichtungen, wenn es um Abkommen geht, die

Menschen- oder Grundrechte zum Gegenstand haben<sup>82</sup>. Selbst eine später erlassene, dem Völkerrecht entgegenstehende gesetzliche Vorschrift des Bundes soll daher im Interesse der Beachtungspflicht nach Art. 5 Abs. 4 BV regelmässig unanwendbar sein, auch um einer Verurteilung der Schweiz durch den EGMR vorzubeugen<sup>83</sup>. Dies hätte beispielsweise zur Folge, dass ein die Grundrechte einschränkendes Bundesgesetz unangewendet bliebe, sofern sich ein Widerspruch zur EMRK ergäbe.

Als noch heikler stellt sich der Konflikt zwischen völkerrechtlichen Bestimmungen und einer später erlassenen Verfassungsnorm dar<sup>84</sup>. Aus Art. 194 Abs. 2 BV, wonach Verfassungsänderungen untersagt sind, die den zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts widersprechen, muss unter systematischen Gesichtspunkten der Umkehrschluss gezogen werden, dass Verfassungsänderungen, die andere völkerrechtliche Normen nicht beachten, zulässig sind<sup>85</sup>. Dies gilt gleichermaßen für durch eine Volksinitiative und durch die Bundesversammlung initiierte Verfassungsänderungen<sup>86</sup>. Insbesondere auch aus dem in Art. 5 Abs. 4 BV verankerten rechtsstaatlichen Grundsatz, wonach Bund und Kantone das Völkerrecht «beachten», lässt sich nichts Gegenteiliges entnehmen<sup>87</sup>. Art. 5 Abs. 4 BV stellt anders als Art. 49 Abs. 1 BV keine eigentliche Kollisionsnorm dar<sup>88</sup>. Er beauftragt zwar die Behörden, das Völkerrecht zu beachten<sup>89</sup>, lässt aber Re-

<sup>76</sup> Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, Bericht des Bundesrates, BBl 2010, 2263, 2283. Siehe GRISEL (FN 6), N. 659. Zur Definition des *ius cogens* BGE 133 II 450 S. 461 f.

<sup>77</sup> Genauer zum Grundsatz des *non-refoulement* AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (FN 26), N. 1193 ff.

<sup>78</sup> Näher dazu HÄFELIN/HALLER/KELLER (FN 13), N. 1756. Kritisch GRISEL (FN 6), N. 661 ff.

<sup>79</sup> BGE 133 II 450 S. 462.

<sup>80</sup> Sehr instruktiv die Einordnung der Diskussion in den geschichtlichen Zusammenhang durch ANDREAS KLEY, Die Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2011, 347 ff.

<sup>81</sup> Es handelt sich dabei um die sogenannte «Schubert»-Praxis beginnend mit BGE 99 Ib 39 S. 43 f.; siehe auch BGE 138 II 524 S. 533 f.; BGE 136 III 168 S. 172 f. Ausführlich zur Rechtsprechung des Bundesgerichts in historischer Entwicklungsperspektive ROBERT BAUMANN, Die Tragweite der Schubert-Praxis, AJP/PJA 2010, 1009 (1010 ff.).

<sup>82</sup> BGE 139 I 16 S. 28; BGE 125 II 417 S. 425. So auch AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (FN 20), N. 1356; RHINOW/SCHEFER (FN 5), N. 3637; THÜRER (FN 73), § 11 Rn. 29. Für einen Vorrang jedenfalls der EMRK HÄFELIN/HALLER/KELLER (FN 13), N. 1926a.

<sup>83</sup> BGE 139 I 16 S. 29. Vgl. ausserdem ZÜND (FN 72), 1349 (1351). Für einen Vorrang bewusst völkerrechtswidrigen Landesrechts aber MARCO SASSÖLI, Völkerrecht und Landesrecht: Plädoyer eines Völkerrechtlers für Schubert, in: François Bellanger/Jacques de Werra (Hrsg.), Genève au confluent du droit interne et du droit international – Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Genève à la Société Suisse des Juristes à l'occasion du Congrès 2012, Zürich 2012, 185 (194 ff.); FELIX SCHÖBI, Vorrang der EMRK vor Bundesgesetzen? – Bemerkungen zu BGE 136 III 168, recht 2010, 131 (135 f.).

<sup>84</sup> Offen gelassen in Bezug auf die EMRK bei HÄFELIN/HALLER/KELLER (FN 13), N. 1926b.

<sup>85</sup> Zutreffend BGE 139 I 16 S. 29. Ebenso AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (FN 20), N. 1352; HANGARTNER/KLEY (FN 23), N. 557; TSCHANNEN (FN 22), § 44 Rn. 26a.

<sup>86</sup> Allgemein HANGARTNER/KLEY (FN 23), N. 526. Speziell zu Volksinitiativen GRISEL (FN 6), N. 657; TORNAY (FN 19), 144.

<sup>87</sup> Siehe Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBl 2011, 3613, 3653.

<sup>88</sup> BIAGGINI (FN 23), § 9 Rn. 28; MALINVERNI (FN 16), 453 (461).

<sup>89</sup> REICH (FN 13), 979 (994).

lativierungen im Sinne eines Ausnahmeverhalts zu<sup>90</sup>. Selbst wenn man dies anders sehen wollte, entstünde durch eine völkerrechtswidrige Norm der Bundesverfassung ein Widerspruch auf der gleichen Hierarchieebene. Dieser Widerspruch wäre nach den allgemeinen Auslegungsregeln zugunsten der im Verhältnis zu Art. 5 Abs. 4 BV stets als *lex specialis* einzustufenden völkerrechtswidrigen Norm aufzulösen<sup>91</sup>. Dieses Ergebnis wird durch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift bestätigt<sup>92</sup>. Bei der Ausarbeitung der Bundesverfassung gingen weder die Mitglieder des Bundesrates noch jene der Eidgenössischen Räte von einem strikten Vorrang des Völkerrechts vor der Bundesverfassung aus.

Der Bundesrat fasst die Verfassungsrechtslage zutreffend wie folgt zusammen: «Die Bundesverfassung enthält keine ausdrückliche Vorschrift für den Fall, dass eine Verfassungsbestimmung in Konflikt zu einer völkerrechtlichen Bestimmung gerät. Insbesondere enthält sie keine absolute Regel der Art, dass in einem solchen Fall das Völkerrecht stets vorgehen soll, oder dass umgekehrt eine Verfassungsbestimmung stets Vorrang genieße.»<sup>93</sup> Ein allfälliger Widerspruch zwischen der Bundesverfassung und einem Grundrecht der EMRK ist daher, wie das Bundesgericht richtigerweise feststellt, im Rechtsanwendungsfall aufzulösen<sup>94</sup>. Die in der Literatur vertretene Auffassung, die einen abstrakten Geltungsvorrang völkerrechtlicher Bestimmungen vor der Bundesverfassung annimmt<sup>95</sup>, hat das Bundesgericht ebenso wenig weiterverfolgt wie die vorgeschlagene ausdehnende Interpretation des Begriffs der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts im Zusammenhang mit den Ungültigkeitsgründen in Art. 139 Abs. 3 BV<sup>96</sup>.

Das Bundesgericht hat allerdings im Weiteren in nicht entscheidender Erwägungen ausgeführt, dass es sich grundsätzlich an die aus der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR fließenden Vorgaben gebunden sieht<sup>97</sup>. Dabei trägt es der vom Verfassungsgeber zum Ausdruck gebrachten Wertung insoweit Rechnung, «als dies zu keinem Widerspruch zu übergeordnetem Recht bzw. zu Konflikten mit dem Beurteilungsspielraum führt, den der EGMR den einzelnen Konventionsstaaten bei der Umsetzung [...] zugesteht»<sup>98</sup>. Das Bundesgericht begründet seine Auffassung mit dem Umstand, dass die Schweiz mit der EMRK und der Möglichkeit der Individualbeschwerde nicht nur die materiellen Garantien, sondern auch deren Durchsetzungsmechanismus und die Pflicht übernommen hat, künftige Konventionsverletzungen nötigenfalls gar durch eine Anpassung des nationalen Rechts zu verhindern<sup>99</sup>. Ob und inwieweit sich dieser mit Blick auf die starke demokratische Legitimation der Bundesverfassung zu erheblichen Bedenken Anlass gebende Ansatz gleichwohl als Ausgangspunkt für einen gangbaren Weg eignen könnte<sup>100</sup>, soll abschliessend vor dem Hintergrund der in der aktuellen Diskussion aufgeworfenen rechtspolitischen Optionen erörtert werden.

#### IV. Rechtspolitische Optionen: Stärkung des Grundrechtsschutzes versus Primat der Politik

##### A. Vorrang völkerrechtlicher Menschenrechtsvereinbarungen

Angesichts der nicht ausdrücklich geregelten Rechtslage des Verhältnisses der Bundesverfassung zum Völkerrecht wird teilweise eine Klarstellung in die eine oder die andere Richtung für unumgänglich gehalten<sup>101</sup>. In der rechtswissenschaftlichen Literatur findet sich die Tendenz, den völkerrechtlichen Verpflichtungen Vorrang vor der Bundesverfassung einzuräumen<sup>102</sup>. Dieser Ansatz wird inso-

<sup>90</sup> NOBS (FN 73), 284.

<sup>91</sup> Zutreffend ROBERT BAUMANN, Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBI 111 (2010), 241 (262); Yvo HANGARTNER, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 2. A., Zürich/St. Gallen 2008, Art. 5 Rn. 49.

<sup>92</sup> Zur historischen Auslegung: Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, Bericht des Bundesrates, BBI 2010, 2263, 2305.

<sup>93</sup> Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, Bericht des Bundesrates, BBI 2010, 2263, 2308.

<sup>94</sup> So mit Recht BGE 139 I 16 S. 29. Für einen Vorrang jüngerer Verfassungsrechts mit ausführlicher Begründung BAUMANN (FN 91), 241 (260 ff.).

<sup>95</sup> Entsprechend zur Rechtslage unter der aBV ASTRID EPINEY, Das Primat des Völkerrechts als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips, ZBI 95 (1994), 537 (559 f.). Ablehnend mit überzeugenden Argumenten BAUMANN (FN 91), 241 (264 ff.).

<sup>96</sup> Ebenso die Einschätzung von GRODECKI (FN 13), 95 (130); Yvo HANGARTNER, Bundesgerichtlicher Positionsbezug zum Verhältnis von Bundesverfassung und Völkerrecht, AJP/PJA 2013, 698 (702).

<sup>97</sup> BGE 139 I 16 S. 31. Siehe dazu ASTRID EPINEY, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht aus der Sicht des Bundesgerichts, Jusletter vom 18. März 2013, Rz. 29 ff.

<sup>98</sup> BGE 139 I 16 S. 31.

<sup>99</sup> BGE 139 I 16 S. 30. Zustimmend HANGARTNER (FN 96), 698 (703); in diese Richtung auch bereits TORNAY (FN 19), 144 f.

<sup>100</sup> In diesem Sinne auch GIOVANNI BIAGGINI, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, ZBI 114 (2013), 316 (332).

<sup>101</sup> Vgl. MOECKLI (FN 13), 774 (785).

<sup>102</sup> Vgl. dazu VINCENT MARTENET, La validité des initiatives populaires fédérales, in: Andrea Good/Bettina Platipodis (Hrsg.),

weit eingeschränkt, als «eine Menschenrechtsgarantie in der Bundesverfassung einem technischen Abkommen auf internationaler Ebene vorgehen müsste»<sup>103</sup>. Bei als wenig bedeutsam erachteten völkerrechtlichen Verträgen werden der Bruch und die darauf folgende Inkaufnahme von Sanktionen durchaus für opportun erachtet<sup>104</sup>. Umgekehrt soll der Vorrang des Völkerrechts vor der Bundesverfassung wiederum auf «nichtfundamentale» verfassungsrechtliche Normen begrenzt werden<sup>105</sup>. Die meisten Stellungnahmen konzentrieren sich daher auf einen Vorrang wichtiger völkerrechtlicher Bestimmungen, zumal menschenrechtlicher Konventionen, vor der Bundesverfassung<sup>106</sup>. Im Einzelnen wird vorgeschlagen, den «droits fondamentaux de la personne humaine, en tout cas ceux qui sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte II», Vorrang einzuräumen<sup>107</sup>.

Die rechtspolitische Forderung nach einem Vorrang völkerrechtlicher Bestimmungen wird begleitet von einer Ausdehnung der Ungültigkeitsgründe für Volksinitiativen<sup>108</sup>, werden diese doch als hauptsächliche Ursache für einen Konflikt angesehen, der bereits in seinem Ausgangspunkt eingedämmt werden soll<sup>109</sup>. Ein ausgearbeiteter Entwurf für eine Änderung von Art. 139 Abs. 3 BV wurde von STÉPHANE GRODECKI anlässlich des Schweizerischen Juristentags 2013 in Appenzell unterbreitet: «Lorsqu'une initiative populaire ne respecte pas le principe de l'unité de forme, celui de l'unité de matière, les règles impératives du droit international ou les règles des droits de l'homme garanties par la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, l'Assemblée fédérale la déclare totalement ou partiellement nulle.»<sup>110</sup>

Ein kaum überwindbares faktisches Hindernis für die Realisierung dieses Vorschlages besteht indessen bereits darin, dass es der Urheber selbst als zwingend ansieht, das Bundesgericht mit der Kontrolle der Gültigkeit von Volksinitiativen zu betrauen<sup>111</sup>. In der Sache zwar zutreffend wird darauf hingewiesen, dass das Bundesgericht tendenziell eher als die Bundesversammlung in der Lage sein dürfte, die sich ständig im Wandel befindliche Rechtsprechung des EGMR zur EMRK bei der Gültigkeitsprüfung zu berücksichtigen. Es bestehen aber weder von Seiten des Bundesrates noch von Seiten der Bundesversammlung Bestrebungen, dem Bundesgericht die Gültigkeitskontrolle in Bezug auf Volksinitiativen zu übertragen<sup>112</sup>.

Die Vorschläge zugunsten eines generellen Vorrangs bestimmter völkerrechtlicher Vereinbarungen vor den Normen der Bundesverfassung vermögen darüber hinaus auch inhaltlich nicht zu überzeugen. Zunächst ist es unter dem Blickwinkel demokratischer Legitimation nicht gerechtfertigt, völkerrechtlichen Vereinbarungen unbesehen Vorrang vor der direktdemokratisch durch die doppelte Mehrheit von Volk und Ständen in hohem Mass legitimierten Bundesverfassung zuzubilligen<sup>113</sup>. Die mitunter schwache Legitimation völkerrechtlicher Verträge wird beispielsweise anhand der in Rede stehenden EMRK deutlich. Diese wurde im Jahr 1974 durch die Bundesversammlung in Form eines einfachen Bundesbeschlusses genehmigt und unterstand damit nicht dem fakultativen Referendum<sup>114</sup>. Die UNO-Pakte I und II hingegen wurden durch referendumspflichtigen Bundesbeschluss genehmigt<sup>115</sup>, das Referendum wurde nicht ergriffen. Auch in diesem Fall ist die demokratische Legitimation im Vergleich zu einer Verfassungsbestimmung indes schwächer.

Vor allem könnte die mit dem postulierten Vorrang völkerrechtlicher Menschenrechtskonventionen einhergehende Ausdehnung der Ungültigkeitsgründe für

Direkte Demokratie, Festschrift für Andreas Auer, Bern 2013, 149 (153 f.). Bereits frühzeitig unter – wenig überzeugender – Berufung auf das verfassungsrechtlich anerkannte Rechtsstaatsprinzip EPINEY (FN 95), 537 (557); mit Recht ablehnend REICH (FN 13), 979 (994).

<sup>103</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER (FN 13), N. 1922.

<sup>104</sup> GRODECKI (FN 13), 95 (148).

<sup>105</sup> RHINOW/SCHEFER (FN 5), N. 3644.

<sup>106</sup> Über internationale Abkommen hinaus auch für einen Vorrang der Grund- und Menschenrechte der Bundesverfassung GIUSEP NAY, Das Volk hat nicht immer Recht, in: Andrea Good/Bettina Platipodis (Hrsg.), Direkte Demokratie, Festschrift für Andreas Auer, Bern 2013, 163 (172).

<sup>107</sup> MALINVERNI (FN 16), 453 (466).

<sup>108</sup> So bereits EPINEY (FN 95), 537 (560).

<sup>109</sup> Exemplarisch EPINEY (FN 97), Rz. 41 f.; MALINVERNI (FN 16), 453 (466); NAY (FN 106), 163 (173 f.).

<sup>110</sup> GRODECKI (FN 13), 95 (144). Für einen neuen Ungültigkeitsgrund der «Bestimmungen des Völkerrechts, die für die Schweiz von

vitaler Bedeutung sind» KELLER/LANTER/FISCHER (FN 74), 121 (149).

<sup>111</sup> So ausdrücklich GRODECKI (FN 13), 95 (145): «A notre sens, la modification proposée de l'article 139 al. 3 Cst. ne pourrait pas se faire sans l'introduction parallèle d'un contrôle judiciaire de la validité des initiatives populaires fédérales». Stattdessen für die Einsetzung eines sachverständigen Kontrollgremiums KELLER/LANTER/FISCHER (FN 74), 121 (151).

<sup>112</sup> Siehe auch MOECKLI (FN 13), 774 (790).

<sup>113</sup> Zu diesem Aspekt der Legitimation auch THÜRER (FN 73), § 11 Rn. 31.

<sup>114</sup> Der Bundesrat ging aufgrund der Kündbarkeit der EMRK entgegen anderslautender Stimmen im Parlament davon aus, dass der Genehmigungsbeschluss nicht dem fakultativen Staatsvertragsreferendum (Art. 89 Abs. 3 und 4 aBV) unterstehe. Vgl. BBl 1974, I 1035 1061 ff.

<sup>115</sup> Siehe BBl 1991, 1189, 1208.

Volksinitiativen zu einem erheblichen Bedeutungsverlust dieses das schweizerische Verfassungsgefüge tragenden Elements direktdemokratischer Mitentscheidung führen. Nicht wenige Gegenstände von Volksinitiativen der vergangenen Jahre wären möglicherweise a priori von der politischen Agenda verbannt. Es ist nicht auszuschliessen, dass den Stimmberechtigten in bestimmten Sachbereichen, vor allem des Straf- und des Migrationsrechts, aber auch der Sozialpolitik, die Chance genommen würde, die Politik zu beeinflussen. Die Volksinitiative könnte in der Folge einen Teil ihrer insgesamt bewährten Systemfunktion<sup>116</sup> einbüßen.

Hinzuweisen ist schliesslich auf die Gefahr der Asymmetrie, die durch einen Vorrang der Menschenrechtskonventionen im Hinblick auf andere völkerrechtliche Verpflichtungen entstehen könnte. Das Problem stellt sich insbesondere im Hinblick auf die zwischen der Schweiz und der EU geschlossenen bilateralen Verträge sowie die Abkommen von Schengen und Dublin. Hieraus kann die Schweiz unter Umständen mit gleicher Verbindlichkeit verpflichtet sein, die Garantien der EMRK oder der UNO-Pakte zu beschneiden. Der gegenüber dem nationalen Verfassungsrecht angeordnete Vorrang wäre mit Blick auf sonstiges Völkerrecht wirkungslos. Das Problem dürfte sich zwar durch den Beitritt der EU zur EMRK künftig entschärfen, bleibt aber in Bezug auf andere völkerrechtliche Verträge relevant. Da das Völkerrecht keine interne Normenhierarchie kennt, kann diesbezüglich nicht mit der besonderen Wichtigkeit der Menschenrechtskonventionen argumentiert werden<sup>117</sup>.

Der Bundesrat hat denn auch seinen ursprünglichen Vorschlag, die Ungültigkeitsgründe für Volksinitiativen im Interesse einer besseren Vereinbarkeit von Landesrecht und Völkerrecht um den «Kerngehalt der Grundrechte» zu erweitern<sup>118</sup>, mittlerweile aufgegeben<sup>119</sup>. Die Volksinitiative wird so vor erheblicher Rechtsunsicherheit bewahrt,

die durch den unbestimmten und in der Verfassungspraxis bislang nicht hinreichend konkretisierten Begriff<sup>120</sup> des Kerngehalts der Grundrechte (Art. 36 Abs. 4 BV) in die von der Bundesversammlung zu treffende Entscheidung über die Gültigkeit von Volksinitiativen hineingetragen worden wäre<sup>121</sup>.

## B. Vorrang der bundesrechtlichen Grundrechtseinschränkungen

Die Pläne zu einer weiteren Aufwertung des Völkerrechts im Verhältnis zur Bundesverfassung werden teilweise nicht nur als zu weitgehend abgelehnt, sondern diesem Vorhaben werden konträre Entwürfe in Richtung eines Vorrangs der Bundesverfassung entgegen gesetzt. Zum einen geschieht dies durch bereichsbezogene Ausnahmeklauseln von völkerrechtlichen Verpflichtungen. So wird mit der Volksinitiative «Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)» vorgeschlagen, die Bundesverfassung in Form einer direkt anwendbaren Übergangsbestimmung zu Art. 121 BV dahingehend zu ergänzen, dass die Bestimmungen über die Landesverweisung und deren Vollzugsmodalitäten dem nicht zwingenden Völkerrecht vorgehen (Art. 197 Ziff. 9 IV BV)<sup>122</sup>. Welche Folgen sich hieraus für die völkerrecht-

<sup>116</sup> Übersichtlich zu den Einwirkungen der Volksinitiative auf das politische System BERNHARD EHRENZELLER/ROGER NOBS, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 2. A., Zürich/St. Gallen 2008, Vorbemerkungen zu Art. 136–142 Rn. 19 ff.; REICH (FN 13), 979 (986 ff.).

<sup>117</sup> Unter diesem Gesichtspunkt nicht zu Unrecht vor der Gefahr «politischer Ränkespiele» warnend KÜNZLI (FN 74), 47 (66).

<sup>118</sup> Schweizerischer Bundesrat, Erläuternder Bericht zu den Änderungen des Bundesgesetzes über die politischen Rechte (BPR) und der Bundesverfassung (BV), 21 ff., Vorlage B vom Januar 2013. Siehe zur Verbindung zwischen dem zwingenden Völkerrecht und dem Kerngehalt der Grundrechte MARKUS SCHEFER, Die Kerngehalte von Grundrechten, Bern 2001, 171 f.

<sup>119</sup> Medienmitteilung des Bundesrates vom 13.12.2013.

<sup>120</sup> Siehe zu dem bescheidenen in Lehre und Praxis anerkannten Bestand an Kerngehalten von Grundrechten Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBl 2011, 3613, 3643 f. Kritisch daher auch CHRISTOPHE HERZIG, Völkerrecht versus Landesrecht im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Jusletter vom 8. April 2013, Rz. 42.

<sup>121</sup> Beleg hierfür ist die grosse Anzahl von Stimmen im Parlament entgegen der jeweiligen Empfehlung des Bundesrates für die Ungültigkeit bestimmter Volksinitiativen bereits unter geltender Rechtslage, also gestützt auf eine nur schwer vertretbare erweiternde Auslegung des Begriffs der «zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts» in Art. 139 Abs. 3 BV. Die Stimmenverhältnisse betreffend die Gültigkeit waren bei der Volksinitiative «für demokratische Einbürgerungen» im Nationalrat 132:49 (AB 2007 N 760), im Ständerat kein Antrag, bei der Verwahrunginitiative 108:48 (AB 2003 N 303), im Ständerat kein Antrag, bei der Minarett-Initiative im Nationalrat 128:53 (AB 2009 N 118), im Ständerat 24:16 (AB 2009 S 545) und bei der Ausschaffunginitiative im Nationalrat 118:69 (AB 2010 N 711), im Ständerat 28:13 (AB 2010 S 328).

<sup>122</sup> Als zwingendes Völkerrecht sollen ausschliesslich gelten das Verbot der Folter, des Völkermords, des Angriffskrieges, der Sklaverei sowie das Verbot der Rückschiebung in einen Staat, in dem Tod oder Folter drohen. Siehe dazu SÉVERINE KNUCHEL, Initiatives populaires et droit international: quelques réflexions sur le chiffre IV de l'initiative populaire fédérale «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en oeuvre)», Jusletter 11. November 2013, Rz. 18. Unter Hinweis auf eine – nach richtiger Auffassung allerdings abzulehnende – erweiternde Auslegung des

lich gleichwohl bestehenden Pflichten der Schweiz ergeben sollen, bleibt offen. Klarheit schafft diesbezüglich die Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung», die in einem neuen Art. 121a BV die Steuerung der Zuwanderung verlangt. Da die Initianten einen Widerspruch zum Freizügigkeitsabkommen mit der EU offenbar beabsichtigen, schlagen sie als Übergangsbestimmung konsequenterweise vor: «Völkerrechtliche Verträge, die Artikel 121a widersprechen, sind innerhalb von drei Jahren nach dessen Annahme durch Volk und Stände neu zu verhandeln und anzupassen.» Der bereichsspezifisch postulierte Vorrang der Bundesverfassung vor bestimmten völkerrechtlich abgesicherten Rechten führt demnach zu Neuverhandlungen und einseitigen Vorbehalten sowie regelmässig, da dies nicht möglich sein wird<sup>123</sup>, zum Bruch oder zur Kündigung<sup>124</sup> der einschlägigen Vereinbarung.

Zum anderen verfolgen zwei parlamentarische Initiativen einen weitergehenden generellen Ansatz. So wird vorgeschlagen, Art. 5 Abs. 1 BV dahingehend zu ändern, dass die Bundesverfassung über dem Völkerrecht stünde und ihm unter Vorbehalt der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts vorgehe<sup>125</sup>. Art. 5 Abs. 4 BV, wonach Bund und Kantone das Völkerrecht beachten, solle gestrichen werden. Auf diese Weise werde der Gleichklang mit den Ungültigkeitsgründen für Volksinitiativen (Art. 139 Abs. 3 BV) sichergestellt, die Beachtung des für die Schweiz verbindlichen Völkerrechts aber nicht unterlaufen. Ausserdem sollten gemäss einem neu zu schaffenden Art. 190 Abs. 2 BV Bundesgesetze dem Völkerrecht vorgehen, es sei denn ein völkerrechtlicher Vertrag, dessen Genehmigungsbeschluss dem Referendum unterstanden hat, sei nach Erlass eines Bundesgesetzes von der Bundesversammlung genehmigt worden<sup>126</sup>. Zugleich solle der Bundesrat durch eine Neufassung von Art. 184 Abs. 2 BV verpflichtet werden, völkerrechtliche Verträge, die der Bundesverfassung oder einem Bundesgesetz widerspre-

chen, neu auszuhandeln oder zu kündigen. Die Bundesgesetzgebung wäre nur anzupassen, wenn ein völkerrechtlicher Vertrag, der dem Referendum unterstanden hat, nach Erlass eines Bundesgesetzes von der Bundesversammlung genehmigt wurde.

Den strikten Vorrang des Völkerrechts vermeidend und dabei den Gedanken einer Unterscheidung zwischen «wichtigem» und «unwichtigem» Völkerrecht ausdifferenzierend wird schliesslich versucht, unter Bezugnahme auf die jeweilige demokratische Legitimation der Rechtsquelle eine innerstaatliche Rangordnung völkerrechtlicher Normen aufzustellen. Danach stünden beispielsweise die Bundesverfassung und Völkerrecht, das dem obligatorischen Referendum unterstand, ebenso auf jeweils einer Stufe wie Bundesgesetze und Völkerrecht, das dem fakultativen Referendum unterstand<sup>127</sup>. Bei einem Konflikt zwischen Normen der gleichen Stufe käme entweder im Regelfall oder zumindest in einem qualifizierten Fall der später erlassenen Regelung Vorrang zu. Die Bundesverfassung genösse dementsprechend insoweit Vorrang vor völkerrechtlichen Grundrechtsgarantien.

Diese Konzeptionen bringen zwar den hohen Eigenwert direktdemokratisch legitimierter Rechtsetzung zur Geltung, sie tragen indessen, jedenfalls soweit sie allgemein formuliert sind, den Eigenheiten des Völkerrechts nicht hinreichend Rechnung. Für eng begrenzte Sachbereiche wie bei der Masseneinwanderungsinitiative im Hinblick auf das Freizügigkeitsabkommen stellt es einen gangbaren Weg dar, der Bundesverfassung Vorrang einzuräumen und für das betroffene Abkommen klare Handlungsanweisungen zu skizzieren. Auch bei der Durchsetzungsinitiative lässt sich ungefähr absehen, wie sich ein Konflikt mit der EMRK bewältigen liesse. Die Schweiz könnte ausnahmsweise einen Bruch des Völkerrechts eingestehen und die Sanktion in Kauf nehmen oder gar die EMRK kündigen<sup>128</sup>.

Würde hingegen ein genereller Vorrang der Bundesverfassung vor völkerrechtlichen Verträgen postuliert, und sei er auch nur auf später erlassene Bestimmungen in einem qualifizierten Fall beschränkt, stünde dies im Widerspruch zu allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen, wonach einmal geschlossene Verträge einzuhalten sind<sup>129</sup> und nicht unter Berufung auf die innerstaatliche Rechtsordnung gebrochen werden dürfen<sup>130</sup>. Ein

Begriffes in Art. 139 Abs. 3 BV für die teilweise Ungültigkeit der Initiative HANGARTNER (FN 96), 698 (705).

<sup>123</sup> Vgl. KÜNZLI (FN 74), 47 (68).

<sup>124</sup> Näher zum Zusammenhang von völkerrechtswidrigen Volksinitiativen mit der Kündigung des betreffenden völkerrechtlichen Vertrages NINA BLUM/VERA NAEGELI/ANNE PETERS, Die verfassungsmässigen Beteiligungsrechte der Bundesversammlung und des Stimmvolkes an der Kündigung völkerrechtlicher Verträge, ZBl 114 (2013), 527 (553 ff.). Allgemein zu den Handlungsoptionen auf völkerrechtlicher Ebene bei Annahme einer völkerrechtswidrigen Volksinitiative NOBS (FN 73), 355 ff.

<sup>125</sup> 13.452 – Parlamentarische Initiative «Verfassungsrecht vor Völkerrecht» (Brand).

<sup>126</sup> 13.458 – Parlamentarische Initiative «Regelung des Verhältnisses zwischen Bundesgesetzen und Staatsverträgen» (Stamm).

<sup>127</sup> 13.3805 – Postulat «Klares Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht» (Caroni).

<sup>128</sup> Ebenso in Bezug auf klar identifizierbare konfligierende Normen des Völkerrechts KÜNZLI (FN 74), 47 (68).

<sup>129</sup> Art. 26 WVK.

<sup>130</sup> Art. 27 WVK.

genereller Vorbehalt, völkerrechtliche Bestimmungen im Wege des Erlasses von Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen missachten zu dürfen, würde die internationale Handlungsfähigkeit der Schweiz erheblich beschränken und ihre Glaubwürdigkeit empfindlich treffen<sup>131</sup>. Insbesondere beim Abschluss oder der Erneuerung detaillierter Vertragswerke wie den bilateralen Verträgen mit der EU müsste sich die Schweiz widersprüchliches Verhalten vorwerfen lassen, übernehme sie zwar einerseits genau definierte Vertragspflichten, würde diese aber andererseits im Bedarfsfall unter Berufung auf die interne Rechtsordnung nicht einhalten.

Letztlich wäre der angeordnete Vorrang der Bundesverfassung im internationalen Recht daher unter Umständen im Hinblick auf bestimmte Verträge unter dem Gesichtspunkt des als völkerrechtlicher Grundsatz anerkannten Gebots von Treu und Glauben bei der Vertragserfüllung<sup>132</sup> unbeachtlich. Es handelte sich somit um eine an die schweizerischen Behörden gerichtete Verpflichtung, das Völkerrecht unter Inkaufnahme der dort vorgesehenen Sanktionen zu brechen. Ein genereller Vorrang des Landesrechts vor dem Völkerrecht käme folglich einem schleichenden Rückzug der Schweiz aus der Völkerrechtsgemeinschaft gleich. Es ist eine Frage politischer Opportunität, ob dies erwünscht ist. Zu bedenken ist, dass beispielsweise nach einem Austritt aus der EMRK auch Schweizerinnen und Schweizer gegenüber der Schweiz nicht mehr die dort verankerten Menschenrechtsgarantien geltend machen könnten.

## V. Entfaltung von direkter Demokratie und Grundrechten im rechtlichen status quo

### A. Normen der Bundesverfassung als Optimierungsgebote

In Anbetracht der mit starren Vorrangregeln für die direkte Demokratie einerseits oder die Grundrechte andererseits verbundenen Unsicherheiten sollen abschliessend mögliche Lösungsansätze aufgezeigt werden, wie sich unter der geltenden Bundesverfassung eine Zuspitzung der Thematisierung von Grundrechtseinschränkungen durch direkt-demokratisch gefällte Entscheide verhindern lässt<sup>133</sup>. Zunächst ist daran zu erinnern, dass die Bestimmungen der

Bundesverfassung aufgrund ihrer hohen demokratischen Legitimation durch Volk und Stände nicht leichtfertig in Frage gestellt werden dürfen. Ihnen ist demzufolge ein Optimierungsgebot an die rechtsanwendenden Stellen dahingehend zu entnehmen, dem Gehalt der Verfassungsnorm möglichst weitreichende praktische Wirksamkeit zu verleihen. Dies gilt vorbehaltlos auch für Einschränkungen von Grundrechten<sup>134</sup>.

So recurriert das Bundesgericht bei der Handhabung von grundrechtseinschränkenden Verfassungsnormen zu Recht auf den als allgemein anerkannt taxierten Grundsatz, wonach unter mehreren möglichen Auslegungen diejenige zu wählen ist, die der Verfassung am besten entspricht<sup>135</sup>. Da Verfassungsbestimmungen regelmässig der Umsetzung auf Gesetzesstufe bedürfen, eröffnet sich für das Parlament die Möglichkeit, das verfassungsrechtliche Gebot im Interesse der Vereinbarkeit mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz auszugestalten<sup>136</sup>. Ausserdem ist der in der einschlägigen Verfassungsbestimmung zum Ausdruck gelangende Wertung selbstverständlich bei der Auslegung der Gesetze, aber auch bei der Ausschöpfung der in Anwendung der Grundrechte der EMRK bestehenden Beurteilungsspielräume Rechnung zu tragen<sup>137</sup>. Je detaillierter und unbedingter eine Verfassungsbestimmung formuliert ist, umso eher entsteht aber eine Spannung zur zugleich als Konfliktminimierungsstrategie eingesetzten völkerrechtskonformen Auslegung im Einzelfall<sup>138</sup>. In Fällen wie dem Minarett-Verbot und der Durchsetzungsinitiative besteht insoweit kein Handlungsspielraum mehr<sup>139</sup>. Die Optimierung bundesverfassungsrechtlicher Gehalte strapaziert unter Umständen die Grenze völkerrechtskonformer Auslegung.

Ein zentraler Aspekt der Konfliktbewältigung zwischen Bundesverfassung und EMRK durch das Bundesgericht besteht in einem solchen Fall zunächst im methodischen Umgang mit Unsicherheiten und Unvorhersehbarkeiten, die der Rechtsprechung des EGMR in besonderem Masse inhärent sind<sup>140</sup>. Bei Verfassungsbe-

<sup>134</sup> Zutreffend BAUMANN (FN 91), 241 (268).

<sup>135</sup> In Bezug auf Art. 121 Abs. 3–6 BV, der regelmässig eine Einschränkung des Grundrechts auf Familienleben (Art. 13 Abs. 1 BV) darstellt, BGE 139 I 31 S. 34 m. w. N.

<sup>136</sup> Zu diesem Konfliktlösungsansatz NOBS (FN 73), 367 f.

<sup>137</sup> BGE 139 I 31 S. 34. Siehe auch zur besonderen Gewichtung der Verfassungsnorm ZÜND (FN 72), 1349 (1353).

<sup>138</sup> HANGARTNER (FN 96), 698; MALINVERNI (FN 16), 453 (459 f.).

<sup>139</sup> Allgemein GRODECKI (FN 13), 95 (128); MOECKLI (FN 13), 774 (783). Speziell zur Durchsetzungsinitiative KNUCHEL (FN 122), Rz. 19.

<sup>140</sup> Zu den Schwierigkeiten der Vorhersehbarkeit einer Grundrechtsverletzung KELLER/LANTER/FISCHER (FN 74), 121 (139); MOECKLI (FN 13), 774 (791).

<sup>131</sup> Siehe auch KELLER/LANTER/FISCHER (FN 74), 121 (154).

<sup>132</sup> Vgl. Art. 26 WVK.

<sup>133</sup> In diese Richtung auch KIENER/KRÜSI (FN 5), 237 (254 f.); KÜNZLI (FN 74), 47 (74).

stimmungen wie dem Minarett-Verbot oder dem im Raum stehenden Vorschlag eines Verhüllungsverbot, bei denen die Vereinbarkeit mit der EMRK ungeklärt ist, muss im Zweifel davon ausgegangen werden, die EMRK sei nicht verletzt<sup>141</sup>. Es fände sich hierin das Motiv der «in dubio pro populo»-Regel wieder, die das Bundesgericht im Verhältnis von kantonalem Recht und Bundesrecht zur Anwendung bringt<sup>142</sup>.

Lediglich wenn der EGMR mit vertretbarer und – nach Ansicht des Bundesgerichts – nachvollziehbarer Argumentation zum Ergebnis gelangt sein sollte, eine Vorschrift der Bundesverfassung verstosse gegen die EMRK, könnte im Einzelfall daran gedacht werden, das Landesrecht ausser Anwendung zu lassen. Ob eine Verfassungsbestimmung eine Verletzung von Grundrechten mit sich bringt, lässt sich denn auch zuverlässiger aus der Ex-post-Perspektive anhand eines durch das Gericht zu entscheidenden Einzelfalls beurteilen als aus einer Ex-ante-Sicht in Bezug auf einen abstrakten Rechtsetzungsvorschlag<sup>143</sup>. Auf diese Weise wird ein potenzieller Widerspruch zwischen Bundesverfassung und EMRK unter Schonung des Instituts der Volksinitiative und unter Vermeidung präventiver Unzulässigkeitsgründe auf der letztmöglichen Konfliktlösungsstufe bereinigt. Auch das Bundesgericht prüft in Bezug auf das kantonale Recht eine Grundrechtsverletzung nach Möglichkeit nur inzident und nicht abstrakt<sup>144</sup>.

Diesem Ansatz steht nicht entgegen, dass die in den Augen der Initianten oder auch der zustimmenden Stimmberechtigten unzureichende Umsetzung einer erfolgreichen Volksinitiative eine gewisse Enttäuschung zu erzeugen vermag, ist es doch weit weniger einschneidend, einer von Volk und Ständen aus eigener Initiative erlassenen Norm im Einzelfall die Anwendung zu versagen, als ein bestimmtes Anliegen von vornherein dem politischen Diskurs zu entziehen. Das Problem einer allfälligen Völkerrechtswidrigkeit des mit der Initiative verfolgten Anliegens wird in der Abstimmungskampagne durch den Bundesrat und die Gegner der Initiative regelmässig ausführlich thematisiert, sodass den Stimmberechtigten jeweils bewusst sein wird, dass bei der Umsetzung Schwierigkeiten auftreten könnten<sup>145</sup>. Mittlerweile dürfte überdies im Zuge einer zunehmenden internationalen Vernetzung der Schweiz den meisten Stimmberechtigten bekannt sein, dass bestimmte auf nationaler Ebene getrof-

fene politische Entscheide in ein Spannungsverhältnis zu den Massgaben des sich ausbreitenden internationalen Rechts geraten können<sup>146</sup>.

Den Befürwortern einer uneingeschränkten Anwendung der Regelung der Bundesverfassung steht es im Weiteren frei, im Wege einer Volksinitiative auf eine Kündigung der EMRK durch die Schweiz hinzuwirken<sup>147</sup>. Volk und Stände müssten dann in letzter Konsequenz entscheiden, ob sie die Teilhabe am europäischen Menschenrechtskonsens oder eine die Grundrechte einschränkende Norm der Bundesverfassung – verbunden mit der durch eine Kündigung der EMRK hervorgerufenen negativen Signalwirkung – höher gewichten.

## B. Dialog des Bundesgerichts mit dem EGMR

Bevor die Kündigung einer für den individuellen Menschenrechtsschutz derart wichtigen Vereinbarung wie der EMRK<sup>148</sup> ins Auge gefasst wird, sollten zudem die sich bietenden Ansatzpunkte aufgegriffen werden, um die Bestimmungen der Bundesverfassung im Einklang mit der EMRK zu möglichst wirkungsvoller Geltung zu bringen. So sollte das Bundesgericht den bereits gut etablierten Dialog mit dem EGMR intensivieren. Die grosse Herausforderung besteht darin, die spezifisch schweizerische Prägung des Grundrechtsverständnisses<sup>149</sup> auf der internationalen Ebene zu vermitteln. Hierbei könnte die zurückhaltende Kontrolle der die Grundrechte einschränkenden kantonalen Rechtsetzung durch das Bundesgericht als Leitbild für die Handhabung der EMRK durch den EGMR im Verhältnis zu grundrechtsbeschränkenden Normen des Landesrechts dienen.

Zwar unterscheidet sich der Europarat auf der theoretischen Ebene grundlegend von einem bundesstaatlichen Gebilde, funktional weist er jedoch ungeachtet dieser fundamentalen Divergenzen gewisse Parallelen hierzu auf. Die EMRK hat – nicht zuletzt aufgrund des Anwendungsgebotes in Art. 190 BV und der zunehmenden Normierung von Grundrechtseinschränkungen in der Bundesverfassung – für die Bundesebene in der Schweiz

<sup>141</sup> Im Anschluss an BIAGGINI (FN 100), 316 (334).

<sup>142</sup> Siehe vorne II.B.2.

<sup>143</sup> Überzeugend MOECKLI (FN 13), 774 (790 f.).

<sup>144</sup> Vgl. vorne II.B.7.

<sup>145</sup> Siehe dazu KIENER/KRÜSI (FN 5), 237 (253); MOECKLI (FN 13), 774 (792); REICH (FN 13), 979 (1013).

<sup>146</sup> Zu diesen Rahmenbedingungen auch KÜNZLI (FN 74), 47 (50).

<sup>147</sup> Dies müsste explizit Gegenstand der Initiative sein, da einer völkerrechtswidrigen Initiative mit Blick auf die Abstimmungsfreiheit (Art. 34 Abs. 2 BV) keine implizite Aufforderung zur Kündigung des einschlägigen Vertrages entnommen werden kann. Vgl. BLUM/NAEGELI/PETERS (FN 124), 527 (556 f.).

<sup>148</sup> Vgl. auch GRODECKI (FN 13), 95 (138).

<sup>149</sup> Vgl. zu dieser «demokratischen Färbung» des Menschenrechtsverständnisses THÜRER (FN 15), § 203 Rn. 6.



mittlerweile eine im Ansatz vergleichbare Bedeutung erlangt wie die Grundrechte der Bundesverfassung für die Kantone. Die EMRK fungiert für den Bund insoweit als einheitliche Minimalgarantie im Rahmen der Staatengemeinschaft des Europarates. Auch besteht mit dem EGMR (Art. 19 EMRK) eine für das Völkerrecht atypische, für Bundesstaaten jedoch charakteristische gerichtliche Streitbeilegungsinstanz, die ähnlich wie das Bundesgericht von jeder natürlichen Person im Wege der Individualbeschwerde (Art. 34 EMRK) angerufen werden kann. Schliesslich ist eine Befolgungspflicht der Urteile des EGMR in Verbindung mit einem entsprechenden Durchsetzungsmechanismus (Art. 46 EMRK) vorgesehen. Die Urteile des EGMR haben zwar bezüglich der Europaratsstaaten im Gegensatz zu den Urteilen des Bundesgerichts in Bezug auf die Kantone keine unmittelbare Durchgriffswirkung, die Verletzung der EMRK schlägt sich aber in der nationalen Rechtsordnung immerhin als Revisionsgrund hinsichtlich der Entscheide des Bundesgerichts (Art. 122 BGG) nieder.

In Anbetracht dieser Ähnlichkeiten ist daher, wenn sich das demokratisch legitimierte Verfassungsrecht nicht im Sinne des Völkerrechts auslegen lässt, in Anlehnung an das Verhältnis des kantonalen Rechts zum Bundesrecht mit Blick auf die Einschränkungsvoraussetzungen gemäss Art. 36 Abs. 2 und 3 BV nach Wegen zu suchen, um den völkerrechtlichen Bestimmungen eine erhöhte Flexibilität abzugewinnen<sup>150</sup>. Dies sollte insbesondere mithilfe der Begründung geschehen, die Einschränkung eines Grundrechts erfolge auf der Grundlage eines direktdemokratisch legitimierten Entscheids<sup>151</sup>. Das Bundesgericht lässt bislang im Hinblick auf die Rechtsprechung des EGMR immer wieder Ansätze für eine kritische Auseinandersetzung, Nuancierung und Distanzierung erkennen<sup>152</sup>, was der Hoffnung Nahrung verleiht, das Bundesgericht werde in einen fruchtbaren «Dialog der Gerichte» mit dem EGMR eintreten<sup>153</sup>.

Dabei stellt es eine Chance dar, dass die Rechtsprechung des EGMR bezüglich der aufgeworfenen Argumentation ein ambivalentes Bild bietet. Angesichts der Vielfalt demokratischer Binnenorganisation der Europaratsstaaten nachvollziehbar scheint der EGMR hinsichtlich der für die Grundrechtseinschränkung erforderlichen gesetzlichen Grundlage die Art und Weise des Zustandekommens einer nationalen Regelung zwar zunächst nicht als relevant zu erachten<sup>154</sup>. Es spielt also insoweit keine Rolle, ob ein direktdemokratisches oder ein repräsentatives Verfahren durchlaufen wurde. Dieser Ansatz weist immerhin eine entfernte Ähnlichkeit mit der Vorgehensweise des Bundesgerichts auf, indem dieses das Erfordernis einer formellen gesetzlichen Grundlage für Grundrechtseinschränkungen gemäss Art. 36 Abs. 1 S. 2 BV unter Berücksichtigung der kantonalen Organisationsautonomie lockert<sup>155</sup>.

Zugleich lässt sich aber feststellen, dass der EGMR die Resultate von Volksabstimmungen als Ausdruck der öffentlichen Moral und als Indiz für die besondere Wichtigkeit des Eingriffsinteresses im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung («in einer demokratischen Gesellschaft notwendig») bei der Auslegung von Abs. 2 der Art. 8 bis Art. 11 EMRK einbezieht<sup>156</sup>. Ausserdem finden sich Hinweise auf das Argument, dass dem Vertragsstaat im Fall von direktdemokratisch legitimierten Grundrechtseingriffen ein grosser Einschätzungsspielraum (*margin of appreciation*) eingeräumt wird. Dieser Ansatz besitzt gewisse Parallelen mit der zurückhaltenden Rechtsprechung des Bundesgerichts im Hinblick auf die Definition des öffentlichen Interesses (Art. 36 Abs. 2 BV)<sup>157</sup> durch direktdemokratische Verfahren in den Kantonen und die Einräumung von Spielräumen zugunsten der Kantone bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV)<sup>158</sup> grundrechtsbeschränkender Regelungen.

### C. Reform der EMRK

Schliesslich verdienen die eingeleiteten Reformen der EMRK Unterstützung, da sie die Handlungsspielräume

<sup>150</sup> Zu diesem Ansatz auch KELLER/LANTER/FISCHER (FN 74), 121 (140).

<sup>151</sup> Gegen die Berücksichtigung des Umstandes, dass ein Eingriff direktdemokratisch legitimiert ist, demgegenüber unter Berufung auf die Gleichbehandlung der Vertragsstaaten DANIEL MOECKLI/LEA RAIBLE, Die direkte Demokratie in der Rechtsprechung des EGMR, in: Andrea Good/Bettina Platipodis (Hrsg.), Direkte Demokratie, Festschrift für Andreas Auer, Bern 2013, 469 (477).

<sup>152</sup> Ebenso BIAGGINI (FN 100), 316 (333). Sehr kritisch jüngst BGER, Urteil vom 30.8.2013, Az. 2C\_365/2013 E. 2.4 in Bezug auf eine divergierende Anwendung von Art. 8 EMRK durch den EGMR, die zu einer Verurteilung der Schweiz geführt hatte.

<sup>153</sup> Belegt wird dies gerade auch durch die Stellungnahme des Bundesrichters ZÜND (FN 72), 1349 (1352): «Nicht bedeutet dies, dass das Bundesgericht blindlings dem EGMR zu folgen bereit wäre. Viel-

mehr erfolgt die Harmonisierung in einem Prozess, den man als *dialogue des juges* bezeichnen kann [...]» Siehe auch ANDREAS ZÜND, zitiert in NZZ vom 3.11.2013: «Wir widersprechen Strassburg durchaus».

<sup>154</sup> Dazu MOECKLI/RAIBLE (FN 151), 469 (471 f.).

<sup>155</sup> Siehe vorne II.B.4.

<sup>156</sup> Ausführlich dazu und zum Folgenden MOECKLI/RAIBLE (FN 151), 469 (474–478).

<sup>157</sup> Siehe vorne II.B.5.

<sup>158</sup> Siehe vorne II.B.6.

der Europaratsstaaten bei Grundrechtseingriffen erweitern und den «Dialog der Gerichte» stärken. Die Neuerungen dürften auch von dieser Seite her tendenziell zu einer besseren Vereinbarkeit nationaler Verfassungsbestimmungen mit der EMRK beitragen. So sieht das im Juni 2013 verabschiedete 15. Zusatzprotokoll vor, dass in der Präambel der EMRK auf das Prinzip der Subsidiarität und den «margin of appreciation» hingewiesen wird<sup>159</sup>. Der Spielraum der Vertragsstaaten bei der Auslegung der EMRK wird dadurch ausdrücklich gestärkt. Für die Wirksamkeit der Textänderung der EMRK bedarf es allerdings der Ratifikation aller 47 Europaratsstaaten.

Unterstützungswürdig ist auch die im 16. Zusatzprotokoll vom 2. Oktober 2013 beschlossene Ergänzung der EMRK. Darin ist vorgesehen, dass sich die Verfassungsgerichte beziehungsweise die letztinstanzlichen Gerichte in einem hängigen Fall mit Fragen zur Auslegung der EMRK für eine Stellungnahme («advisory opinion») an den EGMR wenden können, was wiederum Auswirkungen auf die präventive Vermeidung einer Verurteilung durch den EGMR haben könnte. Da mit dem Zusatzprotokoll keine Textänderung der EMRK verbunden ist, genügt für das Inkrafttreten die Ratifikation durch zehn Staaten.

<sup>159</sup> «Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme instituée par la présente Convention». Allgemein zur Bedeutung des Einschätzungsspielraums ANNE PETERS/TILMANN ALTWICKER, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. A., München 2012, § 3 Rn. 18.